

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL DAÑO MORAL

José Danilo Román Fabara

Director: Édgar Fabricio Ulloa Balladares

Quito, 2013

DEDICATORIA

A mis maestros, cuya lista encabezan mis padres: José y Ximena, pues sin sus enseñanzas no podría haber encontrado mi vocación, gracias por haber llenado mi vida de conocimiento.

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que confiaron en mi desempeño, especialmente a mi hermana Sofía por su constante apoyo en nuestros momentos difíciles; a mi novia María José por ser mi compañera durante siete años y los que faltan; a mi amigo Julio por todas esas sesiones de estudio buscando la misma meta y a mi abuelo Milton, quien siempre me dejó en claro que yo sería un profesional.

RESUMEN

El daño moral es una especie de daño que está sujeto al análisis jurídico propio de un agravio, el juzgador debe examinar minuciosamente el contexto en el que este se presenta para poder concluir, en su orden: 1.) Si el daño ha nacido a la vida jurídica 2.) La atribución de responsabilidad a uno o varios sujetos. Puesto que los eximentes constituyen una herramienta que coadyuvan al ejercicio jurídico en esta determinación de responsabilidad, es necesario examinar liberadores que le puedan ser propios a esta especie de daño inmaterial, denominado daño moral.

INTRODUCCIÓN

El legislador ecuatoriano menciona al perjuicio moral como uno de los daños que pueden ser demandados y exigidos su reparación.

En un proceso judicial le corresponderá al juzgador, a través de un ejercicio intelectual delimitar cuáles son los elementos para la irrogación de daño moral y analizar si las condiciones que se han presentado pueden dar lugar a una indemnización a favor de la víctima.

Este trabajo investigativo busca alimentar el concepto de daño moral desde el punto de vista de los eximentes de responsabilidad, examina la conducta del demandado o a las circunstancias que rodean el evento dañoso para poder concluir si han concurrido todos los elementos necesarios que produzcan un agravio.

Luego de examinar la naturaleza jurídica del daño moral en sede Civil, se hará un estudio de los eximentes de responsabilidad, haciendo menciones puntuales al Derecho Penal.

Finalmente adecuaremos el esquema de los excluyentes en situaciones particulares en las que se pueda infringir daño moral, a través de parámetros de juzgamiento, dando como resultado la exoneración o no de la responsabilidad del presunto agresor.

ÍNDICE

Capítulo I El Daño Moral

I.1 Daño	2
I.1.1 Tipos de Daños	5
I.1.1.1 Daño Material	6
I.1.1.2 Daño Inmaterial	8
I.2 Naturaleza Jurídica del daño moral	10
I.3 ¿Qué bienes jurídicos protege el Daño Moral?	12
I.4 El daño moral en la legislación ecuatoriana	20
I.5 La indemnización por daño moral	23
I.5.1 Indemnización pecuniaria	24
I.5.2 Otras formas de reparación	28
I.6 La prudencia como criterio para establecer la cuantía de la indemnización por daño moral	30

Capítulo II Eximentes de responsabilidad

II.1 La responsabilidad en la sociedad	34
II.2 La Responsabilidad Civil	37
II.3 Elementos de la Responsabilidad Jurídica	39
II.3.1 Grado de Responsabilidad	43
II.3.2 Tipos de Responsabilidad	44
II.3.2.1 Contractual y Extracontractual	44
II.3.2.2 Subjetiva y Objetiva	47
II.3.2.3 Directa e Indirecta	48

II.4 Definición de delito	49
II.4.1 Acto	51
II.4.2 Tipicidad	52
II.4.3 Antijuridicidad	53
II.4.4 Culpabilidad	54
II.5 Eximentes de Responsabilidad	55
II.5.1 Ausencia de Acto:	56
II.5.1.1 Fuerza física irresistible	56
II.5.1.2 El sueño	57
II.5.1.3 Movimientos reflejos	57
II.5.2 Causas de Justificación	58
II.5.2.1 Legítima defensa	58
II.5.2.2 Estado de necesidad	60
II.5.2.2.1 Ejercicio legítimo de un derecho o de un cargo	62
II.5.3 Imputabilidad	64
II.6 Delito penal y Delito civil	64

Capítulo III
Eximentes de responsabilidad particulares del daño moral

III.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor	69
III.2 Cláusula de No Responsabilidad	76
III.3 Obrar Lícito	80
III.4 Culpa o Negligencia inexcusable de la víctima	90
III.5 Los hechos de un tercero por quien no se deba responder	97
Conclusiones	102
Bibliografía	106

CAPÍTULO I **El daño moral**

I.1 Daño

I.1.1 Tipos de Daños

I.1.1.1 Daño Material

I.1.1.2 Daño Inmaterial

I.2 Naturaleza Jurídica del daño moral

I.3 ¿Qué bienes jurídicos protege el Daño Moral?

I.4 El daño moral en la legislación ecuatoriana

I.5 La indemnización por daño moral

I.5.1 Indemnización pecuniaria

I.5.2 Otras formas de reparación

I.6 La prudencia como criterio para establecer la cuantía de la indemnización por daño moral.

I.7 El daño moral en el Derecho Comparado

I.1 Daño.-

El concepto de daño es de particular interés para la ciencia del Derecho, ya que funciona como piedra angular para el ejercicio de reparación que le corresponde al Derecho determinar, y además ha dado pie para el desarrollo de toda una especialización dentro de ella como lo es el Derecho de Daños.

Es un principio general del derecho que quien infringe un daño debe repararlo¹ y la tarea de ubicar a quien se debe la reparación es propia de la teoría de la responsabilidad en el Derecho Civil, que veremos más adelante.

El Diccionario de la Real Academia de la lengua española define al daño como “la acción de dañar que es a su vez causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.²

Quien realiza la acción de menoscabo, se encuentra realizando una resta en la integralidad del damnificado y por ello tiene la obligación jurídica de reparar.

El léxico jurídico trae la siguiente definición:

*Perjuicio causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado. Se clasifica generalmente en daño material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daños físicos a la misma, o daño moral, como sufrimiento o perjuicio de difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona. Ambos son indemnizables.*³

¹ Este principio general del Derecho se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento en el Art. 2229 del Código Civil que analizaremos en páginas posteriores de esta investigación.

² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Daño*.

³ ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia, *Léxico jurídico para estudiantes*, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª. Ed, 2004, p.109.

Definiéndolo en el plano especialmente jurídico podemos decir que el daño es la lesión, menoscabo o detrimento que se produce en el conjunto de derechos subjetivos – patrimoniales o extrapatrimoniales- de la persona.⁴

Esta definición que proponemos trae consigo algunos elementos, donde lesión, menoscabo o detrimento son tratados con igualdad y se refieren al perjuicio que recibe el damnificado en su conjunto de derechos subjetivos que son los que le otorga o reconoce el Derecho Objetivo.⁵

Existe una clasificación que debe ser tomada en cuenta a la hora de hablar de derechos subjetivos, principalmente la distinción entre derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, en la cual haremos énfasis, puesto que el tema sobre el cual versa esta investigación se relaciona únicamente con los derechos extrapatrimoniales.

Finalmente, la definición anotada establece a la persona como el posible damnificado, y dentro del cual se comprende a: 1.) El hombre que en su concepción clásica abarca al género masculino y femenino, y por ello estamos hablando de la persona como miembro de la especie humana y sujeto de derechos, y 2.) por extensión a la persona jurídica, que como conocemos es una ficción establecida por el derecho precisamente para limitar la responsabilidad de los individuos, concepto -el de la

⁴ Cfr: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 3ª Ed., 2005, p. 150.

⁵ El reconocimiento u otorgamiento de Derechos es una pugna existente entre la corriente iusnaturalista y iuspositivista del Derecho, pues quienes sostienen la existencia del Derecho Natural argumentan que el Estado únicamente hace un reconocimiento formal, de tales derechos que son connaturales al hombre. Mientras que la posición iuspositivista ve al Estado como el único origen posible de los derechos existentes.

responsabilidad- que también reviste importancia dentro del tema analizado. La persona jurídica también puede sufrir daño.⁶

García de Enterría define al daño como el perjuicio antijurídico que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasiona obre él mismo con toda licitud.⁷

Si bien el contexto de la obra en la cual el autor introduce su concepto es en el Derecho Público, al referirse a la potestad que tiene el Estado para realizar una expropiación, debemos resaltar la utilidad de los elementos que nos trae la definición, perfectamente aplicable al tema que analizamos en el ámbito del Derecho Civil.

Nos referiremos a este concepto con mayor profundidad en el capítulo que desarrolla los eximentes de responsabilidad, pero desde ya podemos apreciar la mención a elementos como el *deber jurídico de soportar* o la *“licitud con la que eventualmente ha podido obrar quien ha cometido un daño”*, estas ideas nos da luces para analizar al concepto de daño dentro del concepto de responsabilidad, (y sus posibles eximentes), el cual es de medular importancia para entender los efectos jurídicos que acarrea la comisión de un hecho ilícito que acarrea un daño jurídicamente resarcible.

Nuestra legislación en materia civil ejemplifica al daño como producto de la comisión de un delito o un cuasidelito civil.

⁶ Cfr: GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 3ª Ed., 2003, p. 461.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, en Diss. IRISARRI BOADA Catalina, *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2000, p. 75.

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la 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.

Este artículo es fundamental en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que enumera a las fuentes de las obligaciones, y se refiere expresamente al daño cuando éste se genera por un hecho. El nacimiento de una obligación puede ser entonces consecuencia de la producción de un hecho dañoso.

I.1.1 Tipos de Daños

El daño moral es tan solo uno de los tipos de daños que se pueden infringir; como ya hemos dicho, todo daño que se infringe debe ser resarcido, independientemente de su naturaleza, siempre y cuando se cumplan las condiciones para ese resarcimiento.

El daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, esto dependerá del derecho subjetivo que afecte, ya que la clase de daño guarda relación directa con la clasificación de los derechos que existe, apegado a la doctrina francesa, así lo afirma el tratadista Lalou, quien dice “*la distinción del daño material y del daño moral corresponde a la gran división de los derechos*”.⁸

⁸ LALOU, Henri, *Traité pratique de la responsabilité civile civile*, p. 149 en ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p. 150.

Puesto que, como conocemos, el derecho subjetivo se desprende del derecho objetivo, en palabras de Monroy Cabra: “*Es importante señalar que el derecho subjetivo es con algo conexo con el derecho objetivo. El derecho como facultad no existe sino en relación con una norma*”⁹, y ya que toda esta serie de derechos se encuentran dispersos en todo el conjunto de normas que rigen a una sociedad, la doctrina¹⁰ ha previsto una clasificación de los derechos, así, estos se dividen de igual forma en patrimoniales y extrapatrimoniales.

I.1.1.1 Daño Material

Los derechos patrimoniales se dividen en derechos reales, como el derecho a la propiedad o el usufructo de una cosa y en derechos personales o de crédito que son los que tienen vínculo entre dos personas, respecto a las obligaciones correlativas de la una con la otra.¹¹

Cuando se perpetra un daño que afecta en cualesquiera de los derechos patrimoniales del individuo se habla de daños patrimoniales y dentro de ellos se ha catalogado al daño emergente y al lucro cesante.¹²

El Código Civil en su artículo 1572 hace referencia al daño emergente, al lucro cesante e incluso al daño moral de la siguiente forma:

⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Temis S. A., Bogotá, 14ª Ed., 2006, p. 303.

¹⁰ Cfr: TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot Lexis Nexis, Buenos Aires, 14ª Ed., 2003, p. 227.

¹¹ Cfr: *Ibíd.*, p. 228.

¹² DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Editorial Temis S. A., Bogotá, 5ª Ed., 1999, p. 15.

*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.*

Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente.

*Exceptúense también las indemnizaciones por **daño moral** determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.*

Aunque la doctrina se inclina por hacer una separación entre daños y perjuicios¹³, siendo los primeros los que se refieren al concepto de daño emergente, mientras que el perjuicio es lo equivalente a todo lo que se dejó de percibir a partir de un hecho determinado, lo que se conoce también como lucro cesante, así Treviño García anota la distinción:

“Dejamos asentado que por daño se entiende la pérdida, menoscabo, disminución sufrida en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (art. 2108)¹⁴ y que se reputa perjuicio la privación de una ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación o bien a contrario sensu, ganancia lícita que no se obtuvo por el incumplimiento de la obligación”

Sin embargo nuestra ley puntualiza al término perjuicio incluyendo como parte de él al daño emergente y lucro cesante en conjunto con la salvedad de cuando la ley hable exclusivamente de daño emergente, como en el artículo 1871¹⁵ del Código Civil.

¹³ Incorporamos la distinción realizada por TREVIÑO, GARCÍA, Ricardo, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Mc Graw-Hill Companies, México D.F., 1ª Ed., 2007, p. 321.

¹⁴ En referencia al Código Civil mexicano.

¹⁵ Prevé el derecho de un arrendatario a reclamar los perjuicios cuando no se le haya informado de algún otro derecho que alguien tenga sobre lo arrendado. Cuando esa información (la que causa perjuicio al

- **Daño emergente**

El daño emergente es uno de los tipos de daños que se pueden sufrir y hacen relación directa únicamente al daño material perpetrado.¹⁶ Su consideración es objetiva ya que establecer los valores del bien lastimado se regirá a los precios del mercado, se ayuda además de conceptos igualmente objetivos como la depreciación que ha sufrido el bien y que es parte de su estado previo al sufrimiento de ese daño. El reconocimiento del daño emergente busca restituir a la misma situación en que se encontraba el individuo previo al sufrimiento del daño en su patrimonio.¹⁷

- **Lucro Cesante.**

El lucro cesante busca determinar la cantidad exacta de dinero que el afectado ha dejado de percibir en razón del daño sufrido¹⁸, como al taxista que le chocan su vehículo y deja de percibir una renta diaria por su actividad, pues debemos considerar que el automóvil ha sufrido un daño (daño emergente que se refiere a la materialidad menoscabada del taxi) y que además del tiempo y los recursos que se destinan para poder repararlo, el perjuicio que recibe el taxista se amplifica, ya que a ello debemos sumar todo el ingreso que actualmente el afectado no percibe.

I.1.1.2 Daño Inmaterial

Los derechos extrapatrimoniales son los que carecen de un contenido económico, y por ello se encuentran fuera del comercio, así, tenemos a los derechos

arrendatario), no era ni debía ser conocida por el arrendador al tiempo del contrato, no estará obligado el arrendador a abonar el lucro cesante.

¹⁶ Cfr: LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, BENEGAS, Patricio Raffo y SASSOT, Rafael A., *Manual de Derecho Civil – Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires 11ª Edición, 1997, p.98.

¹⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., p. 16.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 17.

derivados de la personalidad y los derechos de familia.¹⁹ Cuando hay un menoscabo en cualquiera de los derechos extrapatrimoniales, estos perturban a la esfera interna del individuo, afectando su relación con los demás.

Si bien identificar al daño inmaterial con daño moral no es del todo preciso, si podemos afirmar que el daño inmaterial más relevante es el daño moral. Existen otra clase de daños inmateriales que no son daño moral, tales como el daño psíquico o el daño que puede sufrir el titular de propiedad intelectual.²⁰

Al respecto, el tratadista chileno Hernán Corral Talciani afirma:

El concepto de daño moral en la doctrina moderna es reformulado para dar cabida a otras facetas de perjuicios, que no se identifican con el dolor como fenómeno psicossomático. Daño moral es todo daño no patrimonial, capaz de comprender otros menoscabos que no admiten apreciación pecuniaria directa como, por ejemplo, el daño corporal o biológico, el daño a derechos de la personalidad, el perjuicio estético o la pérdida del gusto vital.

Aunque se ha propuesto sustituir la denominación por inexacta, se sigue hablando de daño moral para aludir a cualquier daño de naturaleza extrapatrimonial.²¹

¹⁹ Cfr: TORRÉ, Abelardo, Op. Cit., p. 198.

²⁰ Cfr: GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 81.

²¹ CORRAL TALCIANI, Hernán; *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª Ed., 2003, p. 149.

I.2 Naturaleza Jurídica del daño moral

Previo a iniciar la búsqueda de los eximentes del daño moral, hemos encontrado adecuado intentar definir a esta especie de daño, ubicándolo apropiadamente dentro de la ciencia del Derecho lo cual facilitará la determinación de su naturaleza jurídica.

Abarca Galeas sostiene que:

“Por Daño Moral se entiende toda ofensa, subjetivamente considerada, de un derecho extrapatrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho extrapatrimonial de que se trate.”²²

Zannoni establece que Daño Moral o agravio Moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico.²³ El autor inicialmente trata al daño y al agravio como sinónimos, y luego enfatiza en la naturaleza de los intereses afectados, encasillando a los intereses no patrimoniales.

Adicionalmente en este concepto podemos diferenciar al efecto de la causa que lo produce, de esta forma determinamos que la causa es el hecho o acto antijurídico, al cual el autor se refiere como evento dañoso.

²² ABARCA GALEAS, Luis, *El Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1ª Ed., 2011, p. 13.

²³ ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p. 149.

La antijuridicidad es una propiedad del hecho o acto, que quiere decir que esa actuación -donde puede o no intervenir la intención de quien lo realizó- es contraria al ordenamiento jurídico, y por ello produce una desarmonización en la convivencia social de los hombres.²⁴ Para que exista tal desequilibrio debe existir una víctima que haya sufrido ese evento dañoso, y a su vez un agresor que es quien ha desnivelado la armonía inicial.²⁵

Sobre la antijuridicidad, el profesor argentino Carlos Alberto Gherzi relaciona con la actitud anímica del sujeto de contrariar el deber impuesto por el ordenamiento jurídico.²⁶

Santos Briz dice que la antijuridicidad es “*un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta*”.²⁷

Como podemos observar, en las definiciones de daño moral que hemos analizado, los autores citados coinciden en conceptos jurídicos importantes, los cuales creemos que son de fundamental importancia revisarlos a través de la presente investigación, este ejercicio nos permitirá entender integralmente el alcance del daño moral y la esfera de la que se ocupa.

Los académicos citados revisten de mucho valor a tres elementos:

²⁴ Cfr: *Ibíd.*, pp. 30, 31.

²⁵ Cfr; LÓPEZ Olaciregui, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, en ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p. 7.

²⁶ GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 461.

²⁷ SANTOS, BRIZ, Jaime,S, *Derecho de Daños*, Editorial Revista, Madrid, 1962, p. 26.

