

El Daño

- Daño patrimonial (daños y perjuicios)
- Daño personal (daños morales)



INTRODUCCIÓN

Hay una frase popular que dice “el que la hace, la paga”. Durante mucho tiempo en nuestro país hemos visto, sin embargo, que muchas personas que causan daño no reparan al damnificado.

Esta obra está dedicada casi exclusivamente a explicar el ámbito civil y procesal civil sobre el daño. Fácilmente entendemos que la comisión de cualquier delito, es decir, el ámbito penal, causa daño, y que ese daño es castigado mediante las sanciones que determina el Código Penal y otras leyes especiales que tipifican delitos.

El campo penal provee la forma para el castigo de los delitos, y también para la reparación por esos daños, pero para conseguir la reparación en el campo penal se requiere primero la culminación del proceso. La parte indemnizatoria es secundaria, porque al campo penal le interesa la sociedad en primer lugar, antes que los intereses de los particulares, que es asunto más bien civil.

Por eso, he querido en este libro explicar el daño en la forma vista desde la óptica civil, que es la generación de obligaciones a consecuencia del acto u omisión dañinos, y la forma de exigir el cumplimiento de esta obligación, sin necesidad de recurrir al campo penal ni esperar sus resoluciones.

He tenido experiencias, tanto personales como en el ejercicio de la profesión de abogado, que me han permitido notar que daños causados no habrían sido reparados sino después de convencer a jueces que se han negado a negado a ver cosas evidentes, como el hecho de que un asesinato causa daño, o que causa también daño la inclusión en un registro público de deudores morosos, por una obligación nunca contraída; y si bien he tenido la

fortuna de que los juzgadores finalmente ordenen el pago de indemnizaciones por daños, esos triunfos han sido agridulces.

Agrios, por el tiempo que tuvo que pasar para obtener la resolución por parte de los jueces, y por el poco tino de los jueces para determinar el monto de las indemnizaciones.

Dulces, por obtener esas resoluciones tras duras batallas, en contra de rivales económicamente poderosos, y sobre todo, después de haber logrado hacer entender la realidad tanto de los hechos como del derecho, a jueces sin conocimiento de la manera de juzgar, ni de los parámetros para hacerlo.

Y aunque parezca contradictorio, he presenciado cómo jueces disponen el pago de indemnizaciones no sustentadas o no probadas, por su desconocimiento de cómo juzgar las reclamaciones por daños.

La falta de conocimiento a que me refiero se debe en mucho a que el campo de la indemnización civil por daños no es muy explorado. En realidad, no son muchas las demandas que por estos motivos se sustancian. Y cuando se inician estas acciones, muchas veces se quedan en el camino y dejan de continuarse por lo tedioso de los trámites, y por su lentitud.

A los juzgadores les resulta muy complicado entender que las obligaciones no solamente se las encuentra en papeles firmados, o en documentos impresos. Por eso, cuando se enfrentan con causas de esta índole, recurren a todas partes, incluyendo jurisprudencia y doctrina internacional, para entender cómo juzgarlos. Pero se olvidan, aparentemente, recurrir directamente a nuestra propia legislación.

Lo expresado son básicamente las razones que he tenido para elaborar esta obra. Que quien cause un daño sea obligado a su reparación. Que quienes demanden esta reparación conozcan el camino apropiado para obtenerla.

Que los juzgadores no tengan dudas al momento de sustanciar el proceso y resolver, y que por lo tanto los procesos no se demoren.

Una cosa más que aspiro es a que en algún momento exista algún procedimiento especial para demandar indemnizaciones. Porque cuando una persona sufre daños, el paso del tiempo acrecienta los daños, mientras estos no son reparados. Si una persona ha sufrido daños materiales que han causado su quiebra económica. O si una persona ha sufrido daños físicos que han provocado su hospitalización, la reparación es urgente. Y eso no es posible con la legislación civil actual.

Esta obra contiene la explicación sobre los distintos tipos de daño, y las circunstancias al reclamar la indemnización por los mismos. Espero que pueda ser útil para cualquier afectado, para quienes los patrocinan, para quienes deben juzgar sobre el daño, y para que el ciudadano en general comprenda de mejor manera que nadie tiene derecho a abusar de otro ni de su propiedad, sin pagar el precio de lo causado.

I

Aspectos generales

El daño como fuente de obligación.-

Entendemos que el Código Civil reconoce cuatro formas de obligarse, lo que teóricamente se conoce como fuentes de las obligaciones.

El texto exacto de la norma es el siguiente:

"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".

En consecuencia, la primera forma de obligarse es aquella en que existe acuerdo de voluntades, lo que da como resultado un contrato. Como por ejemplo, cuando una persona alquila una casa, se da un contrato de arrendamiento. O ejemplos más cotidianos, como cuando una persona compra un caramelo. El concurso de voluntades no necesariamente tiene que constar por escrito, salvo cuando la ley así lo exige.

La segunda forma de obligarse también depende de la voluntad, pero no de varias personas, sino solamente de una, que es la que se obliga. Así, en el caso de un heredero, éste puede aceptar la herencia, o repudiarla. Si acepta la herencia, no solamente recibirá los bienes del fallecido, sino que también deberá responder por las deudas que éste dejó. Así, al aceptar una herencia, una persona se obliga por sí sola para con otras.

La tercera forma es la que trataremos en esta obra: el daño.

La cuarta forma de obligarse es cuando la ley dispone directamente la responsabilidad. Por ejemplo, una persona que adquiere un inmueble, está obligado al pago de impuestos prediales. Y como ejemplos más generales tenemos que estamos obligados a pagar impuestos sobre nuestros ingresos. Esta forma de obligarse no depende de la voluntad.

En cuanto al daño, es una forma de obligarse que tampoco depende de la voluntad de quien se obliga. Al manifestar "la voluntad", no me refiero si hubo o no voluntad de causar el daño, pues esto, para efectos de indemnizar, resulta prácticamente indiferente. Debe quedar claro que a lo que me refiero es que no existe la voluntad de obligarse, como ocurre con el contrato. La generación de la obligación de ningún modo depende de la voluntad del individuo que ha causado el daño. Por ejemplo, si rompemos un vidrio, estamos en la obligación de repararlo, sea que haya sido a propósito, o que hubiese ocurrido por accidente. Sea que queramos pagar por el daño o no.

Quiénes están obligados a responder.-

Al respecto, el Art. 2229 del Código Civil ecuatoriano, prescribe que:

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

Están especialmente obligados a esta reparación:

- 1.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;*
- 2.- El que dispara imprudentemente una arma de fuego;*

3.- *El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;*

4.- *El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,*

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

Destaquemos cuatro aspectos de esta norma:

1.- Se indica expresamente que es una regla general.

2.- Esta regla general aplica a todo daño.

3.- La reparación solo cabe cuando se puede imputar malicia o negligencia al causante del daño.

3.- Los casos que se indican son de quienes estarían especialmente (no únicamente) obligados a tal reparación. O sea, podría haber otros casos.

En efecto, existen otras normas dentro del Título “De los Delitos y Cuasidelitos” del Código Civil, que explican sobre otros obligados a la reparación del daño, y casos diferentes.

Entre estas normas, encontramos que no solamente quien ha ocasionado un daño está obligado a su reparación, sino también sus herederos. Esto resulta obvio al recordar que, como está expresado en líneas anteriores, un heredero tiene la opción de aceptar o repudiar una herencia; y que cuando la acepta, le son transferidos todos los derechos así como las obligaciones. Es necesario reparar en que, a diferencia de otro tipo de obligaciones, la obligación por daño no puede siempre ser prevista por un heredero al

momento de decidir si desea o no aceptar la herencia. Sin embargo, la ley es clara en este respecto, y no admite objeciones.