1.) La trascendental diferencia que existe entre la naturaleza patrimonial y extrapatrimonial de los intereses jurídicamente protegidos.

2.) El acto ilícito como fuente del daño.

3.) El concepto de daño o agravio, de definición particularmente amplia, y que en este trabajo se lo estudia minuciosamente como al género del cual se deriva la especie daño moral.

I.3 ¿Qué bienes jurídicos protege el Daño Moral?

La moral puede ser estudiada como un conjunto de normas aparte, ajenas al derecho, se diferencian de él por su carácter autónomo al ser el propio individuo quien adopta para sí un procedimiento interno en su forma de ser, a este fenómeno se lo define como la autonomía de la moral, en contraposición con la Heteronomía del Derecho.²⁸ Cada decisión que toma el hombre está influenciada por la moral que la persona ha tomado, en esta medida ninguna moral es igual a otra, así como ninguna persona es igual a otra.²⁹

No obstante siendo el Derecho una ciencia que se encarga de regular la conducta humana a través de la expedición de normas con efecto coercitivo, dirigida para los hombres, la moral actúa como fuente del mismo. Cumpliendo con la tridimensionalidad del Derecho propuesta por Norberto Bobbio³⁰, quien afirma que cada norma debe ser válida, eficaz y justa, la moral propone una fuente de valores, que una vez que han pasado por el proceso de positivización tienen como meta cumplir con un efecto axiológico al regir la vida de una sociedad; la disciplina denominada “*Axiología*

²⁸ Cfr: SALGADO, Hernán; *Lecciones de Introducción al Derecho*, Editora Nacional, Quito, 1ª. Ed., 2005, p. 32.

²⁹ Cfr: SACOTO DE MERLYN, Pilar, *Compendio de Introducción al Derecho Penal*, Asociación Escuela de Derecho PUCE, Quito, 2005, p. 91.

³⁰ BOBBIO, Norberto en SALGADO, Hernán, Op. Cit., p 16.

*Jurídica, pura investiga cuáles son los valores jurídicos puros o ideales jurídicos que sirven para el perfeccionamiento del Derecho.*³¹ En nuestra legislación podemos encontrar un sinnúmero de ejemplos donde la moral ha actuado como fuente inspiradora en la creación de normas vigentes, así, el capítulo I del Título VI del Código Penal regula los delitos contra la vida de las personas, mientras que el Título X del citado cuerpo normativo regula los delitos contra la propiedad. No matar y no robar son prescripciones que obedecen a mandatos antiguos que tienen un origen moral, estas prohibiciones son las mismas que se encontraban en los mandamientos 6 y 8 de Moisés³², que se reconoce tienen un “*origen religioso y moral, y por tanto válido para todos los tiempos.*”³³

Cuando hablamos de la moral que cada uno ha aceptado para sí, nos referimos a la moral subjetiva, este conjunto de parámetros que cada uno de los hombres ha decidido seguir y que tiene su propia valoración, siendo a su vez imposible la valoración económica.³⁴ Dentro de la afección moral que puede sufrir una persona se encuentran bienes intangibles tales como el honor, el buen nombre, la reputación.³⁵ Podemos decir entonces que cada uno de estos componentes son parte de la persona, y que por ello es necesario brindarles protección jurídica.

De esta forma el legislador ha decidido elevar a la categoría de bien jurídico protegido a la honra, que incluye la honestidad y el honor, a la reputación a través del derecho a gozar del buen nombre, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen.

³¹ MONROY CABRA; Marco Gerardo, Op. Cit., p. 39.

³² Éxodo, Cap. 20, versículos 13 y 15.

³³ MARTÍN NIETO, Evaristo, *La Santa Biblia*, Ediciones Paulianas, Madrid, 7ª. Ed., 1964, p. 93.

³⁴ Cfr: BARRAGÁN ROMERO, Gil, *Elementos del Daño Moral*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 3ª Ed., 2008, p.. 85.

³⁵ Cfr: KANT, Immanuel, *Fundamentos metafísicos de la doctrina del derecho* en SACOTO DE MERLYN, Pilar, Op. Cit., p. 92.

Para ello ha dotado de acciones al actor que se cree asistido del derecho a exigir una compensación cuando uno de estos bienes jurídicos se han visto afectados, esta compensación puede verse reflejada en una suma de dinero o en algún gesto por parte del agresor tendiente a devolver el honor perdido o restaurar el dolor causado por el menoscabo de la integridad espiritual de la víctima.³⁶

La reparación en este caso busca restablecer la integridad moral del individuo, esta dimensión ha sido explorada con mayor profundidad dentro de la teoría de la retribución de la pena en el Derecho Penal, donde se destaca la faceta moral que cumple la imposición de una pena al respecto Kant afirma:

La pena judicial (poena forensis) que confiere de la pena natural (poena naturalis) ésta es la penitencia que algunos pecados llevan consigo mismos y que el legislador no contempla bajo ningún aspecto no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe serlo en contra del culpable por la sola razón que ha delinquido. Su innata personalidad natural la ampara frente tal ultraje.³⁷

Gil Barragán Romero nos presenta el concepto de homeostasis el cual es estudiado en el campo de la psicología y la fisiología, y se refiere al equilibrio y preservación de nuestro ser:

A la capacidad del cuerpo de mantener su composición química, su temperatura y su estado de salud al nivel adecuado, trasladado al campo del espíritu significaría

³⁶ Cfr: CORRAL TALCIANI, Op. Cit., p. 175

³⁷ Ídem.

*un estado regular de nuestro ser en, virtud del cual continuamos siendo lo que somos y mantenemos el tono y las tensiones necesarias para la vida.*³⁸

En este sentido toda afectación a la armonía psicológica del individuo y a su vez, cualquier afectación a su instinto natural de preservación y supervivencia es una afrenta, así la homeostasis, quizá sin ser conocida integralmente por el legislador se transformó en un bien jurídico protegido, es importante recalcar el valor que los científicos³⁹ han otorgado al estado de equilibrio con el que cuenta la vida de un ser humano cuando ésta no se ha visto inmiscuida de factores externos negativos, así por ejemplo una enfermedad representa un elemento exógeno que altera la armonía citada, sin embargo si una patología se ha presentado de manera natural inicialmente carece de interés al mundo jurídico (al margen de posibles nexos con el Derecho a la Salud a la Seguridad Social etc.), no obstante cuando este equilibrio se ha visto perturbado por alguna actuación atribuible a una responsabilidad, el Derecho debe otorgar las herramientas para restablecer la condición de la que gozaba la víctima en un principio.

A continuación describiremos el concepto y alcance de cada uno de los bienes jurídicos que forman parte de la llamada personalidad moral del individuo⁴⁰, cuya afeción habilita al titular de ese derecho para iniciar un reclamo por daño moral:

³⁸ BARRAGÁN ROMERO, Gil, Op. Cit., p.99.

³⁹ El concepto fue acuñado por el fisiólogo estadounidense Walter B. Cannon en su obra "*Physiological regulation of normal states: some tentative postulates concerning biological homeostatics*" de 1926, la cual dio un impulso al campo de la fisiología, no obstante el concepto ha evolucionado y se lo aplica por ejemplo en el campo psíquico, cuyo desorden trata de estudiar este capítulo desde el punto de vista jurídico.

⁴⁰ Cada individuo goza de los atributos de la personalidad tales como el honor, imagen, Reputación, Intimidad, seguridad personal entre otras. Cfr: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la personalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 126-217

- **Honor**

Ya por ser contraria a la técnica jurídica, o ya sea por la dificultad que conllevaría el ejercicio, el honor no se encuentra definido en el derecho positivo, es en la doctrina donde se ha explorado con mayor profundidad su concepto.

Así De Cupis expresa que *es la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros y en el sentimiento de la persona misma*⁴¹, a la vez que distingue dos clases de honor, una subjetiva que está dado por la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia; mientras que el honor en sentido objetivo se manifiestan en el buen nombre y la buena reputación que objetivamente se han adquirido por la virtud y el mérito de la persona o de la familia del individuo *dentro del marco de la sociabilidad humana, es decir la estimación ajena, fama o reputación.*⁴²

Dentro de la honestidad se ubica el concepto de honra, un ataque a ella puede manifestarse a través de la injuria, calumnia y difamación mientras que la honestidad de un individuo se puede ver agredida con el estupro, rapto o violación.

- **Imagen**

El derecho a la imagen es el derecho que tienen las personas para impedir que se capten y se difundan por cualquier medio tomas que reflejen su apariencia física, donde *“prevalecen los rasgos somáticos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás”*.⁴³

⁴¹ CUPIS A., *El diritti della personalátia*, Milán, 1959, en RIVERA Julio César, GIATTI, Gustavo y ALONSO Ignacio, *La cuantificación del daño moral en casos de lesión de honor, intimidación e imagen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F. 2007, p. 372.

⁴² MOSSET Jorge, *Responsabilidad por Daños*, t. II-B, núm. 240, p. 232 en Ídem.

⁴³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Op. Cit., p 139.

El uso sin consentimiento, y más aún el uso negativo de la imagen, puede ocasionar graves aflicciones al implicado, y lo habilita para iniciar una acción civil de daño moral, así, Fernández Sessarego resalta la tutela jurídica a la cual tiene acceso la imagen:

En el caso concreto de la imagen, la tutela jurídica se orienta a obtener la protección de la apariencia física del contorno exterior, del perfil somático de la persona. No obstante que la imagen es un bien autónomo, digno de tutela jurídica, ella, como sucede con todos los derechos de la persona, se encuentra por lo demás, estrechamente vinculada con la identidad, con la intimidad de la vida privada, con el honor, el decoro y la reputación del sujeto.⁴⁴

Debido al dinamismo excepcional que ha vivido la sociedad en las últimas décadas, las relaciones comerciales se han diversificado y con ello se ha ampliado el espectro de la imagen misma, adicionalmente debemos tomar en cuenta a las formas que se emplean en la actualidad para emprender campañas de publicidad. Dentro de este derecho se incluye a la voz del individuo como una unidad con las mismas implicaciones de su imagen gráfica, al respecto los tratadistas chilenos Alessandri, Vodanovic y Somarriva aclaran:

La Doctrina Universal y el Derecho comparado revelan que hay dos tendencias respecto al derecho que tiene una persona sobre su imagen. De acuerdo con una de ellas, tal derecho existe plenamente; según la otra, ese derecho no existe y la persona de cuya imagen se han aprovechado otros, sólo puede reclamar si se la perjudica en su prestigio moral.

⁴⁴ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Op. Cit. p. 140

El primer punto de vista lo encontramos acogido en el Código Civil peruano de 1984 que dice:

Art. 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona [...]

[...] No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponde.

La otra tendencia es seguida por el Código Civil Boliviano de 1975 que dice:

Art. 16 Cuando se comercia, publica, exhibe o expone la imagen de una persona lesionando su reputación o decoro, la parte interesada y, en su defecto, su cónyuge, descendientes o ascendientes pueden pedir, salvo los casos justificados por la ley, que el juez haga cesar el hecho lesivo.

Se comprende en la regla anterior la reproducción de la voz de una persona.⁴⁵

- **Reputación o buen nombre**

El buen nombre es un concepto jurídico indeterminado que forma parte de la reputación y se ha asociado a la idea que tienen los demás miembros de una comunidad al escuchar el vocablo por el cual se diferencia a una persona de las demás.⁴⁶

⁴⁵ ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª Ed., 1998, p. 492.

⁴⁶ Cfr: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Op. Cit.*, p. 189.

De esta manera, cuando se hace referencia al nombre de alguien, automáticamente se evalúan sus cualidades y defectos, lo cual permite a la comunidad tener la idea la clase de persona que es.⁴⁷

Éste concepto que la sociedad se ha formado de un individuo determinado obedece a sus actuaciones, lo cual a su vez también se ha transmitido entre los demás habitantes relacionados entre sí.⁴⁸

Cuando ha existido una imputación falsa de un hecho determinado, y este no está visto con buenos ojos ya sea por las normas socialmente aceptadas, o por el propio ordenamiento jurídico, se está manchando el nombre de la persona, lo cual repercute negativamente en su rol social.⁴⁹

El derecho a gozar de un buen nombre, que además se vincula a la identidad de la persona, se ha visto protegido por medidas que se han previsto para evitar el discurso arbitrario en contra de la reputación personal⁵⁰, por ejemplo, se requiere de una sentencia ejecutoriada para poder señalar que una persona ha cometido un delito. Si no ha sido declarado por un juez en este sentido, se comete injuria calumniosa, que además de ser un delito individual, da pie al reclamo civil por daño moral.

Delitos como la infamación o incluso la injuria calumniosa afectan también al bien jurídico “buen nombre”, al respecto el profesor Arturo Donoso señala:

⁴⁷ Cfr: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, Lima, 3ª. Ed., 2001, p. 293.

⁴⁸ Cfr: Ídem.

⁴⁹ Cfr: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Op. Cit., p. 130.

⁵⁰ Supra, p. 18.

*El bien jurídico protegido, tanto en la injuria calumniosa como en las diversas formas de injuria no calumniosa, como en las diversas formas de injuria no calumniosa, es la personalidad moral del sujeto pasivo de la infracción es decir el honor, el buen nombre, la fama y el prestigio de los que goza en el medio social.*⁵¹

- **Intimidad**

El derecho a la intimidad se consagra constitucionalmente en el numeral 20 del artículo 66 y responde a la necesidad de los seres humanos a mantener ciertas facetas de su vida ajenas al conocimiento público. De esta forma quien divulgue detalles que una persona considere íntimos o a su vez, quien transgreda la intimidad de una persona sin su consentimiento, irroga daño moral, pues se ha inmiscuido en la barrera que el propio individuo ha puesto para mantener datos de su vida completamente privados, al respecto el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego señala:

*El derecho a la identidad es la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollar, sin intromisión, curiosidad, fisgoneo, ni injerencia de los demás, aquello que constituye su vida privada. Es la exigencia existencia de vivir libre de un indebido control, vigilancia o espionaje.*⁵²

I.4 El daño moral en la legislación ecuatoriana

La Constitución Ecuatoriana reconoce al daño moral de manera implícita como una forma de atacar a la integridad de la persona, el artículo 66 dispone:

⁵¹ DONOSO, Arturo, *Delitos contra las personas*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 1ª Ed., 2007, p. 127.

⁵² FERNANDEZ SESAREGO, Carlos, Op. Cit., p. 163

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual.

La Constitución hace una clara diferenciación entre el componente físico y el componente inmaterial de la integridad de un ser humano. No obstante los términos psíquica, moral y sexual, podrían presentar confusión entre ellos por lo que procederemos a su definición.

Psíquica: El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española encasilla a esta palabra dentro de los adjetivos, siendo todo lo *perteneciente o relativo a las funciones y contenidos psicológicos*.⁵³ Lo psicológico puede ser lo relativo a la psique o a la psicología. Siendo la psique el alma humana y la psicología:⁵⁴ 1.) Lo relativo a la parte de la filosofía que trata del alma, sus facultades y operaciones; 2.) Todo aquello que atañe al espíritu, y 3.) La síntesis de los caracteres espirituales y morales de un pueblo o de una nación. Todas estas definiciones nos traen a la mente la idea de alma, moral y espíritu. Cuando hablamos de alma, debemos dejar de lado su concepto religioso, prestando atención al concepto relacionado a la esfera interna del individuo.

Luego de este breve análisis de la terminología que utiliza la Constitución, podemos concluir que la integridad de la persona se divide en lo físico y lo psíquico, ya que el término integridad moral se encuentra implícitamente relacionado con la psique de una persona, pues la palabra “moral” aparece varias veces para definir el concepto de psíquico o psicológico.

⁵³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, *Psíquica*.

⁵⁴ Hemos utilizado solamente los tres significados que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española relaciona con el tema investigado, siendo las otras tres acepciones de la palabra Psicología las siguientes: 1.) Ciencia que estudia los procesos mentales en personas y en animales; 2.) La Manera de sentir de una persona o de un pueblo y 3.) Todo aquello que se refiere a la conducta de los animales.

Finalmente la faceta sexual de una persona, al ser parte esencial de su integridad, de la misma forma presenta una faceta material (física) y una inmaterial (psíquica) por lo que mal hace el cuerpo normativo superior en mencionarla en una categoría aparte, dentro de la enumeración de los componentes de la integridad personal, ya que como hemos hecho énfasis, se encuentra incluido en los términos “física” y “psíquica” utilizadas en la misma numeral, no obstante creemos que la adición del concepto de integridad sexual por el constituyente se debe a su intención de resaltar la especial protección que merece esta delicada faceta del ser humano.

La puntualización que realiza en la sección de los derechos el artículo 66, numeral 3, literal a) de la Constitución del Ecuador tomando en cuenta a la integridad moral como uno de los componentes de la integridad de la persona, inviste al Estado el deber de garantizar la efectiva vigencia y goce de esta facultad de las personas. En base a esta obligación que tiene el Estado de proteger el fuero interno de sus ciudadanos, podemos concluir que el daño moral es un ataque al derecho constitucional que acabamos de describir, lo que por supuesto habilita a quien se crea afectado a iniciar acciones constitucionales si así lo considera necesario para salvaguardar su integridad y detener la agresión perpetrada o parar a tiempo una agresión inminente.

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

El numeral 18, dentro de la propia Constitución habla del honor y el buen nombre, bienes jurídicos que ya han sido desarrollados en el acápite previo, y que como hemos visto tienen una estrecha relación con el daño moral, ya que quien menoscabe el

derecho al honor y al buen nombre de si titular de manera ilegítima le estará causando daño moral.

Hemos ya hecho referencia a los artículos 1453 y 1572 del Código Civil, en los cuales el legislador, previendo la necesidad que tienen las personas de solicitar que se recompense cualquier tipo de daño sufrido, al margen de su naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, ha catalogado al daño moral dentro del libro de las obligaciones en el Código Civil:

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.

El señalado artículo puntualiza claramente a la honra y el crédito de una persona como susceptibles de sufrir perjuicio moral, lo que reafirma la categoría de derechos personalísimos que gozan los derechos que pueden ser afectados por el daño moral. Adicionalmente la legislación hace una importante diferencia respecto de los daños patrimoniales ya referidos: lo divide en daño emergente y lucro cesante.

Se debe tener cuidado en no confundir entre ninguno de estos tres conceptos, esto es daño moral, lucro cesante y daño emergente, ya que actúan de manera distinta, y aunque relacionados entre sí ya que nos hablan de la presencia de un daño, son enteramente independientes.⁵⁵

⁵⁵ Cfr: GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit, p. 77.

I.5 La indemnización por daño moral

Como hemos señalado, la tarea de reparar a un sujeto afectado a través de alguna clase de indemnización no resulta tarea fácil, ya que existe consenso cuando nos referimos a la imposibilidad de tasar el valor de la honra afectada o la angustia sufrida. *El gran principio general que debe regir la determinación de la indemnización (...) es que el juez debe otorgar a la víctima la suma necesaria para colocarla en la misma situación en que se habría encontrado si no hubiera sido herida.*⁵⁶

Este principio enumerado por el jurista peruano Fernando de Trazegnies, es analizado por el autor en un contexto real, coincidimos que si bien lo ideal es que la situación de la víctima se retrotrajera a condiciones idénticas a las que se encontraba antes de sufrir el daño, en la práctica este principio resulta muy difícil de aplicarlo en la realidad, ya que no se pueden eliminar completamente las repercusiones que ha dejado un daño, como por ejemplo en la memoria de quien lo ha sufrido.

De ahí que el tratadista peruano señala que *evidentemente, este principio es más un anhelo que una realidad: resulta imposible borrar totalmente las huellas que ha dejado un daño*⁵⁷, lo que a su vez no debe ser justificativo para perder el norte al cual debe dirigirse la impartición de justicia, ya que únicamente estamos identificando a las dificultades técnicas que presenta la aplicación de un principio semejante, para graficar este problema podríamos invocar como la única solución ficticia, que se acerque al ideal de justa en la cual se regrese en una máquina del tiempo y la víctima no sufra el daño por el cual hoy reclama una reparación.

⁵⁶ TUNC André, *La responsabilité civile*, París, 1981, p. 143 en DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., p. 2.

⁵⁷ Ídem.

Ya que el concepto de compensación, como hemos analizado acompaña a la idea de reparación, la doctrina⁵⁸ ha venido aceptando incluso a regañadientes la idea de la compensación en dinero, así por ejemplo Gil Barragán Romero nos presenta un extracto del artículo ¿Cuánto valgo yo? publicado por Monseñor Luis Alberto Luna Tobar en el diario Hoy de Quito el 17 de mayo de 1986 el cual textualmente dice:

*Que dios libre al país de entrar en la norteamericana computación del honor en dólares o en su criolla valoración en sucres devaluados. Realmente, en ese día entraremos en última y más violenta crisis de desvalorización del honor. Pienso que los jueces tienen instrumentos y doctrina jurídica y legal suficientes para reparar y exigir la restauración del honor ofendido y si los recursos con los que cuentan les parecen cortos, me atrevo a proponer una reforma legal, que pondría en vigencia los viejos mandamientos de la ley de Dios y nada más.*⁵⁹

El dinero es un bien aceptado de manera universal, el cual puede ser utilizado por la víctima para la satisfacción de necesidades personales.⁶⁰ Si bien esta clase de indemnización no es la única, en los tiempos actuales con las reparaciones anotadas, se ha convertido en la principal forma de indemnización, que se la conoce como pecuniaria.

I.5.1 Indemnización pecuniaria

El artículo 2232 del Código Civil ha establecido expresamente a la indemnización en dinero como una forma efectiva en la cual la víctima pueda verse satisfecha luego del

⁵⁸ Varios autores han coincidido en la idea pecuniaria para la reparación de los daños, entre ellos. TREVIÑO, GARCÍA, Ricardo y PÉREZ DUARTE.

⁵⁹ LUNA TOBAR Luis Alberto, *Artículo Editorial*, Diario Hoy, Quito, 17 de mayo de 1986.

⁶⁰ Cfr: BARRAGÁN ROMERO, Gil, Op. Cit., p. 142.

agravio recibido, el dinero con características universales, le permitirá gozar para su propio beneficio de nuevas comodidades que se contraponen al mal recibido.

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.

Si bien el artículo señalado no nos proporciona una definición exacta de lo que es el daño moral, si nos presenta una relación directa con la indemnización pecuniaria a la que tiene derecho quien haya sido agredido dentro de ese ámbito. De esta manera podemos observar como el Derecho Ecuatoriano señala a la indemnización pecuniaria como una forma útil de reparación que satisfaga al afectado de una manera integral, que permita un equilibrio social.

La forma de establecer la cuantía de la indemnización procesalmente deberá ajustarse a lo prescrito por el art. 279 del Código de Procedimiento Civil:

Art. 279.- Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.

Como hemos dicho, la reparación en metálico ha sido cuestionada pues el alcance del daño sufrido, en el ámbito inmaterial, no es susceptible de valoración

económica, incluso este ha sido uno de los argumentos⁶¹, que se discutieron en la Ley No. 256 de 4 de junio de 1970, mediante la cual se instituyó el derecho a reclamar indemnización pecuniaria cuando exista perjuicio moral, alimentando así el debate acerca de la naturaleza de la indemnización pecuniaria y su labor reparatoria, respecto a esa clase de daño inmaterial.

El jurista autor del proyecto de ley que fue aprobado por el Congreso Nacional, en su parte considerativa ya adelantó las posibles críticas que se han presentado por este particular y explica claramente que *la indemnización en estos casos no representa equivalencia, sino compensación o satisfacción*⁶², es decir que el Derecho, lo que busca es el acercamiento a la justicia a través de una fórmula reparatoria universal.

El legislador no busca establecer símiles entre el perjuicio causado y la indemnización a la que tiene derecho la víctima, lo que busca más bien es que la persona que sufre daño moral no quede sin reparación alguna, y puesto que no existe solución para restituir por igual el agravio sufrido, es preferible encontrar algún tipo de solución que si bien no guarda los mismos parámetros, evita que el agraviado quede sin compensación, o que quien cometió el ilícito no realice algún resarcimiento.⁶³ No podemos hablar de justicia, en el sentido estricto del concepto, pero no cabe duda que a través de la indemnización pecuniaria existe un acercamiento a ella.⁶⁴

⁶¹ BARRAGÁN ROMERO, Gil, Op. Cit., p. 160.

⁶² Ley No. 171 mediante la cual se reformó el título de delitos y cuasidelitos en el Código Civil, publicada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

⁶³ Cfr: ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p. 351.

⁶⁴ Cfr: DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., p. 19.

I.5.2 Otras formas de reparación

Tal cual como lo hemos revisado la forma de indemnización pecuniaria se ajusta a la necesidad que el legislador ha previsto respecto al resarcimiento de una víctima que ha sufrido daño moral.⁶⁵ El juez hace un ejercicio intelectual al juzgar y establecer el monto del daño sufrido que no podrá superar el límite de la cuantía fijada por el actor.⁶⁶

No obstante esta forma de reparación no es la única que puede invocar el actor para ser reparado en el daño que hubiera sufrido, de ahí que siendo el daño moral, un daño enteramente ajeno a lo material, su solución también pueda pertenecer al plano inmaterial.⁶⁷

Como ejemplo de lo expresado podemos citar a la legislación mexicana pues en el artículo 1916 del Código Civil se menciona en la última parte:

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará a petición de esta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere conveniente, agregando, además, que en los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez

⁶⁵ Supra, p. 25.

⁶⁶ Ya que la cuantía es uno de los requisitos de la demanda, será uno de los elementos que determinará la traba de la Litis, por tanto el juez no podrá en la resolución del caso a través de la sentencia otorgar un monto mayor al establecido por el actor, ya que existiría un vicio de ultra petita.

⁶⁷ Cfr; MAZEAUD Henry y LEÓN, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, p. 70 en BARRAGÁN ROMERO, Gil, Op. Cit., p. 145.

*ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.*⁶⁸

El daño moral que se puede producir afecta a la honra del individuo. En esa medida una de las soluciones que el Derecho permite es el reintegro del honor afectado a través del ofrecimiento de disculpas públicas.⁶⁹ Se entiende que de esta manera la víctima de daño moral ha recuperado su honor en la misma medida que en algún momento lo perdió, ya que existe proporcionalidad entre el daño inferido y la solución planteada, es de particular atención esta forma de reparación en las personas jurídicas, cuyo nombre se ve afectado, lo cual puede afectar su giro comercial, en este caso la presentación de una disculpa pública es una forma de reparación muy interesante para la víctima.⁷⁰

Esta medida de reparación puede no ser exclusiva y el juez puede ordenarla adicionalmente a la indemnización pecuniaria de la cual ya hemos hablado, si este es el caso hablamos que la reparación tiene un componente material y un inmaterial, como ya indicamos la necesidad de recurrir a un componente material de la indemnización se debe a su aceptación universal, mientras que en el ejemplo, la idea de buscar una reparación de carácter igualmente inmaterial responde a la naturaleza del bien jurídico deteriorado.

⁶⁸ TREVIÑO, GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 320.

⁶⁹ Cfr: ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p. 288.

⁷⁰ ABARCA, Luis, Op, Cit., p. 131.

I.6 La prudencia como criterio para establecer la cuantía de la indemnización por daño moral.

Como hemos señalado, cuando la moral se ve afectada no es susceptible de valoración económica, lo cual dificulta la tarea del juez al establecer el monto de la indemnización que debe satisfacer al agraviado, adicionalmente el Código de Procedimiento Civil establece, como uno de los requisitos que debe contener la demanda, a la cuantía.⁷¹

La cuantía no es sino la valoración económica que el actor le da a su pretensión⁷², de ahí que el problema se concentre en que la pretensión que hace el actor carece de fórmula alguna que identifique el valor, pues como hemos señalado, los derechos vinculados al daño moral son derechos de contenido extrapatrimonial, fuera del comercio, lo que dificulta la tarea de cuantificar el daño recibido, si no se encuentran en el mercado, por razones obvias, su cotización se dificultará, en la misma medida que no será posible ubicar a un bien similar con el cual se comparece el precio.

Al respecto Alela Pérez Duarte citado por Ricardo Noboa Bejarano en "Reformas Legislativas 1982-1983" sostiene que

⁷¹ Art. 67 CPC.- La demanda debe ser clara y contendrá: 1. La designación del juez ante quien se la propone; 2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado; 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige; 5. La determinación de la cuantía; 6. La especificación del trámite que debe darse a la causa; 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y, 8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.

⁷² Cfr: BARRAGÁN ROMERO, Gil, Op. Cit., pp. 151-153.

*Un daño de tipo moral no es susceptible de reparación mediante una indemnización en dinero por mucho que el juez establezca un monto alto.(...) una calumnia, (hecho ilícito), puede provocar una desavenencia conyugal tal que, mientras se averigüe su certeza o falsedad, degenere en divorcio. Magro consuelo será para el cónyuge calumniado la indemnización prudentemente fijada por el juez y la publicación del extracto de la sentencia en los términos del párrafo quinto cuando por ese hecho perdió a su cónyuge y su estabilidad afectiva, la misma que no retornará fácilmente aunque hubiere una indemnización pecuniaria de por medio”.*⁷³

Este tipo de análisis son los que han enriquecido la discusión jurídica acerca de la pertinencia de la indemnización en dinero a la víctima de un daño moral.

No obstante al ser la acción por daño moral un proceso contencioso y declarativo, el juez requiere de que el actor señale la cuantía de su pretensión, este valor económico busca compensar económicamente el sufrimiento de la víctima de daño moral, sin embargo, así como no existe relación directa entre el valor económico y el derecho menoscabado, no hay un límite para establecer la cuantía, este vacío puede ocasionar abusos en el uso del derecho o en la pretensión establecida.

En nuestra legislación el único parámetro que el juez recibe como herramienta al momento de dictar un fallo en un proceso, es la prudencia, así lo establece el Código Civil en su artículo 2232. Es importante anotar que la prudencia no equivale a discrecionalidad, es decir el juez en vano podrá hacer una libre determinación de la reparación a la que tiene derecho el afectado, si no que más bien tiene que hacer un

⁷³ PEREZ, DUARTE Alela, en NOBOA BEJARANO, Ricardo, *El daño moral en la legislación ecuatoriana*, p. 46.

delicado examen del contexto en el que se halla la agresión, así como la situación socio económica del actor y demandado, la magnitud de la agresión y el impacto que ella ha causado en el medio en el cual se desenvuelven los protagonistas de la relación jurídica que se ha establecido con el daño moral infringido.⁷⁴

⁷⁴ Diss: GUERRERO GONZÁLEZ, Sofía, Límites de la Cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, 2009, p. 47.

CAPÍTULO II

Eximentes de responsabilidad

II.1 La responsabilidad en la sociedad

II.2 La Responsabilidad Civil

II.3 Elementos de la Responsabilidad Jurídica

II.3.1 Grado de Responsabilidad

II.3.2 Tipos de Responsabilidad

II.3.2.1 Contractual y Extracontractual

II.3.2.2 Subjetiva y Objetiva

II.3.2.3 Directa e Indirecta

II.4 Definición de delito

II.4.1 Acto

II.4.2 Tipicidad

II.4.3 Antijuridicidad

II.4.4 Culpabilidad

II.5 Eximentes de Responsabilidad

II.5.1 Ausencia de Acto:

II.5.1.1 Fuerza física irresistible

II.5.1.2 El sueño

II.5.1.3 Movimientos reflejos

II.5.2 Causas de Justificación

II.5.2.1 Legítima defensa

II.5.2.2 Estado de necesidad

II.5.2.2.1 Ejercicio legítimo de un derecho o de un cargo

II.5.3 Imputabilidad

II.6 Delito penal y Delito civil

II.1 La responsabilidad en la sociedad

La noción de responsabilidad es elemental para el derecho, puesto que es en base a su determinación que se puede cumplir uno de sus fines, esto es impartir justicia⁷⁵, a través de la reparación cuando se ha ocasionado un daño.

El término responsabilidad proviene del latín “respondere” que quiere decir estar obligado. La idea de rendir cuentas es tan antigua como la humanidad⁷⁶, y su desarrollo ha ido a la par del desarrollo mismo del Derecho.

La noción de responsabilidad se encontraba ya presente en el Derecho Romano, el principio “*alterum non laedere*” se consagra en el Digesto y formaba parte de los tres preceptos básicos del derecho: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro”.⁷⁷

López Herrera, respecto de la responsabilidad, razona de la siguiente manera:

El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación –en sentido jurídico– de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el

⁷⁵ Stammerl entiende a la justicia como el objeto final del derecho. STAMMLER, Rudolf, *El Juez*, p. 51 en MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., p. 53.

⁷⁶ El primer libro de la Biblia nos relata la expulsión de Adán y Eva del Paraíso por desobedecer la orden de Dios al probar del fruto que se producía en el árbol de la ciencia del bien y el mal, así mismo nos relata el homicidio de Caín a Abel. Estos dos actos acarrearón responsabilidad según el Génesis, pues Adán y Eva fueron expulsados por su creador del edén, mientras que Caín fue condenado a llevar una vida errante.

⁷⁷ LÓPEZ HERRERA, Édgar, *Introducción a la Responsabilidad Civil*, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 1ª. Ed., 2004, p. 1.

*daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona.*⁷⁸

La generación injusta de un daño genera automáticamente el deber de repararlo, esta idea se debe al concepto de responsabilidad, solo⁷⁹ quien es responsable deberá encargarse de restituir la situación del afectado a su estado anterior.⁸⁰

El deber de reparación es para con la sociedad de la que es parte el infractor, en esa medida se ve responsable por afectar la sana convivencia de la comunidad a la que pertenece; así, debe rendir cuentas de los hechos o actos que ha realizado, en la misma medida que éstos hechos o actos hayan violentado derechos de algún tercero, al respecto Treviño García analiza que la irrogación de daños independientemente de su fuente, ya sea por hecho ilícito o por riesgo creado, acarrea la obligación de repararlos, a lo que el autor identifica como responsabilidad civil.⁸¹

La civilización ha encontrado en el sentido de la responsabilidad una medida de armonía social, que permite establecer controles adecuados y poner equilibrio donde han existido abusos por quienes puedan beneficiarse injustamente, en desmedro del bienestar de otros.⁸²

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ No debemos dejar de mencionar a la responsabilidad indirecta, por la cual responden terceros que no realizaron el acto, pero que tienen algún vínculo jurídico debido a los supuestos establecidos por el legislador, tal es el caso del dueño del animal bravío o del representante de un incapaz. En estos casos la responsabilidad se traslada a un tercero por fallar en el deber objetivo de cuidado.

⁸⁰ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 305.

⁸¹ Cfr: TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p.319.

⁸² Cfr: ABARCA GALEAS, Luis, Op. Cit., p. 21.

Podemos inferir que si no se estableciesen responsabilidades por las actuaciones humanas, la sociedad civilizada se transformaría en anarquía, siendo imposible la generación de orden.

La noción de rendir cuentas a terceros, históricamente, no se ha basado exclusivamente en las autoridades creadas por los hombres, también se habla de responsabilidad en su fuero interno, es decir consigo mismo, de acuerdo a sus creencias o a través de su conciencia, de igual manera se es responsable con un ser supremo de acuerdo a las creencias espirituales que tenga el actuante⁸³, así por ejemplo en un Régimen Monárquico, donde por regla general no existían órganos de control que fiscalicen la actuación del gobernante, se dejaba a la idea del poder divino la tarea de velar porque las actuaciones del Rey no beneficien únicamente a su interés, al respecto, el Doctor José Reig Satorres señala:

*“El rey o monarca, en el instante de su posesión, es juramentado para que cumpla y respete las leyes del reino, los principios religiosos y, fundamentalmente, la aplicación de la justicia en beneficio de todos sus vasallos”.*⁸⁴

De acuerdo a su formación y a la época en la que haya gobernado, es muy probable pensar que sus actuaciones se hayan visto limitadas en orden con la creencia de rendir cuentas en una vida posterior.

Si bien esta idea de responsabilidad que nos permitimos introducir no tiene aplicación en la vida jurídica, el ejercicio se compone de la misma lógica.

⁸³ Cfr: MONROY CABRA, Marco Gerardo, Op. Cit., p. 133.

⁸⁴ REIG SATORRES, José y LARREA HOLGUÍN, Juan; *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito; 2ª Ed., 2000, p. 88.

Cuando tratamos el fuero interno del hombre ya no estamos tratando el concepto de responsabilidad jurídica⁸⁵, pues en este caso las normas que el sujeto ha decidido observar son ajenas al derecho y pertenecen en principio a otros ordenamientos carentes de coerción como la moral o la religión.

El establecimiento de la responsabilidad jurídica es precisamente una de las tareas más complejas del derecho, ya que no siempre ha sido sencillo determinar al sujeto responsable y por ende la determinación del obligado de resarcir.