La misma norma que obliga a los herederos a cumplir con la indemnización, establece que quien recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice, no estará obligado sino hasta el monto del provecho. Reparando en que esta disposición consta junto a la de los herederos, podemos entender que se refiere a que la obligación de reparación del daño no es transmitida de modo solidario a todos los herederos, sino a cada uno de ellos a prorrata de su participación en la herencia.

En cambio, cuando dos o más personas han causado daño a otro, la responsabilidad es solidaria en cada una de ellas. Esto quiere decir que es factible cobrarle a cualesquiera de esas personas, de manera individual, el total de la obligación¹.

Excepción de lo antedicho es cuando se trata de condóminos de un edificio cuyo mal estado puede ocasionar daños, en cuyo caso la indemnización se divide a prorrata de su cuota de condominio; y cuando algún objeto cae de un edificio y no se puede establecer con precisión de dónde cayó el objeto, en cuyo caso son responsables todos quienes habiten en esa parte del edificio, pero en partes iguales.

En cuanto a daños ocasionados por incapaces, la ley asigna la responsabilidad a los cuidadores de los mismos.

En el caso de infantes y dementes, son los respectivos padres, cuidadores o tutores, los responsables por los daños causados, en cada caso, siempre y

¹ Código Civil. Art. 1530.- El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

cuando no haya sido posible para ellos evitar el daño mediante los cuidados que deben emplear en sus respectivas funciones.

Por ejemplo, si un menor jugando un partido de béisbol batea la pelota con una fuerza inusitada que la pelota sale del campo y rompe una cámara de vídeo, no se puede alegar falta de cuidado o negligencia de quien tenía el menor a su cargo.

La misma regla se aplica a los menores entre 7 y 16 años, en cuyo caso el juez tiene la potestad de determinar si ejecutó el acto dañoso con o sin discernimiento.

Esta determinación es importante para saber si es responsable por el menor tiene o no derecho para ejercer acción de repetición. Si el juez determina que el menor tenía discernimiento, entonces cabrá la repetición contra él, siempre y cuando existan bienes con los que pueda responder, y que el daño no lo haya causado obedeciendo una orden de su cuidador.

La responsabilidad recae también con los jefes de colegios y escuelas respecto de sus alumnos, y con los artesanos y empresarios respecto de sus aprendices y dependientes.

La ley, sin embargo, tiene un vacío, pues no se refiere a los menores desde los 16 años.

Ante esta falta de referencia, lo procedente es aplicar las reglas de interpretación de la ley, específicamente a los numerales 4 y 7 del Artículo 18 del Código Civil². Así, tendríamos dos disposiciones en controversia:

² **Art. 18.-** Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

La primera sería la norma que define las obligaciones naturales como:

"las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tales son:

Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos"

Según esta norma, las obligaciones contraídas por un menor adulto no confieren derecho para exigir su cumplimiento.

La segunda sería la misma que responsabiliza a los padres de los daños causados por los hijos menores. Nos inclinamos por esta última, porque por un lado evita que exista la posibilidad de que en cierta edad un individuo pueda causar daños sin responsabilizarse de los mismos, y por otro lado, versa exactamente sobre el mismo asunto: la responsabilidad por daño, mientras que la otra norma es general. Además, si la ley ha conferido al juez la facultad de determinar si hubo discernimiento en los daños causados por un menor entre los 7 y los 16 años, es porque la ley reconoce que hasta los 7 años no hay discernimiento, y después de cumplidos los 16, si lo hay.

Y en la misma forma en que la ley obliga a los cuidadores de personas incapaces, también obliga a quien tiene un animal, sea en calidad de dueño, o que se sirva del mismo, a reparar los daños que éste cause.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

Solamente en caso de que el animal se haya suelto o extraviado puede eximirse de responsabilidad al que lo tiene, cuando que no se le pueda imputar culpa o negligencia en la libertad del animal. Por ejemplo, si un perro que ha causado destrozos, se soltó porque un carro chocó la puerta de la reja de la casa donde estaba el animal.