Si el daño ha sido inferido injustamente, el resultado exitoso de esta tarea que se ha impuesto el Derecho será la determinación de un responsable.⁸⁶

II.2 La Responsabilidad Civil

En el mundo jurídico existen distintos tipos de responsabilidad, cuya clasificación obedece a la clasificación de las distintas ramas del Derecho, así tenemos responsabilidad penal, administrativa, tributaria, internacional, etc. En esta investigación nos circunscribimos principalmente a la responsabilidad civil, pues el daño moral pertenece a este plano, sin perjuicio de hacer referencia a la responsabilidad penal, que es en donde mayormente se ha desarrollado la teoría de los excluyentes de responsabilidad.

⁸⁵ Cfr: ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Quito, 1ª Ed. 2005, p. 213.

⁸⁶ Cfr: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 3ª. Ed., 2004, p. 43.

Kelsen define a la responsabilidad como la “acción de imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.”⁸⁷

El concepto de Hans Kelsen introduce elementos esenciales como el de reparación y daño que hemos analizado en el capítulo anterior de este trabajo, así, podemos inferir que la existencia de un daño y la obligación correlativa de reparar son elementos esenciales de la responsabilidad jurídica y lo diferencian a su vez de cualquier otro tipo de responsabilidad.

El tratadista De Larrañaga Monjaraz analiza el concepto de responsabilidad presentado por Kelsen, respecto del cual dice que únicamente “hace referencia a una situación normativa en virtud de la cual un sujeto puede ser sancionado”⁸⁸, en el análisis de la definición, el profesor rescata el carácter normativo, formal e interno de la definición, pues enmarca al concepto de responsabilidad exclusivamente en la norma que lo genera, formalmente relaciona a los conceptos jurídicos de sanción, ilícito y obligación, y finalmente resalta la esfera interna de la definición al relacionarla con el contenido meramente jurídico de la noción de responsabilidad.⁸⁹

La responsabilidad civil es la obligación que se impone a una persona de reparar el daño que ha causado a otra, por su falta o por la actividad de otras personas que están bajo su cuidado o vigilancia, o por el daño ocasionado por las cosas o animales que le pertenecen y que ella debe responder por ser su propietario.

⁸⁷ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho* en BARROS BOURIÉ, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª Ed. 2006, p. 15.

⁸⁸ Diss: DE LARRAÑAGA MONJARÁZ, Pablo, *El Concepto de Responsabilidad en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

⁸⁹ Cfr: Ídem.

Este concepto presupone la existencia de un daño, el cual conlleva la obligación de reparar, pero a su vez hace extensa la posibilidad de que el responsable pueda ser obligado, ya sea por su propia falta, o por la de personas, animales o cosas que se encuentren a su cargo, lo cual amplía el margen de responsabilidad.

II.3 Elementos de la Responsabilidad Jurídica

“No hay responsabilidad si no hay daño”⁹⁰, esta máxima nos ayuda a comprender en qué forma el daño actúa como uno de los presupuestos de la responsabilidad.

Este criterio es recogido por la Jurisprudencia Colombiana⁹¹ de la siguiente forma:

Conforme a la anterior reseña de las piezas procesales a que se contrae el conjunto probatorio allegado al plenario, para los fines de la prosperidad de los perjuicios materiales y morales supuestamente causados por la accionada al actor, es preciso ante todo comprobar fehacientemente el daño que los originó, el cual para estos efectos constituye el pilar básico para el resarcimiento de ellos, pues como lo ha definido la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, no hay responsabilidad si no hay daño.

Este daño debe ser cierto, por lo tanto no cuenta como daño el peligro en el que se encontró una persona, si este jamás se materializó, el alcance de cierto tampoco se

⁹⁰ El Art. 1067 del Código Civil Argentino, dice: No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.

⁹¹ CORTE DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sala de Casación Laboral; OSORIO LÓPEZ, Luis; Magistrado Ponente, Caso SANTIAGO VILLOTA ROJAS contra la sociedad CONCRETOS PREMEZCLADOS S.A., 2004, p.9.

circunscribe al tiempo en el que se produce, ya que el daño cierto también puede ser futuro, Orgaz señala lo siguiente:

*El daño futuro es el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como como la previsible prolongación o agravación de un daño actual según las circunstancias de caso y la experiencia de la vida.*⁹²

El término cierto hace referencia a la seguridad con la que contamos de que el daño se haya realizado o se vaya a realizar, se debe constatar las condiciones en las que se encuentra y se podrá prever las consecuencias que va a producir.⁹³

Barros Bourié expone que el daño en su relación con la responsabilidad civil, cumple una doble faceta, una como el presupuesto por excelencia para el nacimiento de una obligación imputable a un tercero, y la otra como el objeto mismo del juicio de responsabilidad.⁹⁴

La presentación del daño en sus dos funciones realizada por el jurista citado nos permite realizar una distinción entre la presencia de un daño como fuente de la responsabilidad en contraposición al daño como objeto de una pretensión a través de una demanda.

La distinción nos ayuda a clarificar el concepto del daño como un generador de responsabilidad, pues como hemos analizado cuando se lo produce existe una persona

⁹² ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil, Personas Individuales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 22.

⁹³ Cfr: ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., pp 95 – 111.

⁹⁴ Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.216.

llamada a la reparación, y esa reparación es posible tan sólo gracias a la responsabilidad que el ordenamiento ha atribuido a un tercero.

A su vez cuando una persona sufre un daño, con o sin intención positiva del causante, se genera automáticamente su derecho de solicitar un resarcimiento, de ahí que podemos deducir que la doble faceta planteada por Barros Bourié responde a las obligaciones correlativas a los derechos subjetivos de en este caso la víctima. En el concepto de responsabilidad civil que analizamos hemos estudiado al daño como el presupuesto de la responsabilidad.

Cuando el acto ilícito que produce algún daño ha sido previamente tipificado en el catálogo de delitos del Código Penal, la clase de responsabilidad que genera es la penal precisamente, sin perjuicio de que la responsabilidad civil se mantenga, una vez que se ha configurado un delito el infractor debe responder con el cumplimiento de la pena al titular del derecho afectado que en este caso es el Estado.⁹⁵

Por el contrario, si el hecho o acto no cumple con este presupuesto -el de la tipicidad penal- la responsabilidad será civil exclusivamente y el remedio se deberá a un particular. La responsabilidad penal no se contrapone con la responsabilidad civil, ya que pueden existir hechos o actos que tengan que generen las dos responsabilidades a la vez, tal como lo aclara el artículo 67 de nuestro Código Penal.⁹⁶

⁹⁵ El Art.2 del Código de Procedimiento Penal habla del principio de legalidad como parámetro de atribución de responsabilidad penal mientras que los Arts. 10 y 25 otorgan al Estado representado por la Fiscalía el deber de dar impulso al proceso penal.

⁹⁶ Art. 67 del Código Penal.- La condena a las penas establecidas en este 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

Ya que el daño moral se enfoca dentro de los daños a la persona, y su detrimento recae únicamente en la esfera privada del individuo, se entiende que este no causa una conmoción generalizada a la sociedad y por ello el Estado no le preocupa perseguir de oficio la comisión de un ilícito que se mantenga en la esfera del Derecho Civil y no trascienda a la esfera del Derecho Penal.

El supuesto se cumplirá, como hemos mencionado, siempre que la conducta que se ha determinado como ilícita no se haya tipificado.⁹⁷

II.3.1 Grado de Responsabilidad

De acuerdo al grado de responsabilidad, el daño puede provenir de un acto que se puede clasificar en doloso o culposo. Esta clasificación se ha establecido de acuerdo a la intención que tuvo el infractor en realizar el daño, es decir el deseo positivo y real de cometer un agravio en contra de la víctima, si esta premisa se verifica nos encontramos frente a un daño doloso, que equivale al delito civil; si el daño se ha inferido sin que haya existido intención por parte del responsable, y siempre y cuando exista un nexo causal con el daño producido nos encontramos con la responsabilidad culposa, a la cual se le ha definido como cuasidelito;

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

⁹⁷ Infra, p. 52.

Carlos Alberto Gherzi, propone una distinción entre el Daño culposo y el que se ha causado con dolo de la siguiente forma:

“En nuestra legislación⁹⁸ tenemos una sola noción de culpa, y la doctrina también es propensa a no clasificarla, y menos a graduar el elemento de culpabilidad sin intención de dañar, es decir, el hecho culposo.

Josserant decía que la culpa grave es una enormidad que revela la incapacidad, la ineptitud del culpable para cumplir con su obligaciones, a las que está sujeto con la visión contractual o extracontractual que le incumbe.”⁹⁹

Adicionalmente debemos mencionar que pueden existir daños que se produzcan por caso fortuito. La regla general es que el caso fortuito no conlleva la obligación de resarcimiento de ningún tipo, ya que como exponemos en el capítulo tercero de esta investigación, no se genera ninguna clase de responsabilidad por ser ajeno a la voluntad del hombre y una vez que no puede ser prevenido.¹⁰⁰

II.3.2 Tipos de Responsabilidad

II.3.2.1 Contractual y Extracontractual

De acuerdo a su fuente, la responsabilidad civil puede dividirse en contractual y extracontractual¹⁰¹ Esta división tiene antecedentes históricos claros, tal como cita Barros Bourié en su obra Tratado de Responsabilidad Extracontractual:

⁹⁸ En referencia a la legislación argentina.

⁹⁹ GHERZI, Carlos Alberto, Op. Cit., pp. 174 – 175.

¹⁰⁰ Infra, p. 68.

¹⁰¹ Sobre este extenso tema recomendamos revisar el capítulo XII de la obra de BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., pp. 975 – 1071.

“La distinción de Gayo¹⁰² entre el contrato y el ilícito como fuentes de las obligaciones ha constituido por casi dos mil años la gran división del derecho de obligaciones. [...]

[...] Tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son fuentes de responsabilidad civil: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante.”¹⁰³

La noción de responsabilidad puede tener como fuente un contrato, cuya sola suscripción ya genera responsabilidad para las partes. Por ello, la inobservancia de las condiciones establecidas en el contrato, genera responsabilidad para la parte incumplida. Como presupuesto básico hemos de establecer que quien firma un contrato contrae obligaciones y adquiere derechos en la misma medida, siempre y cuando exista una relación sinalagmática, acciones tendientes a su cumplimiento.

Si el daño que se produce no se encuentra enmarcado en las condiciones específicas que ha planteado un contrato, las que las partes han aceptado de manera libre y voluntaria, la responsabilidad se puede generar a partir de un hecho ilícito, a este fenómeno se lo conoce como responsabilidad extracontractual. La formación del concepto de responsabilidad extracontractual es más bien nueva, al respecto, el jurista peruano Fernando de Trazegnies reseña que:

“Existe acuerdo en los autores en señalar el siglo XVII, como la época en la que en que la responsabilidad extracontractual adquiere personalidad propia; y la

¹⁰² Inst. Gayo 3.88 en BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p. 18.

¹⁰³ Ídem

adquiere dentro del cuadro del individualismo liberal, con la acentuación del valor del individuo en el siglo XVII”.¹⁰⁴

El análisis previo refleja que el Derecho Romano no desarrolló profundamente la responsabilidad extracontractual, existe una referencia en la denominada *legis Aquiliae*¹⁰⁵, la cual introduce algún ligero concepto de culpa.

Cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación alguna y el infractor no se encuentra amparado por algún eximente de responsabilidad “el derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otros individuos”.¹⁰⁶

La definición de responsabilidad extracontractual citada le agrega un componente meramente económico, y establece que el objeto del derecho en este caso es el de trasladar el peso en metálico que conlleva el sufrimiento injusto de un daño.

Sobre esta distinción Barros Bourié afirma que tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son fuentes de responsabilidad civil ya que en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante.¹⁰⁷

¹⁰⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit., p. 10.

¹⁰⁵ SCHIPANI, Sandro, *Responsabilidad “ex lege Aquilia”* en *Ibid.*, p.6.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁷ Barros Bourié, Op. Cit. p. 21

Parte de la doctrina¹⁰⁸ incluso se ha pronunciado por la unificación de estos dos tipos de responsabilidad, tratando de esta manera a la responsabilidad como una sola, tomando en cuenta que varios de los parámetros para medir la responsabilidad contractual y extracontractual.

II.3.2.2 Subjetiva y Objetiva

La responsabilidad subjetiva como su nombre lo indica es atribuible a la culpa o dolo con la que actúa el sujeto¹⁰⁹ a través de la examinación del grado de intencionalidad que tuvo el infractor al momento de cometer el hecho ilícito, en esa medida la responsabilidad se originará examinando la intención que tuvo el demandado en la realización del acto u omisión en la comisión de un daño.

Eduardo Zannoni sintetiza al ejercicio básico para identificar a la responsabilidad subjetiva de esta manera. *“Lo típico de la responsabilidad subjetiva es la calificación del acto culpable del autor ante un obrar antijurídico”*.¹¹⁰

El profesor Zannoni descarga en la acción de calificación del acto a la evaluación que acompaña a la responsabilidad subjetiva, además acompaña de una característica adicional al acto, la palabra culpable, lo cual refleja la necesidad de imputabilidad que tiene la acción realizada para formar parte del mundo de los ilícitos y automáticamente generar responsabilidad.

¹⁰⁸ La doctrina francesa especialmente se inclina por la postulación de hipótesis similares para el tratamiento uniforme de la responsabilidad civil, a raíz de la publicación de la obra *“Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”*. Mazeaud, Henri, Mazeaud León y Tunc André en 1965. Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique. Op. Cit. p19.

¹⁰⁹ Cfr: BARROS BOURIÉ, Op. Cit., p. 61.

¹¹⁰ ZANONNI, Eduardo, Op. Cit., p.9.

Sobre la responsabilidad objetiva el mismo Zannoni señala que “*cuando la responsabilidad se adjudica en virtud de factores objetivos de atribución, basta que medie una relación de causalidad adecuada entre la actuación del factor de riesgo que genera el deber de responder y el daño.*”¹¹¹

La relación a la que el jurista hace referencia entre la actuación de riesgo que fue la que produjo el daño, es la síntesis de la responsabilidad objetiva la cual trata acerca del daño que se ha producido exclusivamente y deja de lado la intención que ha tenido el infractor, al respecto Gil Barragán Romero dice que:

*Aun cuando el acto no sea culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente, si hay nexos causal entre el acto no culpable y el daño. Se habla entonces de responsabilidad de pura casualidad, de daño inculpable y de otros modos, aunque la designación más común es responsabilidad objetiva.*¹¹²

II.3.2.3 Directa e Indirecta

Se dice que la responsabilidad es directa cuando la persona que ha ocasionado el daño es la misma que se encuentra obligada a repararlo, mientras que el tipo de responsabilidad es indirecta cuando se debe responder por los actos de un tercero.

Sobre esta clasificación los tratadistas Llambías, Benegas y Sassot, en su obra Manual de Derecho Civil hacen la siguiente referencia:

¹¹¹ *Ibíd.*, p. 22

¹¹² BARRAGÁN ROMERO, Gil, *Op. Cit.*, p. 36.

Esta clasificación tiene en nuestro derecho¹¹³ un significado dual que sólo juega en el ámbito de los hechos ilícitos. Según una primera significación es daño directo el que sufre la víctima del acto ilícito "en las cosas de su dominio o posesión" (art. 1068); indirecto el que refluye en su patrimonio "por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades" (art. 1068, infine). Según una segunda significación, adoptada por el art. 1079, es daño directo el que padece la víctima del delito cometido y daño indirecto el que experimenta de rebote cualquier otra persona distinta, lesionada en un derecho propio.¹¹⁴

El responsable tiene algún tipo de vínculo jurídico con el tercero mencionado, como por ejemplo el padre que ejerce la patria potestad o el empleador que indemniza al trabajador que tuvo un accidente laboral.¹¹⁵

Como ejemplo citamos la reflexión que hace el señor Marcelo Pazmiño Ballesteros, en su obra de la cual transcribimos el siguiente texto: *"En el Ecuador este derecho (el de la reclamación del daño moral) está contenido en el Código Civil y se lo ejerce por parte de las víctimas indirectas del hecho dañoso principal – causa de la muerte del trabajador- en base a la responsabilidad civil extracontractual..."¹¹⁶*

En los casos de responsabilidad indirecta, el legislador ha previsto que la víctima no puede quedar en desprotección aun cuando no se pueda establecer la participación del responsable en la comisión del ilícito.

¹¹³ En referencia al Derecho argentino.

¹¹⁴ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, BENEGAS, Patricio Raffo y SASSOT, Rafael A, Op. Cit., p.99.

¹¹⁵ PAZMIÑO BALLESTEROS, Marcelo, *Acción Civil de Daño Moral en accidente laboral*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2012, p.54.

¹¹⁶ Ídem

II.4 Definición de delito

Antes de iniciar con el concepto de delito, el cual pertenece particularmente a la ciencia del Derecho Penal, es preciso aclarar que si bien nuestra investigación trata de desarrollar el concepto de Daño Moral, netamente Civil, hemos adoptado el análisis que se vierte en el Derecho Penal con el objeto de ampliar el escenario en el cual se desenvuelven los elementos que le son comunes al delito civil y penal, respectivamente.

Este ejercicio nos permitirá realizar un estudio más detenido de cada uno de los eximentes de responsabilidad, pues ellos se centran en descomponer cada una de las características irremediables del delito, objeto de este trabajo investigativo, particularmente enfocado en la institución del Daño Moral.

Ya que el delito actúa como fuente de las obligaciones, es menester presentar su definición. El Derecho Penal lo define como el acto típico antijurídico culpable que tiene como consecuencia la sanción de una pena.¹¹⁷ Esta definición que ha sido uniformemente aceptada por la doctrina¹¹⁸ nos permite identificar a los elementos que se deben conjugar para que un acto sea catalogado como delito.

Cada cualidad constituye una condición previa para la aplicación de la condición subsiguiente, de esta manera solo si existe un acto este podrá ser típico, a su vez sólo si el acto ha sido tipificado podremos examinar su antijuridicidad y finalmente solo el

¹¹⁷ Cfr: BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1ª Ed., 1989, p. 72.

¹¹⁸ Cfr: ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Op. Cit.*, p.107.

acto típico antijurídico puede ser catalogado como culpable para que nazca a la vida jurídica un delito penal.¹¹⁹

Sobre esta base podemos afirmar que el hecho ilícito catalogado como delito civil no cumple con la característica de la tipicidad, lo que limita su resarcimiento a un monto pecuniario, de acuerdo a la obligación generada en cada caso.