Pero al tratarse de un animal fiero que no sirve para cuidar un predio, por ejemplo, un gato montés, la persona que lo tiene será el responsable de los daños, sin importar las circunstancias.

Habiendo analizado someramente los casos de daño que nuestra legislación específicamente menciona, observamos que, sin embargo, de modo muy amplio, el Art. 2214 del Código Civil prescribe que

"El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

Esta norma tiene importancia fundamental porque, por un lado, determina que todo delito o cuasidelito puede constituir daño por el cual se puede reclamar indemnización, además de que separa e independiza las acciones civiles de las penales, de manera que la obligación de indemnizar a otro por un daño causado durante la comisión de un delito no dependa de una sentencia ejecutoriada en lo penal que lo declare culpable de dicho delito. Esto, que al igual que muchas otras situaciones jurídicas tiene criterios contrapuestos, lo analizaremos detalladamente más adelante.

Nacimiento del daño personal.-

Ahora, como el texto del Art. 2229 del Código Civil hace referencia a "todo daño", no habría razón para limitar la acción de indemnización solamente a los casos de daño patrimonial, sino también a los casos de daño personal.

Es más, el Art. 2231 ibídem establece que 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.

Pero, ¿a qué se refiere el vocablo "moral"?

No fue sino hasta 1984 en que el Código Civil hizo una definición detallada del daño personal.

Antes de esto, el texto legal sugería limitarse al daño patrimonial, al daño a las cosas; tanto así que al indicar quienes podían reclamar indemnización por daño eran el dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, también el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso; e incluso, en ausencia del dueño, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella.

Ese texto nos sugería claramente que solamente se podía reclamar indemnización por daños causados a cosas.

Pero esa aparente limitación se diluía ante otras reglas ya mencionadas del mismo texto, que hablan, por ejemplo, de los daños ocasionados por un animal. O de los daños ocasionados por una cosa que cae de un edificio. En ambos ejemplos, los más propensos a sufrir daños son las personas.

No obstante estas disposiciones, quedaban todavía grandes vacíos, principalmente en lo referente a otros tipos de daños, por ejemplo, los

causados durante las violaciones a los derechos humanos. E incluso, cuando se trataba de cosas no apreciables, no existía una norma a la que el juez pueda acudir para efectos de determinar el monto de la indemnización.

En fin, existía una confusión, que consistía un laberinto jurídico tanto para las personas como para los juzgadores.

Es importante resaltar que la única forma que la legislación reconoce de reparación del daño, es la pecuniaria.

Por ello, como lo hemos mencionado, en 1984 se dio una reforma que fue propiciada por el entonces legislador Dr. Gil Barragán Romero, quien en su exposición de motivos, entre otras cosas, manifestó que “puede causarse daño a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad; como su desprestigio por difamación o menosprecio; como el atentado a sus creencias; su detención o prisión injustificadas o su procesamiento en igual caso”. Con estos antecedentes, se dio nacimiento a lo que el Código Civil denominó “daños morales”, pero que no solamente corrigió los vacíos en cuanto a los varias formas de daño, sino que incluso se encargó, por la amplitud de su texto, de que nada pueda quedarse fuera.

II

Daño patrimonial

Formas de daño patrimonial.-

Para efectos jurídicos, esto es, a la hora de reclamar judicialmente por un daño causado, es imprescindible determinar cuál ha sido el objeto receptor del daño, ya que de eso dependerá cuál es la prueba que corresponderá actuar al demandante.

Si el objeto receptor del daño ha sido un bien, mueble o inmueble, el daño es patrimonial, porque afecta el patrimonio del dueño de los bienes dañados.

El daño patrimonial es de dos tipos:

El daño emergente, cuando el daño es la consecuencia directa de la acción del agente dañoso.

El lucro cesante, que son las pérdidas económicas sobrevinientes por no poder utilizar el bien dañado.