II.4.1 Acto

Para que una actuación sea considerada como tal debe intervenir la voluntad de quien la cometió. Una actuación sin voluntad no es relevante para el mundo del derecho y por ello no puede ser catalogado como delito la comisión de un crimen en el cual el agresor ha actuado sin el uso pleno de su libre albedrío, esto es consciente y voluntariamente. Albán Gómez define al acto como "*la conducta humana guiada por la voluntad*".¹²⁰

La conducta humana constituye el requisito material para iniciar el examen que determine si nos encontramos ante la presencia o no de un delito, a este le subyacen tres adjetivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).¹²¹

Es importante señalar que la actuación también puede ser por omisión, cuando se tiene el deber jurídico de obrar¹²², la no realización de la tarea correspondiente conlleva la responsabilidad del omitente. Al respecto el artículo 12 del Código Penal dice que no impedir un acontecimiento equivale a ocasionarlo, mientras que el artículo 2232

¹¹⁹ Cfr: BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., p.79.

¹²⁰ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Op. Cit., p.133.

¹²¹ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, Editorial EDINO, Quito, 2ª Ed., 1998, p. 20.

¹²² Cfr: ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Op. Cit., p. 137.

del Código Civil establece expresamente la posibilidad de cometer daño moral por omisión:

[...] 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.

Ya sea por comisión u omisión, el acto exterioriza la voluntad de quien lo realiza, es decir trasciende el fuero interno para nacer a la vida jurídica, es a partir de este momento que se mide la responsabilidad.

II.4.2 Tipicidad

El requisito de la tipicidad obedece a la necesidad de las sociedades de tener a las actuaciones sancionadas por el Derecho Penal como la *última ratio*, lo cual quiere decir que solo las conductas que causen verdadera conmoción a una comunidad son las que deben ser sancionadas con una pena, previo a su incorporación en el catálogo de delitos.¹²³

Para que un acto sea típico debe seguir el camino legal para su expedición con rango de ley.¹²⁴

¹²³ Cfr: BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., p.9.

¹²⁴ El artículo dos del Código Penal vigente inicia con esta disposición: Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

Ernesto Albán Gómez sintetiza a la tipicidad de la siguiente manera: “*La identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley*”.¹²⁵

La descripción que el legislador ha realizado de una conducta delictiva, pretende respetar el principio de seguridad jurídica, de ahí que en el concepto citado se hable de una identificación plena de la conducta con el tipo.

II.4.3 Antijuridicidad

Si un sujeto en uso pleno de su voluntad realiza un acto que ha sido previamente tipificado en la ley como delito penal, el juzgador debe observar si este se encuentra permitido por el ordenamiento y en consecuencia no es contrario a derecho.¹²⁶

La legislación ha previsto situaciones específicas en las cuales un sujeto puede realizar la comisión de un acto típico permitido, en estos casos el requisito de la antijuridicidad no se cumple y por ello no tenemos delito.¹²⁷

Alfonso Zambrano Pasquel define a la antijuridicidad de la siguiente manera: “*Juicio de valoración objetiva por el que es disvaliosa una conducta típica que lesiona bienes jurídicos penalmente tutelados*”.¹²⁸

Es importante destacar el criterio de juicio de valoración que es el ejercicio que debe realizar el juzgador al establecer si la actuación contraviene o no al derecho, lo que el autor denomina como disvaliosa.

¹²⁵ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Op. Cit., p. 149.

¹²⁶ Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.132.

¹²⁷ GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit., pp. 127 – 139.

¹²⁸ ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Op. Cit., p.179.

El concepto de bienes jurídicos penalmente tutelados se refiere a la relación de la antijuridicidad con la tipicidad. La tipicidad actúa como condición *sin equa non* para calificar a la conducta como antijurídica.

El derecho evalúa la antijuridicidad previo a establecer un dictamen, en esta medida Zannoni señala que *“la reacción del orden jurídico en orden a una reparación resarcitoria en favor del damnificado constituye siempre una respuesta ante una valoración de antijuridicidad.”*¹²⁹

Es decir que concomitantemente a la presencia de un acto antijurídico el ordenamiento deberá establecer el resarcimiento para la víctima que la ha sufrido. Es importante señalar que el daño por sí solo no es antijurídico sino que esta calificación es propia de la conducta de los individuos.¹³⁰

II.4.4 Culpabilidad

Sólo se puede ser culpable si se es imputable. Muñoz Conde¹³¹ señala como tres a las causas de imputabilidad: Un menor de edad no es imputable y por ello no puede cometer un delito, de la misma manera sólo quien actúa en pleno uso de sus facultades puede ser encontrado culpable de la comisión de un delito y finalmente debe estar plenamente consciente de la realidad sin que su percepción se haya alterado desde la infancia.

¹²⁹ ZANNONI, Eduardo, Op. Cit., p.9.

¹³⁰ Cfr: Ídem.

¹³¹ En ORTÍZ SANCHEZ, Mónica y PÉREZ, Virginia, Op. Cit., p. 174.

Respecto a la culpabilidad Zambrano Pasquel reseña:

*El reproche de culpabilidad se dirige al individuo considerando al autor en la situación en que se encontraba y si hubiera podido actuar de una manera diferente, en el sentido de que con arreglo a la experiencia general sobre la esencia del hombre, otro en su lugar hubiera actuado de una manera diferente empleando la voluntad o diligencia que le eran exigibles y que le faltó al autor.*¹³²

II.5 Eximentes de Responsabilidad

Existen casos específicos en los cuales actuaciones en principio aparentemente ilícitas son permitidas por el ordenamiento jurídico. La dispensa que otorga el Derecho se debe a que científicamente se han previsto casos en los cuales se debe hacer un análisis minucioso para determinar si efectivamente quien cometió una falta ha transgredido el ordenamiento y por tanto debe responder jurídicamente por sus actos.¹³³

Si se han determinado que existen circunstancias que modifican la responsabilidad del imputado, se ha identificado a un eximente de responsabilidad, el cual evita que la actuación sea sancionada, ya sea con una pena en el caso del Delito Penal o con la obligación de reparación en el caso del Derecho Civil

Sobre este punto Carlos Alberto Ghersi expone que:

“Al quedar comprendida la conducta analizada en este doble juego -por un lado, el conflicto con el ordenamiento y, por el otro, su encuadre como “actitud justificada

¹³² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Op. Cit., p.257.

¹³³ Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.132.

*por razones de orden superior”, valorativamente hablando- no adquiere el carácter de antijurídica.*¹³⁴

Actúa como eximente de responsabilidad cualquier escenario que no involucre la presencia de alguno de los elementos constitutivos del delito.¹³⁵ A continuación presentamos una lista de los eximentes de responsabilidad existentes acompañados de una pequeña explicación de cada uno de ellos, y explicando cual es el elemento constitutivo del delito al que ataca.

Debido a la estructura que presenta este trabajo investigativo explicaremos sucintamente los eximentes de responsabilidad aplicables al delito civil, para permitir su mejor desarrollo en el siguiente capítulo dedicado exclusivamente a los eximentes de responsabilidad del daño moral.

II.5.1 Ausencia de Acto

II.5.1.1 Fuerza física irresistible

Ya que como hemos señalado, el acto está guiado por la voluntad, no es responsable legalmente quien sufra algún tipo de sometimiento físico, debido a la fuerza superior de la persona, o de la cosa que impide que el individuo controle sus movimientos y exista de por medio el menoscabo en el derecho de otra persona

Se debe distinguir a la fuerza física de la fuerza moral que puede ejercer una persona sobre otra y en virtud de ello obligarle o ejercer influencia para realizar alguna

¹³⁴ GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 137.

¹³⁵ Cfr: BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., p. 121.

actuación delictiva.¹³⁶ Este caso en especial es analizado dentro de los eximentes de responsabilidad relacionados a la culpabilidad.

II.5.1.2 El sueño

Cuando una persona no se encuentra en estado de vigilia bien sea por que duerme debido al sueño natural, o porque tiene problemas de sonambulismo no puede ejecutar actos y en virtud de ello no será responsable por las consecuencias de sus movimientos involuntarios en el caso de que estos llegaren a causar daño a un tercero

El profesor Ernesto Albán Gómez realiza el análisis jurídico del sonambulismo de la siguiente manera:

Consiste en la alteración del sueño que afecta a ciertas personas y que les lleva a realizar, estando dormidos movimientos más o menos complicados o peligrosos que luego el sonámbulo cree que solamente fueron sueños. Pudiera ocurrir también que algunos de estos movimientos lesionaran ciertos bienes jurídicos penalmente protegidos.¹³⁷

Se aplica el mismo razonamiento para el caso de personas bajo hipnosis o bajo el efecto de una sustancia alucinógena que impida a la consciencia de la realidad.¹³⁸

¹³⁶ ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Op. Cit., p.145.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 146.

¹³⁸ *Ídem.*

II.5.1.3 Movimientos reflejos

El cuerpo humano reacciona automáticamente a estímulos físicos, debido al instinto de supervivencia un sujeto puede cubrirse bruscamente de un golpe, o reaccionar ante un punto sensible.¹³⁹

Podemos concluir que cuando la mencionada reacción conlleve la realización de un daño, la demostración médica y procesal de que se trató de un movimiento automatizado por reflejo libera de la responsabilidad a quien lo causó.

II.5.2 Causas de Justificación

En el marco de la antijuridicidad se distinguen principalmente dos causas de justificación, las cuales dictaminan que la actuación ha sido realizada conforme a Derecho y por tanto no contraviene el ordenamiento jurídico.

II.5.2.1 Legítima defensa

La institución de la legítima defensa ha tenido un desarrollo especial dentro de las causas de justificación, esto debido a su aplicación práctica, ya en la época de Alfonso el Sabio se distinguía en la legislación española en la Partida Séptima (Libro 111, título VIII) , la autorización a dar muerte al ladrón nocturno que se amparase con armas.¹⁴⁰

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. EDIAR, Buenos Aires, 1ª Ed. 1998, p.661.

¹⁴⁰ *Ibíd.*. p. 621.

El léxico jurídico define a la Legítima defensa de la siguiente manera:

Causa eximente de responsabilidad criminal por la que una persona en defensa propia o ajena realiza una acción antijurídica y no resulta criminalmente responsable de ella cuando concurren los siguientes requisitos: 1) que sea objeto de una agresión ilegítima, es decir, que se ponga en peligro por otra persona dolosamente el bien jurídico que trata de defender; en caso de defensa de su morada o sus dependencias, se considera agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla; 2) que haya necesidad de defensa y proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión, y 3) que la agresión no haya sido previamente provocada por el que se defiende de ella.¹⁴¹

El artículo 19 del Código Penal enumera las condiciones que deben cumplirse para que el rechazo de una agresión pueda ser considerado como legítima defensa.

Art. 19.- No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las siguientes circunstancias: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión, y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

La legítima defensa también puede ser considerada si se trata de la defensa de un tercero, así lo establece el artículo 21 del Código Penal ecuatoriano que reza:

Art. 21.- No comete infracción alguna el que obra en defensa de otra persona, siempre que concurren las dos primeras circunstancias del artículo 19 y que, en

¹⁴¹ ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y PÉREZ Pino Virginia, Op. Cit., p. 143.

caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella el que defiende.

Para que al acto que se realiza en defensa de un tercero no sea susceptible de sanción alguna, concluimos que la norma establece las siguientes condiciones:

- a.) *Que exista una agresión ilegítima en aquel momento;*
- b.) *De igual manera que exista proporcionalidad en la reacción realizada tendiente a repeler la agresión que está sufriendo el tercero*
- c.) *La falta de provocación a la agresión del tercero que se defiende.*

Como podemos observar los requerimientos son exactamente los mismos que se han establecido para la legítima defensa en primera persona, en este caso se ha realizado el enfoque desde el punto de vista de la víctima a quien se ha tratado de defender.

II.5.2.2 Estado de necesidad

El estado de necesidad requiere de la ponderación de derechos como método aplicativo en su análisis.¹⁴² El razonamiento que ha hecho el legislador se refiere a la particular importancia que tiene el ordenamiento jurídico por velar por la supervivencia de un bien jurídico en desmedro de otro de menor valor según se ha presentado el contexto.¹⁴³

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio, Op. Cit., p. 137.

¹⁴³ Cfr: BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 18ª Ed., 1996, pp 396 – 509.

Dentro del léxico jurídico existe una incorporación del estado de necesidad, el cual se define de la siguiente forma:

“Causa eximente de responsabilidad criminal por la que una persona para proteger un bien jurídico y evitar un mal propio o ajeno que suponga peligro actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, e inevitable de otra forma legítima, menoscaba otro bien jurídico cuyo daño no puede ser mayor al que intenta evitar, siempre y cuando el mal que intenta evitar no haya sido provocado intencionadamente por el propio sujeto y éste no tenga obligación de sacrificarse por razón de su oficio o cargo.”¹⁴⁴

El concepto habla como ya hemos reseñado previamente del conflicto existente entre dos bienes jurídicos protegidos, y la imposibilidad latente de actuar con otro recurso legítimo para repeler la agresión sufrida.

De la misma manera establece las dimensiones necesarias para que la respuesta que la víctima directa o indirecta realiza en contra del agresor se encasille dentro del concepto de legítima defensa, así el daño al bien jurídico no puede ser mayor del que trata de evitar.

Este concepto se encuentra positivizado en nuestra legislación de acuerdo a lo que sigue:

Art. 24.- No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el

¹⁴⁴ ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia, Op. Cit., p. 144.

mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

Eugenio Rafael Zaffaroni habla de dos estados de necesidad, uno donde el mal que se produce sea menor al que se trata de evitar con la agresión repelida y otro donde el mal que se genera no es menor sino de igual magnitud; mientras que el primero ataca la antijuridicidad, el segundo ataca la culpabilidad, los dos actúan como eximentes de responsabilidad.

“El estado de necesidad justificante se da cuando se opera la producción de un "mal menor" para evitar un "mal mayor". Cuando el sujeto se encuentre necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, [...] habrá un estado de necesidad exculpante. Simplemente la conducta será antijurídica, pero no habrá reproche de culpabilidad, pues al sujeto no se le podrá exigir otra conducta.”¹⁴⁵

II.5.2.2.1 Ejercicio legítimo de un derecho o de un cargo

El ejercicio de una profesión implica una serie de compromisos legales en base a la obligación contractual o en base a los presupuestos establecidos en la ley.¹⁴⁶ Existen determinados cargos cuyo ejercicio conlleva deberes jurídicos especiales, tal es el caso de un sacerdote que guarda el secreto de la confesión de un criminal, o el profesional de la salud que recibe a dos heridos por un accidente al mismo tiempo y decide prestar servicios de primeros auxilios al que se encuentra más grave.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio, Op. Cit., p. 624.

¹⁴⁶ Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.134.

Estos ejemplos nos sirven para demostrar la delgada línea en la que se desenvuelven ciertas funciones y la protección legal que se brinda a las decisiones que en el ejercicio de su profesión toman frecuentemente quienes las enfrentan, pues no podría establecerse responsabilidad al sacerdote o al médico de los casos propuestos.

El caso de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional también se presenta particular, ya que debido a la cadena de mando que organiza a las instituciones mencionadas, el subordinado se encuentra en la obligación de acatar las órdenes del superior, lo cual le exime de responsabilidad para casos puntuales en los que las actuaciones de los primeros se circunscriban exclusivamente a órdenes recibidas.¹⁴⁷

Un miembro de la Policía Nacional que propicie golpes en la humanidad de un sospecho de robo o hurto en delito flagrante no es responsable de su actuación, así lo establece el Código Penal:

Art. 23.- No hay infracción en los golpes que se den sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de hurto o robo, cuando se les sorprende en flagrante delito, o con las cosas hurtadas o robadas.

¹⁴⁷ El artículo 159 de la Constitución de la República del Ecuador expresamente consagra el deber de obediencia que tienen los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, sin embargo no exime de responsabilidad a quienes ejecutaren órdenes:

Art. 159.- Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución.

Las autoridades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán responsables por las órdenes que impartan. La obediencia a las órdenes superiores no eximirá de responsabilidad a quienes las ejecuten.

Puesto que nuestro trabajo se enfoca en la búsqueda de eximentes de responsabilidad del daño moral, siendo este último un delito o cuasidelito de naturaleza civil resulta necesario identificar a las diferencias que existen entre el delito penal y el delito civil.

II.5.3. Imputabilidad

Para poder delinquir se requiere ser mayor de edad, no comete delito quien realice un acto típico antijurídico y no alcance los dieciocho años. Esta teoría se basa en el nivel de madurez psicológica que debe tener el individuo para transgredir el orden social.

Enrique Bacigalupo nos enseña que:

*La exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción jure et de jure de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con la comprensión del derecho.*¹⁴⁸

En la misma medida el delincuente debe estar en la plenitud de sus facultades mentales para ser juzgado por la comisión de un delito. Sin embargo, debido a la complejidad que plantea la psiquiatría moderna, la generación de una teoría general que abarque la totalidad de enfermedades psiquiátricas resulta imposible.¹⁴⁹

¹⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique, Op. Cit., p.157.

¹⁴⁹ Ernesto Albán Gómez hace una enumeración de las enfermedades más comunes que atacan al normal funcionamiento del cerebro humano: Esquizofrenia, paranoia, psicosis maniaco depresiva, oligofrenia, epilepsia, demencia senil, psicosis infecciosas, tóxicas y traumáticas. ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, Op. Cit., p. 191.

II.6 Delito penal y Delito civil

Como ya hemos dicho, se encuentran reservadas para el Derecho Penal las actuaciones más graves que causen conmoción a la sociedad y ya que en virtud del principio *nullum crimen sine lege* un delito penal debe haber sido incorporado como tal en la legislación para que su sanción pueda ser aplicada tras el seguimiento del debido proceso, este finalizará con la imposición de una pena.¹⁵⁰

El elemento constitutivo del delito: tipicidad es el elemento diferenciador entre el ilícito civil y el penal.

Así podemos concluir que el acto típico antijurídico culpable¹⁵¹ es el delito penal por excelencia, mientras que un acto antijurídico culpable que no ha sido previamente tipificado es solamente un delito civil.

En la medida de lo expuesto al delito civil le es aplicable el mismo análisis y con ello los mismos eximentes de responsabilidad.

El daño moral, objeto de nuestra investigación, dependiendo si ha sido provocado por un acto realizado con intención o sin ella, está catalogado como un daño moral derivado de un delito o cuasidelito civil, en el siguiente capítulo buscaremos sus eximentes de responsabilidad específicos.

¹⁵⁰ Supra, p. 42.

¹⁵¹ Supra, p. 14.

CAPÍTULO III

Eximentes de responsabilidad particulares del daño moral

III.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor

III.2 Cláusula de No Responsabilidad

III.3 Obrar Lícito

III.4 Culpa o Negligencia inexcusable de la víctima

III.5 Los hechos de un tercero por quien no se deba responder

Como expusimos en el capítulo anterior, los eximentes de responsabilidad en materia civil permiten al sujeto librar su compromiso respecto al deber jurídico de reparar, pues se centran en el juicio de ilicitud de la conducta.¹⁵²

Como premisa general podemos establecer que al ser el daño moral consecuencia de un ilícito civil, le son aplicables exactamente los mismos eximentes que en materia civil juegan un rol constante cada vez que se realiza el ejercicio lógico de atribución de responsabilidad.¹⁵³

Si bien en el capítulo anterior enumeramos los requisitos que deben establecerse para que exista responsabilidad, a ellos podríamos añadir la no existencia de eximentes de responsabilidad, que este capítulo trata de estudiar en su aplicación con el tipo de daño inmaterial conocido como daño moral.

No obstante, ya que el objetivo de esta investigación es identificar los escenarios en los cuales el daño moral se individualiza de manera particular por ser susceptible de ser examinado con sus propios eximentes, hemos tratado de identificar a los liberadores de responsabilidad que abarquen de la mejor manera a la casuística propuesta.¹⁵⁴

Los eximentes de responsabilidad permiten, en algunos casos, que una conducta que en principio se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, sea lícita¹⁵⁵, tras hacer un sopesamiento de bienes jurídicos protegidos luego de un ejercicio de

¹⁵² BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.132.

¹⁵³ Supra, p. 40.

¹⁵⁴ Dada la enorme dinámica que abarca el objeto del estudio del Derecho resultaría pretencioso hacer una numeración taxativa de cada uno de los casos en que puede existir daño moral, establecido este presupuesto hemos tratado de hacer una recopilación de las situaciones que mayormente permitirán identificar eximentes propiamente atribuibles al daño moral.

¹⁵⁵ Supra, p. 58.

ponderación, mientras que en otras ocasiones determinan que no ha existido siquiera acto, o que no existe relación entre el ilícito y el imputado.

Adicionalmente creemos necesario puntualizar que nuestra posición es que el daño moral puede tanto provenir de fuente contractual como extracontractual, y sobre esta premisa desarrollaremos la cláusula de no responsabilidad¹⁵⁶ constante en un contrato, como uno de los eximentes de responsabilidad aplicables al daño moral.

III.1 Caso Fortuito y Fuerza Mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor son recogidos en nuestro Código Civil de la siguiente manera:

Art. 30.- Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Dada la redacción de nuestro Código, parecería ser que el legislador confunde a los términos caso fortuito y fuerza mayor otorgándoles el mismo tratamiento, si bien las dos instituciones guardan similitud no se deben confundir entre ellas ya que las dos han tenido un desarrollo individual.¹⁵⁷

El elemento en común que tienen estas dos instituciones es la irresistibilidad, esto es la incapacidad que tienen los sujetos de impedir que se

¹⁵⁶ Infra, p. 75.

¹⁵⁷ Cfr: TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 319.

produzcan los efectos de un acontecimiento previsible o imprevisible, ya sea de la mano del hombre o de la naturaleza.

La imprevisibilidad, es decir la falta de capacidad que pueda tener un sujeto para prever la llegada de un acontecimiento que lo afecte es la propiedad que confunde nuestra legislación como absoluta, pues la atribuye de forma común al caso fortuito y a la fuerza mayor para que este sea considerado como tal, cuando la doctrina también expresa que se puede el hecho puede ser previsible y aun así no poder resistir sus efectos.¹⁵⁸

Theodor, citado por De Trazegnies propone como elemento diferenciador entre los dos conceptos a la relación directa que existe con la actividad y el suceso catalogado como caso fortuito o fuerza mayor, siendo el primero un “peligro típico de la actividad, mientras que la fuerza mayor es el peligro atípico.”¹⁵⁹

Dependiendo la escuela¹⁶⁰ a la fuerza mayor también se la ha denominado como acto de Dios¹⁶¹, lo que nos da una idea de lo ajeno al control del hombre que se encuentran esta clase de acontecimientos, de ahí que los convenios considerarán a la fuerza mayor como uno de los acontecimientos que libera a los comparecientes de la ejecución temporal o definitiva del objeto del contrato.

¹⁵⁸ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 333.

¹⁵⁹ SÜS, Theodor, citado por BORRELL MACÍA, Antonio, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2ª. Ed 1958, p. 18, No.8, en TRAZEGNIES, Ricardo, Op. Cit., p. 203.

¹⁶⁰ En nuestra investigación hemos encontrado opiniones contradictorias respecto a la definición de caso fortuito y fuerza mayor, siendo el elemento diferenciador la mano del hombre o la mano de la naturaleza o “Dios”, los autores atribuyen la denominación indistintamente. Finalmente hemos decidido inclinarnos por la tendencia de identificar a la Fuerza Mayor con la naturaleza y al caso fortuito con los hombres según el razonamiento de Theodor Sús.

¹⁶¹ TRAZEGNIES, Ricardo, Op. Cit., p. 204.

De acuerdo a Borja Soriano¹⁶² el caso fortuito y la fuerza mayor deben cumplir con tres requisitos, los cuales exponemos para ayudar a entender el alcance de los conceptos:

- 1.) Imprevisibilidad.-¹⁶³ Esto es la capacidad que tiene el sujeto de prever la llegada del acontecimiento, ya que si logra avizorar el evento podrá tomar medidas que eviten el impacto y en ese sentido ya no habrá ni caso fortuito ni fuerza mayor.
- 2.) Generalidad.- El evento imprevisto debe afectar de manera general a todos los que se encuentren en la misma condición, no puede ser que sólo un grupo de personas o peor aún solo quien es acusado de inferir daño moral se haya visto afectados por este eximente de responsabilidad mientras que otros puedan continuar con sus actividades normalmente.
- 3.) Imposibilidad Absoluta y Definitiva.- La imposibilidad de cumplir con lo pactado debe ser terminante, pues si cabe la menor posibilidad de aún cumplir con la tarea encomendada y en consecuencia evitar que se produzca el agravio moral, no aplicará el caso fortuito o la fuerza mayor como exonerador del deber de responder.

El ejemplo por excelencia de fuerza mayor será el de un desastre natural como un derrumbe que inhabilita el paso de una carretera e impide la movilización entre dos puntos. Si la responsabilidad de quien deba realizar el traslado, a quien llamaremos

¹⁶² BORJA SORIANO, Manuel, Teoría general de las obligaciones, citado por TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 333.

¹⁶³ Este es el criterio del profesor Borja Soriano, no obstante como hemos explicado creemos que el caso fortuito o fuerza mayor pueden ser previsibles o imprevisibles, siendo lo determinante la incapacidad que tienen los hombres de impedir su efectos.

contratista “C”, es la de entregar un vestuario para una obra “X”, este no es imputable por el daño causado al elenco por no poder realizar su presentación.

En el ámbito del daño moral podemos hacer el siguiente análisis: Una bailarina “B” de ballet se ha preparado durante dos años para poder presentar la obra “X”.

Adicionalmente se conoce con certeza que un grupo de productores europeos de obras artísticas de ballet se encontrarán presentes el día del estreno de la obra, ya que se encuentran en el continente buscando talentos para incorporarlos al elenco que manejan en el viejo continente.

La bailarina B, quien tenía mucha ilusión por poder presentar su trabajo al afamado grupo de Directores se siente profundamente afectada, pues al ser la mejor bailarina de ballet de la ciudad de Quito, contaba con una gran probabilidad de ser contratada por el grupo de productores quienes se habían comunicado previamente con ella.

Finalmente, los productores han optado por contratar a una bailarina peruana.

La bailarina B alega haber sufrido evidente daño moral, ya que la no realización de su obra ha incidido directamente en su bienestar, lo cual le ocasiona sufrimiento y frustración, sin embargo C no puede ser imputado de la responsabilidad del daño moral que ha sufrido B, puesto que la falta de entrega se debe a fuerza mayor.

Excepcionalmente de acuerdo al principio de libertad contractual, las partes podrían fijar mediante cláusula el compromiso de responder en el caso de que se presenten caso fortuito o fuerza mayor o las dos instituciones.

Adicionalmente es preciso aclarar que si bien el caso fortuito y fuerza mayor actúan como eximentes de responsabilidad, existen actividades específicas que dada su naturaleza riesgosa o de acuerdo a su giro económico deben asumir la responsabilidad que genera un evento fortuito o de fuerza mayor, como las aerolíneas comerciales que sufren accidentes o la fabricación de explosivos de acuerdo a lo establecido en la teoría de los riesgos.¹⁶⁴

Ya que el elemento en común entre el caso fortuito y la fuerza mayor es la irresistibilidad es imposible determinar responsabilidad subjetiva, puesto que cualquiera de los dos casos escapa al control de los intervinientes, sólo se pueden considerar como eximentes de la responsabilidad objetiva.

- **Niveles de Responsabilidad**

Para ilustrar la responsabilidad objetiva¹⁶⁵ podemos recurrir a materia laboral, donde específicamente se ha creado un tipo de responsabilidad por parte del empleador cuando uno de sus trabajadores sufre un accidente, si bien el empleador no tiene participación directa en las causas que se pueden haber presentado y desatado el accidente, el derecho ha establecido el deber de vigilancia y el deber de cuidado como parámetros para establecer niveles de responsabilidad y de esta manera quien ha sufrido el percance no se quede sin reparación.

¹⁶⁴ Cfr: DE TRAZEGNIES, Ricardo, Op. Cit. p .242.

¹⁶⁵ Supra, p. 47.

Se puede considerar otras variables como la afiliación del trabajador al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o la contratación por parte del empleador de un seguro privado que cubra este tipo de casos. En este presupuesto se traslada la carga de reparación a la institución aseguradora, lo que reafirma la existencia de responsabilidad objetiva.

En este tipo de responsabilidad únicamente nos interesa la presencia de un daño, a diferencia de la responsabilidad subjetiva no es necesario establecer el nivel de culpabilidad del autor si es que es un agente determinado, sino que lo único que le ocupa al Derecho es reparar a la víctima del daño.

El cumplimiento del deber objetivo de cuidado implica la idea que quien se encuentra en la obligación de cumplirlo debe emplear un nivel adecuado de diligencia en esta tarea.

Cuando existe la presunción de haber omitido el cumplimiento de este deber, dependiendo la carga de la prueba, quien esté siendo atribuido de responsabilidad, deberá demostrar cuanta diligencia ha empleado en el cumplimiento de este deber.¹⁶⁶

De acuerdo al nivel de diligencia que haya o no haya empleado el autor del daño podremos establecer niveles de responsabilidad, este ejercicio nos permite establecer parámetros objetivos de culpa y con él además podemos analizar si caben o no,

¹⁶⁶ El tercer inciso del art. 1563 del Código Civil reza: La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

El artículo 1563 del Código Civil es clave en nuestra investigación ya que en cada inciso el legislador nos otorga valiosa información para establecer parámetros de atribución de responsabilidad, respecto de los niveles de culpa por los cuales debe responder el deudor; en el supuesto de existir caso fortuito, y la carga de la prueba respecto a quien haya debido emplear diligencia en su tarea, como lo es el deber objetivo de cuidado.

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo 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.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

El segundo inciso de la disposición legal citada establece que cuando se presente caso fortuito el deudor no será responsable cuando sobrevenga caso fortuito en tres escenarios: 1.) Siempre que el caso fortuito no haya dañado la cosa debida, lo que quiere decir que el deudor no es ningún momento responsable por el peligro en el

que se encontró lo que se debía, 2.) Cuando la cosa ya ha sido entregada al acreedor y
3.) Cuando el acreedor haya propiciado el caso fortuito.

El tercer inciso impone la carga de la prueba a quien deba emplear la debida diligencia en la ejecución de una tarea. Lo cual quiere decir que le corresponde al demandado probar en el proceso que ha sido diligente en la ejecución de la obra encomendada.

Puesto que el agravio moral es una especie de daño que puede desprenderse de cualquiera de los supuestos que establece la disposición legal analizada del Código Civil, nuestra posición es que quien reclama indemnización por daño moral debe atenerse a los mismos parámetros respecto a materia probatoria, constitución en mora y niveles de culpa en contratos donde actúen acreedor y deudor de acuerdo al beneficio que cada uno de ellos obtenga del convenio.

III.2 Cláusula de No responsabilidad

Si bien por esencia el daño moral se produce en el marco establecido por la responsabilidad extracontractual, este también puede infringirse en razón del cumplimiento deficiente o parcial, e incumplimiento de un contrato.¹⁶⁷ En este caso la responsabilidad que se genera es de tipo contractual y el daño moral se enmarca en la convención de las partes como su fuente, este fenómeno tiene reciente acogida en la doctrina, tal como lo explica Corral Talciani, quien cita dos fallos que han constituido jurisprudencia por la Corte de Suprema de Justicia de Chile:

¹⁶⁷ Cfr: MEDINA, María, *La culpa de la víctima en el daño extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 43.

Hasta hace pocos años la jurisprudencia mantenía la exclusión de la reparación del daño moral en sede contractual, fundándose en que el art. 15556 sólo se refería a daño emergente y lucro cesante, como rubros de daño económico o patrimonial. Ello unido a la negativa a aceptar el cúmulo de responsabilidades les llevaba a rechazar la demanda de indemnización de daños no patrimoniales cuando entre la víctima y el demandado existía relación contractual, como sucede con frecuencia en accidentes ocurridos en el transporte de pasajeros. (C.Sup., 18 de abril de 1950, RDJ, t. XLVII, sec 1ª, p. 127).

Esta doctrina está en revisión; concretamente en sentencia de 20 de octubre de 1994, la Corte Suprema admitió por primera vez de manera expresa la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual (C. Sup.20 de octubre de 1994, RDJ, t. XCI, sec. 1ª, p.100; reafirmada, aunque con disidencia en C. Sup., 5 de noviembre de 2001).¹⁶⁸

El autor además afirma que el daño corporal producido en los trabajadores, debido a que el empleador no ha tomado las respectivas medidas de seguridad en el lugar de trabajo constituye un nuevo tipo de daño moral de origen contractual.¹⁶⁹

Sin embargo se sugiere que el juzgador adopte un criterio restrictivo en la aplicación de daño moral contractual, pues derivaría en un crecimiento del reclamo producto de cualquier clase de incumplimiento de un contrato.¹⁷⁰

¹⁶⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit., p. 153.

¹⁶⁹ Gaceta Judicial No. 265 de la Corte de Santiago en fallo emitido el 2 de julio de 2002. p.85, considerando octavo.

¹⁷⁰ Cfr: CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit. p. 153.

La tratadista Carmen Domínguez Hidalgo, en su obra *El daño moral*, resalta el carácter excepcional del daño moral que tiene su origen en un contrato, ya que sostiene lo siguiente:

“La infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extrapatrimonial producido a resultas del incumplimiento y no ocasionalmente por él.”¹⁷¹

La excepcionalidad a la que hacen referencia estos autores nos permite proponer un nuevo eximente de responsabilidad de daño moral, ya que cuando hablamos de contrato, el daño derivado de su incumplimiento será mayormente patrimonial, al igual que su reclamo.

Siendo de esta manera el daño moral contractual la excepción frente a la regla establecida de daño patrimonial, podemos decir que el reclamo de daño moral proveniente de un contrato requiere de una prueba contundente, caso contrario no existe esta clase de responsabilidad.¹⁷²

Adicionalmente debemos considerar que en todo momento se pueden fijar condiciones determinadas que limiten la responsabilidad futura de quienes vayan a correr determinados riesgos en la ejecución futura de un contrato.

¹⁷¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000. p. 355.

¹⁷² ILLANES Claudio, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 1994, p. 13.

Es en base al principio de la autonomía de la voluntad que las partes podrían incorporar en el contrato lo que se conoce como una cláusula de no responsabilidad, la cual prevé que en el caso de que una de las dos partes origine algún tipo de daño hacia la otra dentro de las condiciones del contrato no será responsable y en consecuencia no tendrá que asumir ningún tipo de reparación. Al respecto el tratadista Manuel Bejarano Sánchez expresa:

“Apoyados en su libertad de contratar, los sujetos pueden convenir que, en caso de producirse daños para alguno de ellos, no deberán ser indemnizados por el causante de la acción perjudicial; dicho pacto se denomina cláusula de no responsabilidad y excluye la obligación de reparar los daños y perjuicios”¹⁷³

En los daños que se puedan producir y que es objeto de la cláusula de no responsabilidad prevenir encasilla perfectamente el daño moral, ya que su condición de daño inmaterial lo ubica dentro del presupuesto establecido por la cláusula aceptada por las partes.

En el supuesto establecido, la cláusula de no responsabilidad se convierte en un eximente de responsabilidad del daño moral de origen contractual, y en consecuencia la parte afectada no puede obtener de un juez la condena a reparación de quien ha ocasionado el daño.¹⁷⁴

Sin embargo no se podría, a pretexto de haber pactado en un convenio una cláusula de tal naturaleza incurrir en el incumplimiento con dolo, ya que en este caso la

¹⁷³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, Oxford; México, pp 229-230 en TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 334.

¹⁷⁴ Ídem

cláusula se entiende como no escrita, es decir es nula. Sobre este punto Treviño García sostiene que:

“Las partes contratantes pueden tratar de evadir su responsabilidad por el incumplimiento mediante cláusulas contractuales, pero cuando el incumplimiento es doloso, la renuncia de hacer efectiva es nula”.¹⁷⁵

Existen ciertos casos en los cuales aún no se había formalizado una relación contractual entre la víctima y el autor del daño, este es el caso de quien ingresa a una tienda de abarrotes y sufre una caída por un piso resbaloso, o cuando ha existido un compromiso previo para celebrar un contrato en virtud del cual una de las partes deja pasar otras oportunidades de negocio.

En cualquier caso la liberación por adelantado de la responsabilidad por la que deba incurrir un sujeto contractual debe estar enmarcado en la libre disposición que puedan hacer los titulares de sus derechos, pues en ciertos casos por expresa prohibición constitucional y legal no se pueden disponer de derechos a los cuales se les ha dado la categoría de irrenunciables e intangibles.¹⁷⁶

III.3 Obrar lícito

Cuando alguien obra de manera lícita, quiere decir que ha obrado conforme a derecho, dentro de las reglas de juego que ha establecido el derecho objetivo. Este

¹⁷⁵ Ídem

¹⁷⁶ Ejemplos de estos derechos los trae nuestra Constitución:

Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas.

Art. 229.- [...] Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

obrar puede perjudicar el derecho de terceros, y en consecuencia infringir daños de cualquier tipo.¹⁷⁷

Si la actuación lícita de un sujeto, ocasiona daño moral en un tercero, cabe la pregunta si existe la posibilidad de presentar el reclamo del resarcimiento del daño sufrido por parte del afectado, eminentemente el tipo de responsabilidad que se busca determinar o exonerar es la subjetiva, pues la irrogación de un daño está sujeta a la conducta determinada de un agente, la tarea en este caso consiste en ubicar si aquella actuación es o no permitida por el ordenamiento.

Obrar lícitamente no está relacionado de ninguna manera con el abuso del derecho, y en este caso, tal como hace mención el jurista Barragán Romero, existe jurisprudencia que ampara al afectado a solicitar el resarcimiento por Daño Moral, de igual forma Barros Bourié afirma que “el abuso del derecho excluye la justificación de estar actuando conforma a derecho.”¹⁷⁸

La Corte Suprema ha declarado que el abuso del derecho da lugar a la acción de daño moral, en resolución publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 5, página 1294:

[...] que, la acción de daño moral que tuviere como fundamento de hecho: cuasidelitos; difamación; procedimientos injustificados, tal el abuso del derecho; o cualquier otra forma de acciones u omisiones ilícitas que no constituyan delito, que la víctima y actor hayan invocado, sosteniendo que originaron “sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas

¹⁷⁷ BARROS BOURIÉ, Enrique, Op. Cit., p.134.

¹⁷⁸ Ídem

semejantes”... sólo requiere la justificación de la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta perpetrada, tramitada de manera independiente en la vía civil [...].

El abuso del derecho consiste en el uso excesivo que un sujeto determinado hace de una prerrogativa que le otorga el ordenamiento jurídico, podemos poner como ejemplo típico de abuso de derecho, el uso excesivo que se puede hacer del derecho de acción, activando el aparato procesal del estado de manera innecesaria con fines que no siempre se encuentra en el contexto de la buena fe.

Un sujeto no puede a título de obrar lícitamente irrogar daño moral, a sabiendas que así lo está realizando. Obrar de esta manera implica obrar con dolo, esto es con consciencia y voluntad de causar un daño por lo cual el autor será responsable, y no es aplicable ningún tipo de eximente.¹⁷⁹

La actuación dañosa de un funcionario que se base en la potestad discrecional que tiene la administración pública será un eximente de responsabilidad, en la medida que el funcionario demuestre que los límites de su actuación se enmarcaron en las facultades que le otorga la ley y siempre y cuando se encuentre ejerciendo sus labores administrativas no existirá responsabilidad por el daño moral que pudo haber sufrido uno de los administrados.

¹⁷⁹ Cfr: TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Op. Cit., p. 335.

Como una extensión de este criterio, el tratadista Barros Bourié incluye a la responsabilidad que tiene un representante legal de una persona jurídica por tratarse de la gestión de un negocio.¹⁸⁰

- **Privación de Libertad**

Coartar el derecho a la libertad de una persona constituye la privación del ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, no obstante la fuerza pública previa orden judicial con fines investigativos, preventivos o condenatorios. Así mismo si se tratase de un delito flagrante podrá realizar la aprehensión o detención de un sospechoso cualquier persona, quien a su vez deberá entregar inmediatamente el sospechoso a un miembro de la fuerza pública.

Art. 161 del Código de Procedimiento Penal.- Detención por delito flagrante.- Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

Existen casos en los cuales la privación de la libertad se ha realizado sin justificación legal alguna, por no haberse iniciado un proceso en el cual se vea involucrado el detenido, o habiéndose iniciado este ha concluido con una sentencia declarándolo inocente. En este supuesto el perjudicado tiene el derecho de iniciar acciones contra el Estado y las autoridades que intervinieron en la afectación directa. El daño moral es uno de los daños que puede demandar judicialmente, ya que es evidente

¹⁸⁰ Cfr: BARROS BOURIÉ, Enrique, Op, Cit., p. 134.

el agravio moral que sufre una persona que se ha visto encerrada en una cárcel sin tener relación alguna con la comisión de un delito.

En este antecedente podemos analizar los niveles de responsabilidad que tienen las autoridades vinculadas con la detención del ciudadano.

Así, cuando se trate de detención flagrante consideramos que de acuerdo a lo que dictamine la audiencia de calificación de flagrancia conforme lo establece el artículo innumerado a continuación del artículo 161 del Código de Procedimiento Penal, se podrán iniciar acciones por daño moral, ya que el objeto de la audiencia de calificación de flagrancia es la imposición o no de medidas cautelares en contra del aprehendido, si de la resolución que tomare el juez de Garantías Penales al término de la diligencia se desprendiera abiertamente que no existen elementos suficientes para calificar la fragancia del delito, existen elementos suficientes para poder demandar el agravio sufrido ante un juez de lo civil.

La motivación que ha debido dar el juez en su resolución será el punto de partida para analizar la procedencia o no de una acción de daño moral, pues cabe el presupuesto que si bien la aprehensión fue realizada sin que el sospechoso haya intervenido directa o indirectamente en un delito de acción pública, la confusión que tuvo quien realizó la aprehensión es razonable debido por ejemplo a la multitud presente o a la similitud en la vestimenta o en el físico del delincuente.

En este caso consideramos que la aprehensión actúa como eximente de responsabilidad por ser un acto permitido por la ley, y por ello no se pueden iniciar acciones de daño moral en contra de la autoridad o el civil que coartó la libertad del

accionante, o a su vez pensamos que si ha recibido una demanda en su contra el juez debe absolverlo por no existir antijuridicidad en la acción del demandado.

No obstante el Estado si puede ser objeto de demanda por daño moral en el supuesto que la detención ha subsistido por un período de tiempo considerable y el imputado ha sido declarado inocente.

En este último supuesto no caben eximentes, ya que la administración de justicia y sus operadores han sido ineficientes en su gestión provocando graves daños a quien ha permanecido injustamente detenido, y ya que la detención por períodos largos de tiempo afecta a un sinnúmero de derechos, tales como el trabajo, la vivienda, o el derecho a disfrutar de un entorno familiar entre otros, el daño que el individuo sufre en su espíritu es incuantificable y debe ser reparado en su justa proporción.

Es interesante destacar que el Estado Mexicano se encontraba exento de pagar indemnizaciones de daño moral por mandato expreso de la ley, así lo explica Treviño García en su obra Teoría General de las obligaciones:

“Se estatuye que cuando por hecho ilícito o por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias, se produzca un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño inmaterial. Lo anterior se aplica no sólo en la responsabilidad extracontractual, sino también en la contractual, aplicándose lo anterior al Estado, por el daño moral, ocasionado por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas.”

Anteriormente el Estado estaba exento del pago del daño moral.”

Es importante anotar que en este caso el Estado de México se encontraba libre de responder por daño moral ya que la ley así lo establecía, en este caso el eximente de responsabilidad se aplica por mandato legal, creemos que actualmente no se podría incorporar en nuestro ordenamiento un eximente de esta naturaleza con respecto al Estado Ecuatoriano debido a su inconstitucionalidad.

- **Ejercicio de un arte o profesión**

Las lesiones que provoca un deportista a otro en competencia, o las que profiere el médico al paciente en cirugía, tampoco son susceptibles de ser condenadas al pago de daños, entre los cuales se puede incluir al daño moral, estas afecciones se encuentran permitidas por el derecho ya que de por medio existe el ejercicio legítimo de una profesión y el consentimiento de la víctima.¹⁸¹

Nos referimos a la apertura de la piel mediante bisturí o la amputación de algún miembro por necesidad médica y en general a cualquier herida que deba inferir el profesional de la salud a su paciente en aras de la buena ejecución de una operación, no se encuentra dentro de esta clase de lesiones y por ello no forma parte del análisis las que se han provocado por mala práctica médica, cuya determinación de responsabilidad es constitucional:

El segundo inciso del artículo 84 de la Constitución establece lo siguiente:

¹⁸¹ *Ibíd.*, p.137.

[...]Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

En el ámbito deportivo es interesante por su relevancia la sentencia emitida por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera de Mar del Plata, Argentina, en la cual se condenó al futbolista Mauro Camoranesi y al Club Atlético Aldosivi al pago de 199.200 pesos argentinos, de los cuales 30.000 corresponden al monto fijado por daño moral en favor del futbolista Roberto Javier Pizzo.

Pizzo a raíz de la lesión sufrida en 1994 perdió el 39% de funcionalidad de la rodilla, percance que sucedió durante un juego profesional de fútbol.

La sentencia consideró a la conducta del demandado como “imprudente y excesiva”, contraria al respeto a la integridad física.

Se introducen los siguientes parámetros:

1.- a) El daño se ha producido por una acción "excesiva" que viola grosera y abiertamente el reglamento del juego.

b) En la acción se evidencia la intención de provocar el resultado dañoso, sea durante el desarrollo del juego o bien cuando éste se encuentre detenido.

2.- En el caso de autos, si bien podrían haber algunas vacilaciones sobre la deliberada intención de causar daño, no encuentro motivo para dudar respecto a que -al menos- la conducta del demandado encuadra en el primer supuesto, pues

a mi modo de ver resulta evidente que ha violado grosera y abiertamente el reglamento del juego. He visto detenidamente, paso por paso y a la velocidad normal la jugada, en no menos de veinticinco oportunidades, y continúo dudando si Camoranesi fue a disputar la pelota o buscó deliberadamente lastimar a su rival. En la duda debo estar a favor de que no ha habido dolo en los términos del art. 1072 del Código Civil.

No tengo dudas en cambio, y comparto la convicción del Sr. Juez que me precedió, respecto a que aún siendo culposa, la acción del demandado fue manifiestamente desleal, excesiva y groseramente violatoria del reglamento de juego.¹⁸²

El fallo en cuestión analiza que si bien el ejercicio legítimo de un deporte en este caso el fútbol, en el cual existe contacto físico, no es el escenario en el cual se pueda irrogar un daño doloso, la falta de prudencia en la actuación del condenado es suficiente para condenar el pago, anulándose el principal eximente de responsabilidad del daño moral, al cual el jugador fue condenado.

- **Estado de necesidad**

Conforme analizamos en el capítulo anterior¹⁸³ el estado de necesidad es una condición particular en la cual el único remedio que se tiene para evitar un mal mayor es afectar un bien jurídico de menor valía, para determinar el valor de los interés jurídicos es necesario realizar un ejercicio de ponderación, como en el caso de que un conductor realice una maniobra evitando un asalto y resultado de ella mate a un animal, que era la

¹⁸² Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Primera de Mar del Plata, Argentina, Fallo Roberto Javier Pizzo contra Mauro Camoranesi y Club Atlético Aldosivi de 1 de julio de 2010.

¹⁸³ Supra, p.60.

única compañía de una persona que vive sola y que por esa condición había desarrollado un afecto especial hacia su mascota.

Si bien el conductor ha causado daño moral al dueño del animal, ante un eventual reclamo el podrá argumentar un estado de necesidad pues se encontraba protegiendo su propiedad e incluso su propia vida. El sopesamiento de estos bienes permitirá que el estado de necesidad latente que vivía el conductor exima de responsabilidad en el resarcimiento del daño moral que sufrió el dueño de la mascota.

Corral Talciani nos habla de una salvedad, en cuyo caso no podríamos aplicar el concepto de estado de necesidad para exonerar la responsabilidad de quien ha cometido una agresión: *“Se ha dicho también que el estado de necesidad no eximirá de responsabilidad civil cuando el necesitado se haya colocado culposamente en la situación disminuida.”*¹⁸⁴

Lo señalado por el jurista chileno quiere decir que si el mismo agraviado se ha ubicado con conocimiento de causa en la situación de vulnerabilidad no puede argumentar que ha actuado en uso del estado de necesidad para inferir daño moral.

- **Legítima Defensa**

La legítima defensa en materia civil cumple con los mismos presupuestos establecidos en materia penal¹⁸⁵, siempre y cuando se cumplan los presupuestos para su existencia consagrados en el artículo 21 del Código Penal¹⁸⁶, esto es el sufrimiento

¹⁸⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit., p. 129.

¹⁸⁵ Supra, p.58.

¹⁸⁶ Supra, p. 59.

de una agresión ilegítima, la falta de provocación y la proporcionalidad de la respuesta, se considerará como un eximente de responsabilidad.

En materia civil sostiene el jurista chileno Corral Talciani se ha sustituido a la racionalidad del medio empleado por la proporcionalidad del daño que se evita.¹⁸⁷

La legítima defensa es aplicable tanto para la posible lesión que se pueda inferir en un agresor o el daño material que se produzca en los bienes, puesto que las dos clases habilitan el reclamo por daño moral, de acuerdo a las circunstancias puntuales en las cuales se haya perpetrado el daño.

III.4 Culpa o Negligencia inexcusable de la víctima

Uno de los presupuestos que han inspirado esta investigación fue el análisis que se requiere realizar cuando el sujeto ha provocado la agresión. Es necesario cuestionarse que sucede cuando una persona sufre daño moral, siendo ella mismo quien la provocó, o así mismo es preciso analizar las condiciones de sujetos que dada su papel en la sociedad se encuentren mayormente expuestos a sufrir daño moral.

Respecto al nombre de este acápite, se ha discutido si el termino negligencia se extiende a la imprudencia de quien la comete, en este caso la víctima. Fernando de Trazegnies¹⁸⁸ señala que parece ser que la idea de imprudencia incluye la idea de una actuación positiva con consecuencias previsiblemente ilícitas, mientras que la

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 154, en CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit., p. 128.

¹⁸⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., p. 234.

negligencia se refiera la idea de omisión que comete, aunque reconoce que “en la práctica, estos dos conceptos son muy difíciles de distinguir”.¹⁸⁹

Nuestro Código Civil en su Art. 2230 establece:

Art. 2230.- La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Según la lógica que imprime el ejercicio jurídico podemos afirmar que cuando una persona provoca una agresión, esta se encuentra imposibilitada de solicitar resarcimiento por el daño recibido ya que la consecuencia fáctica no se hubiese presentado, si en primer lugar no se hubiera realizado la provocación o si no se hubiese creado el riesgo para perpetrar el daño., cuando menos se puede decir que está actuando imprudentemente, presupuesto previsto por el citado artículo 2230 del Código Civil.

Este tipo de provocación constituye una negligencia por parte de la víctima, pues de manera arbitraria está creando un escenario de riesgo, en el medio del cual va a sufrir la agresión. El nexo causal en este caso se elimina, ya que el agresor no tiene vinculación directa a la agresión perpetrada, siendo la víctima quien en principio cometió el primer acometimiento.

La causa que dio origen al daño no es en este caso atribuible al último agresor, si no que fue provocada por la víctima, no existe nexo causal, el daño no es directamente imputable al último agresor.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, p. 234.

Nexo Causal

El nexo causal constituye la relación directa entre el acto de una persona y su efecto o consecuencia. Cuando el acto mencionado es la causa directa de la consecuencia que se produce, siendo el efecto de un daño, tenemos a un responsable.

Sin embargo la relación causa- efecto, no es tan sencilla de determinar. Si bien en condiciones normales la relación entre el agente causante y el daño producido resalta a simple vista, en otras ocasiones se incorporan una serie de variables que ocasiona que la responsabilidad sea imputable a nuevos agentes.

Partiendo de este principio general podemos aseverar que no cabe el reclamo por daño moral, cuando quien lo sufre ha provocado este tipo de ataque, en consecuencia la agresión o provocación de la víctima constituye un eximente de responsabilidad del daño moral y libera al agresor secundario de indemnizar el daño que ha ocasionado.

Como ejemplo podemos citar a un modelo que vive de su imagen y tiene varios contratos con agencias publicitarias. El modelo provoca una riña y sufre una agresión en su rostro, de tal manera que sufre una desfiguración permanente. Es evidente que el modelo ha sufrido un daño adicional al físico y de acuerdo al ejemplo propuesto se ha visto afectado además de lo físico, en el desarrollo de su carrera, su proyecto de vida, y la notoria afección psíquica.

Si bien la desfiguración sufrida habilita al modelo para reclamar judicialmente una reparación por daño moral, ya que se reúnen los requisitos establecidos en la ley; debemos recordar que fue el modelo quien provocó la riña, en consecuencia y siempre que la realidad se convierta en realidad procesal, esto es, a través de la práctica de la prueba y en la etapa correspondiente la provocación del modelo se convertirá en un eximente de responsabilidad para quien en inicio fue provocado y respondió con la agresión al modelo, desfigurándole su rostro.

Cuando se ocasiona un accidente de tránsito la víctima o sus familiares pueden reclamar daño moral en proporción con la magnitud del daño sufrido, sin embargo debemos analizar el caso en el cual el peatón tuvo la culpa en el accidente ya sea por imprudencia o por negligencia.¹⁹⁰

Si la actuación del peatón no se da por culpa, si no que por el contrario su intención era por ejemplo cometer un suicidio, el tratadista Trazegnies¹⁹¹ señala que en este caso el conductor no carga con el deber jurídico de responder, no debido a que actúe un eximente de responsabilidad, sino porque no existe un nexo causal entre la actuación del conductor y el daño realizado, a esto el autor lo denomina como fractura causal.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia peruana ha ratificado este criterio en el caso Cárdenas viuda de Gálvez VS la Empresa Nacional de Tranvías S.A. según expone el tratadista, al fallecer el señor Gálvez debido a un atropellamiento de Tranvía propiedad de la compañía demandada, la señora Cárdenas en su calidad de viuda

¹⁹⁰ Nuestro Código Civil en su Art. 2230 establece: La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

¹⁹¹ *Ibíd.*, p. 239.

reclamo una indemnización por el atropello ocurrido, a lo cual la Corte Concluye que el accidente fue culpa del occiso y en consecuencia libera al conductor del tranvía y a la compañía de responsabilidad civil alguna.¹⁹²

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena que dice:

“Los tribunales afirman que debe exigirse el requisito penal de la racionalidad del medio, pero sostiene que si éste no concurre, si bien no operará como causal justificatoria, podrá autorizar al juez a reducir la indemnización por la imprudencia de la víctima. La Corte Suprema ha dicho así que procede la rebaja de la indemnización “... en atención a que el occiso se expuso imprudentemente al mal al agredir ilegítimamente y sin provocación, armado de un cortaplumas, al demandado...”¹⁹³

Este fallo dictado por la Corte Suprema de Chile en el año de 1982, analiza a la imprudencia de la víctima como un elemento insuficiente para actuar como causal justificatoria, aunque si determinante a la hora de reducir la indemnización.

La sentencia además hace mención de la racionalidad del medio que debe emplearse, que constituye uno de los requisitos para aplicar la legítima defensa como otro de los eximentes de responsabilidad posibles, cuya descripción hicimos en el punto anterior.¹⁹⁴

¹⁹² Revista de Jurisprudencia Peruana, Julio – Agosto de 1946, núms 30-31, págs. 426-427 en DE TRAZEGNIES, Fernando, Op. Cit., p. 237.

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia de la República de Chile, 8 de abril de 1982, RDJ, t. LXXIX, sec. 4^a, p. 22, en CORRAL TALCIANI, Hernán, Op. Cit., p. 128.

¹⁹⁴ Supra, pp. 58-60.

En la cotidianidad se pueden presentar situaciones mixtas en las cuales la víctima tenga su parte en la causalidad del daño, la cual será compartida con el demandado, en estos casos, no existe un eximente de responsabilidad ni se puede hablar de que hay una causa totalmente ajena a quien ha sido reclamado del resarcimiento, en estos casos se debe reducir la indemnización a la cual se debe condenar al demandado.

Barros Bourié¹⁹⁵ cita además como ejemplos en los cuales las posibles víctimas tienen acceso a la información donde se difunde el riesgo de ciertas actividades, como quien se presta a tomar fármacos en investigación, quien se somete a experimentos de desarrollo de tratamientos médicos o la empresa de turismo que realiza el alquiler de un bote para navegar en aguas peligrosas.

Ya que en cualquiera de las actividades citadas como ejemplos podría presentarse algún imprevisto que provoque daño moral a la víctima, el eximente de responsabilidad actúa con la condición de que la víctima haya dado su libre consentimiento para someterse a la actividad riesgosa, parte de esa manifestación libre de la voluntad es que el agravado haya gozado de la información completa respecto al alcance de la actividad a la cual se somete.¹⁹⁶

Esta información debe ser proporcionada por el posible demandado por daño moral, la existencia de un documento en el que conste la liberación de responsabilidad incluye el perjuicio moral.

¹⁹⁵ BARROS BOURIÉ, Enrique Op. Cit., p.137.

¹⁹⁶ ALESSANDRI Arturo, *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 636.

La advertencia de riesgos y efectos secundarios tiene aplicación diaria en nuestra sociedad donde el conocimiento o desconocimiento del riesgo constituye la diferencia entre la liberación de responsabilidad a favor de quien sufra un reclamo por daño moral o su condena por no cumplir con el deber de brindar la información completa de los alcances de las decisiones de las posibles víctimas. El profesor Enrique Barros, lo expresa de la siguiente manera:

Cuando la víctima potencial o voluntariamente acepta el riesgo que supone la ejecución de un acto de tercero que puede causarle daño, realiza un acto de disposición, que está sujeto a los límites establecidos por las reglas generales que rigen la validez de los actos jurídicos. Así el consentimiento no puede validar un acto ilegal o contrario a las buenas costumbres. En consecuencia la autorización no puede importar condonación de dolo futuro y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles.

Es interesante notar como en el caso de que la víctima acepte el riesgo al cual se somete, el daño moral queda exento siempre y cuando no exista dolo en el agresor.

La obligación de informar los riesgos a los que expone al consumidor es propia de las industrias y se encuentra elevada a rango constitucional, según lo prevé el artículo cincuenta y cuatro de nuestra Carta Magna:

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. [...]

Finalmente debemos mencionar que puede presentarse el caso en el cual se comparta con la víctima el origen de la causa que provocó el daño, en este caso se puede hablar de atenuantes que debe considerara el juez previo a la fijación de una indemnización, esto debido a la responsabilidad compartida que tiene el autor del daño con la víctima.

III.5 Los hechos de un tercero por quien no se deba responder

Existen ciertos casos en los cuales se ha cometido un daño, y este no es imputable a quien presuntamente se podía haber señalado como el responsable de asumir el daño.

Como ejemplo podemos citar al portador de un paquete que contiene una bomba que entrega en un lugar y explota causando incuantificables daños. En primera instancia podemos deducir que quien debe responder por los daños causados, entre los cuales se puede incluir al daño moral que han sufrido las víctimas de la explosión es quien portaba la bomba.

El eximente de responsabilidad presupone que el portador de la bomba desconocía del contenido del paquete y que éste fue entregado por un tercero quien es el verdadero responsable, pues él tenía la intención de causar el daño con el artefacto explosivo.

En el ejemplo propuesto se debe analizar un escenario adicional, el supuesto de que la entrega del paquete se realice por una persona, cuya actividad económica es la entrega de encomiendas precisamente. En este caso, la compañía deberá demostrar

además que ha cumplido con el deber objetivo de cuidado, pues para llevar a cabo su giro social, debe ajustarse a lo prescrito en las reglas de juego que le ha impuesto la legislación para las compañías que se dedican a prestar servicios de courier, así el contrato de entrega del paquete debe ser de objeto lícito.

Se debe verificar que el objeto materia de la entrega cumpla con los parámetros legales, para ello quien realiza la entrega puede en cualquier momento examinar el contenido del paquete antes de ser entregado o así mismo receptar declaraciones de los clientes en los cuales se especifica su contenido.

El documento de declaración de valores y contenidos, constituye la prueba que libera de responsabilidad al operador.

La complejidad de este eximente es que la carga de la prueba se encuentra con quien entregó el paquete con la bomba, y en consecuencia es a él a quien le toca demostrar que desconocía y que además ha realizado todo lo necesario para evitar realizar la entrega de un artículo explosivo o de cualquier material que pueda causar daño moral a quien lo reciba.

Este eximente considera que en ningún momento ha intervenido la voluntad del presunto autor material del daño, si no que su obrar consistió exclusivamente en el transporte físico de un artículo que causaría daños incuantificables en terceros, en consecuencia podemos decir que no ha existido acto y por tanto el accionar puntual de la persona que realizó la entrega del paquete no nació a la vida jurídica relacionada con el autor de la entrega de la bomba.

Se debe tener cuidado en no confundir este liberador de responsabilidad con el caso fortuito¹⁹⁷, que también puede ser producido por un tercero determinante, no obstante la diferencia radica en que este último es irresistible e imprevisible, muchas veces con autor indeterminado, mientras que en el hecho de un tercero, el autor está determinado y es él quien debe responder por el daño causado.¹⁹⁸

Otro caso que puede presentarse es cuando A obliga a B a realizar un daño determinado contra C, bajo la amenaza de que si no comete el daño solicitado A hará daño a B y a los suyos.

El actuar de B está viciado ya que está sufriendo una extorsión por parte de A, es decir está sometido a una amenaza, en consecuencia su voluntad está siendo afectada por la fuerza moral a la que está siendo sometido.

En la medida que B pueda demostrar que el daño que causó lo hizo bajo la amenaza de A, el tercero responsable será A, y es contra este último que se deben dirigir todas las acciones por resarcimiento o lo que es lo mismo B, cuenta con un eximente de responsabilidad que lo libera de responder por el daño moral que cometió materialmente en contra de C.

Nuestro Código Civil. En su artículo 2219, establece lo siguiente:

Art. 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.

¹⁹⁷ Supra, p. 68.

¹⁹⁸ GHERSI, Carlos Alberto, Op. Cit., p. 165.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.

La disposición legal en primer lugar nos habla de inimputabilidad, pues bajo ningún caso se puede establecer responsabilidad a los menores de siete años o dementes, en consecuencia no pueden irrogar daño moral, pues el legislador ha establecido a los siete años de edad como el límite legal bajo el cual se entiende que un ser humano no es capaz de irrogar daño moral, ya que esto supondría la comisión de un delito o cuasidelito civil, al igual que los dementes se encuentran imposibilitados materialmente de realizar el daño.

El artículo citado menciona la frase “si pudiere imputárseles negligencia”, lo que quiere decir que en el caso de que no se pueda imputar negligencia el tercero no será responsable del acto cometido por el menor, siendo en esta caso el debido cuidado el eximente de responsabilidad frente a los hechos de un tercero, en este caso el imputado ya no deberá responder por el daño que en principio se le podía haber reclamado su indemnización.

Sin embargo la negligencia es un parámetro que también debe ser tomado en cuenta por el juzgador cuando requiera determinar la responsabilidad de las personas que debían cumplir con el deber objetivo de cuidado de sus dependientes; adicionalmente la ley otorga al juez la potestad de decidir acerca del discernimiento que tienen las personas entre 7 y 16 años.

El tratadista Carlos Alberto Ghersi expone un caso de la vida real:

“El increíble caso de un bebé de once meses que fue atropellado (a casi cien metros de su hogar) por un ómnibus cuando cruzaba solo –gateando- a las once de la noche la ruta provincial No. 205, en la zona de Ezeiza. Evidentemente no se le podría endilgar responsabilidad alguna al conductor del ómnibus, puesto que lo que causó el daño fue el hecho del propio damnificado.”¹⁹⁹

Aquí se presentó un eximente de responsabilidad respecto del daño moral que produjo el chofer del ómnibus por la pérdida de su hijo a los padres quienes actuaron negligentemente al dejar suelta a la criatura, siendo responsables estos últimos.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 159

CONCLUSIONES

El daño moral es una clase de daño inmaterial, cuyo desarrollo ha sido importante en nuestra legislación en las dos últimas décadas, protege a bienes jurídicos trascendentales como el honor, la honra, la imagen y la reputación.

La homeostasis es el estado de equilibrio físico y psicológico de la salud humana, el daño, especialmente el moral afecta el fuero interno de una persona y por tanto este estado de armonía se convierte en bien jurídico protegido por nuestro ordenamiento.

Existe una tendencia hacia la aceptación del dinero como una forma universal de reparación de este tipo de daño.

La prudencia es el único criterio que el legislador ha establecido como parámetro del juzgador para determinar el monto de la reparación por daño moral, la prudencia no equivale a discrecionalidad o libre arbitrio del juez.

Los eximentes de responsabilidad han tenido un mayor estudio en el campo penal, sin embargo el razonamiento es aplicable al ámbito civil en la medida que el elemento diferenciador entre lo que conocemos como delito civil y penal es la tipicidad.

Es preciso identificar la clase de responsabilidad que se quiere atribuir previo al examen de exoneración de la misma. No todos los eximentes son aplicables a todas las responsabilidades.

De acuerdo a los niveles de culpa, y en función de la carga de la prueba se pueden identificar eximentes particulares del daño moral, los cuales pueden funcionar como parámetros de atribución del deber de reparar.

Cualquiera de los elementos del delito penal (actuación con voluntad, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad) son susceptibles de ser examinados a la luz de los eximentes de responsabilidad, si se detecta la falta de alguno de los factores enumerados, no habrá lugar a la determinación de un responsable.

Las causas de justificación no equivalen a los eximentes de responsabilidad, son una subespecie y se centran específicamente en la búsqueda de la antijuridicidad del acto.

En la medida que se logre probar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor no se estará obligado a reparar el daño moral producido por efecto de las circunstancias ajenas a la resistencia o control del hombre.

Quien reclame indemnización por daño moral debe atenerse a los mismos parámetros respecto a materia probatoria, constitución en mora y niveles de culpa en contratos donde actúen acreedor y deudor de acuerdo al beneficio que cada uno de ellos obtenga del convenio.

Ya que hemos aceptado la posibilidad de que el daño moral pueda hallar su génesis en un contrato, debemos insistir en el carácter residual que esta clase de reclamo debe tener al acompañar un reclamo por incumplimiento contractual.

Los contratantes pueden de común acuerdo exonerarse mutuamente de la indemnización que por daño moral se pueda producir en virtud de la errónea interpretación o aplicación de un convenio de voluntades.

La actuación lícita de un agente puede ocasionar perjuicio moral a una víctima. En este supuesto se deberá examinar si la conducta se enmarcó estrictamente en lo previsto por las normas aplicables, es decir dando lugar a eximentes de responsabilidad por el ejercicio lícito de una profesión o deporte; legítima defensa, etc. o si por el contrario ha existido abuso del derecho del agresor.

La provocación de la víctima exonera la reparación del daño moral que ella mismo pueda haber sufrido, el mismo razonamiento aplica cuando ha existido negligencia por parte de la víctima y aún su consentimiento.

La falta de nexo causal no constituye propiamente un eximente de responsabilidad del daño moral, más bien excluye el vínculo entre el supuesto agresor y la víctima, en tal virtud ya no puede ser examinado el acto dañoso con el mismo criterio anterior, es decir cuando existe relación directa entre el afectado y el demandado.

Cualquier daño que se produzca debe ser reparado, independientemente de su naturaleza material o inmaterial; patrimonial o extrapatrimonial, siempre y cuando se cumplan las condiciones para ese resarcimiento.

Los principales tipos de daño que demandan reparación son el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, este criterio se plasma en el artículo 1572 de nuestro Código Civil y particularmente en el artículo 2231 del mismo cuerpo normativo.

El daño moral puede ser producto de un ilícito culposo o doloso, en este caso el delito y el cuasidelito actúan como fuente de las obligaciones que conlleva la reparación del perjuicio ocasionado.

El deber objetivo de cuidado es de medular importancia si se desea aplicar un eximente de responsabilidad respecto a la irrogación de agravio moral por un tercero de quien no se deba responder.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA GALEAS, Luis, *El Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1ª Ed., 2011.
- ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Quito, 1ª Ed. 2005
- ALESSANDRI Arturo, *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Imprenta Universitaria. Santiago de Chile, 1943, p. 636
- ALESSANDRI Arturo, SOMARRIVA Manuel y VODANOVIC Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª Ed., 1998.
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1ª Ed., 1989.
- BARRAGÁN ROMERO, Gil, *Elementos del Daño Moral*, Corporación de estudios y publicaciones, Quito, 3ª Ed., 2008.
- BARROS BOURIÉ, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1ª Ed. 2006.
- BORDA, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil, Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 18ª Ed., 1996.
- BORRELL MACÍA, Antonio, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2ª Ed., 1958.
- CORRAL TALCIANI, Hernán; *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª Ed., 2003.
- DE LARRAÑAGA MONJARÁZ, Pablo, *El Concepto de Responsabilidad en la Teoría del Derecho Contemporánea*, Universidad de Alicante, Alicante, 1996.

- DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Editorial Temis S. A., Bogotá, 5ª Ed., 1999.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 3ª. Ed., 2004.
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, *El daño moral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- DONOSO, Arturo, *Delitos contra las personas*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 1ª Ed., 2007.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Editorial Huallaga, Lima, 3ª. Ed., 2001.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la personalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Teoría General de la Reparación de Daños*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 3ª Ed., 2003.
- GUERRERO GONZÁLEZ, Sofía, *Límites de la Cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2009.
- ILLANES Claudio, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Folleto del Colegio de Abogados de Chile, Santiago, 1994
- IRISARRI BOADA Catalina, *El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2000.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, BENEGAS, Patricio Raffo y SASSOT, Rafael A., *Manual de Derecho Civil – Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 11ª Edición, 1997.
- LÓPEZ HERRERA, Édgar, *Introducción a la Responsabilidad Civil*, Universidad Nacional de Tucumán, Tucumán, 1ª. Ed., 2004.

- MARTÍN NIETO, Evaristo, *La Santa Biblia*, Ediciones Paulianas, Madrid, 7ª. Ed., 1964.
- MEDINA, María, *La culpa de la víctima en el daño extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Temis S. A., Bogotá, 14ª Ed., 2006.
- ORGAZ, Alfredo, *Derecho Civil, Personas Individuales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1946.
- ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y PÉREZ PINO, Virginia, *Léxico jurídico para estudiantes*, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª Ed., 2004.
- PAZMIÑO BALLESTEROS, Marcelo, *Acción Civil de Daño Moral en accidente laboral*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2012.
- REIG SATORRES, José y LARREA HOLGUÍN, Juan; *Manual de Historia del Derecho en el Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito; 2ª Ed., 2000
- RIVERA Julio César, GIATTI Gustavo y ALONSO Ignacio, *La cuantificación del daño moral en casos de lesión de honor, intimidad e imagen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, p. 372.
- RIVERA Julio César, GIATTI, Gustavo y ALONSO Ignacio, *La cuantificación del daño moral en casos de lesión de honor, intimidad e imagen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., 2007
- SACOTO DE MERLYN, Pilar, *Compendio de Introducción al Derecho Penal*, Asociación Escuela de Derecho PUCE, Quito, 2005
- SALGADO, Hernán; *Lecciones de Introducción al Derecho*, Editora Nacional, Quito, 1ª. Ed., 2005.
- SANTOS, BRIZ, Jaime, S., *Derecho de Daños*, Editorial Revista, Madrid, 1962.


- TORRÉ, Abelardo, *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot Lexis Nexis, Buenos Aires, 14ª Ed., 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. EDIAR, Buenos Aires, 1ª Ed. 1998
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Manual de Derecho Penal*, Editorial EDINO, Quito, 2ª Ed., 1998.
- ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 3ª Ed., 2005

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR


DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN


José Danilo Román Fabara, con C.C. 172151815-5, autor del trabajo de graduación intitulado: “***Eximentes de responsabilidad del daño moral***”, previa a la obtención del grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Jurisprudencia.:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 172151815-5


 APELLIDOS Y NOMBRES
ROMAN FABARA JOSE DANILO
 LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA QUITO LA MAGDALENA
 FECHA DE NACIMIENTO 1987-07-02
 NACIONALIDAD ECUATORIANA
 SEXO M
 ESTADO CIVIL SOLTERO

INSTRUCCIÓN SUPERIOR PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE V4443V4444

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE ROMAN BOLANOS JOSE NAPOLEON
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE FABARA LANDAZURI GLADYS XIMENA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN QUITO 2012-09-11
 FECHA DE EXPIRACIÓN 2022-09-11






DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL
CERTIFICADO DE VOTACION
ELECCIONES GENERALES 17-FEB-2013

014
014 - 0216 **1721518155**
 NÚMERO DE CERTIFICADO CÉDULA
ROMAN FABARA JOSE DANILO

PICHINCHA CIRCUNSCRIPCIÓN 1
 PROVINCIA BELISARIO QUEVEDO LAS CASAS
 QUITO ZONA
 CANTÓN *Okajuma* BARROBLIA


 f.) PRESIDENTA/E DE LA JUNTA