En nuestra legislación no existe la denominación de daño patrimonial, sino que simplemente se hace referencia a "daños y perjuicios", o "daño emergente y lucro cesante".

Por ejemplo, si al conductor de un taxi le chocan su vehículo, entendemos que el daño emergente es lo que se puede apreciar inmediatamente a simple vista. En el caso del taxi, el daño emergente es inmediato.

Los perjuicios, son siempre económicos. Los perjuicios del daño emergente se pueden apreciar de manera fácil, simplemente observando la factura del taller mecánico en el que se reparó el vehículo.

En el mismo ejemplo del taxi, existe también el daño de no poder utilizarlo, sino hasta su reparación. El perjuicio, en este caso, es que el taxista no puede hacer producir al bien, que es su herramienta de trabajo. Esto es el lucro cesante.

Imaginando que el vehículo ha estado dos semanas en el taller, el lucro cesante podría calcularse estableciendo el promedio general de ingresos que el taxi habría generado durante ese tiempo, si hubiese estado trabajando normalmente. Si bien no contamos con un valor específico como el que podría observarse en la factura de reparaciones del vehículo en el caso del daño emergente, sí es un valor determinable mediante los recursos de prueba que reconoce la ley.

La suma de los dos valores que conforman el daño, dan como resultado el monto de la indemnización que está obligado a pagar quien causó tal daño.

Componentes del daño patrimonial.-

En una acción judicial por daño patrimonial, el actor está obligado a probar tres cosas:

- 1) La existencia de los daños.
- 2) Que el demandado es el causante de los daños.
- 3) El monto a que ascienden los perjuicios, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

Si el actor fracasa en probar cualquiera de estos tres aspectos, la sentencia debe declarar sin lugar la demanda, aunque sea parcialmente.

Debemos recordar que las obligaciones civiles son consecuencia de relaciones privadas que en términos generales no competen a la sociedad.

Un juez de lo civil, por lo tanto, debe resolver sobre temas privados, mediante la aplicación del derecho privado, en la forma de analizar las relaciones entre las partes, y mediante la aplicación del derecho público, en la forma de conducir el juzgamiento.

En derecho privado, las personas pueden disponer de sus cosas a su antojo siempre y cuando la ley no lo prohíba. En derecho público, solamente se puede hacer aquello expresamente permitido por la ley.

Nuestra ley establece que el trabajo del juez de lo civil es el de resolver las disputas de las partes, conforme a las aspiraciones específicas de cada una de ellas³. Esto significa claramente que un juez civil debe atenerse a lo que las partes soliciten. Un juez civil no puede imaginarse las cosas que las partes desean ni plantearlas por sí solo, sino que debe limitarse a lo que el actor expresa en su demanda y a lo que el reo contesta⁴. El juez civil no puede reparar las omisiones de las partes sobre los hechos expuestos a su juicio. Por ejemplo, si la obligación recae sobre dos personas pero el actor dirige su acción contra solo una de ellas, no corresponde al juez de lo civil hacer extensiva la acción contra la persona que no fue expresamente demandada. Tampoco puede el juez decidir sobre cosas que no le fueron solicitadas en el escrito de demanda. Por ejemplo, si un inquilino ha causado daños en toda la edificación, pero el dueño de casa solamente reclama por los daños ocasionados por el local materia del arrendamiento, no puede el juez condenar al inquilino al pago de los demás daños.

³ Código de Procedimiento Civil. Art. 57.- “JUICIO es la contienda legal sometida a la resolución de los jueces.”

⁴ Código de Procedimiento Civil. Art. 273 CPC.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella.

La prueba de la existencia del daño es parte fundamental de la acción porque es la existencia de daños lo que da origen a la obligación. La falta de prueba de la existencia de los daños dejaría sin pie la acción. Sin embargo, es la parte más sencilla, puesto que es impersonal, y puede recurrirse a fotografías, partes de la fuerza pública, dictámenes de expertos, entre otros medios de prueba.

La prueba de que el demandante es causante de los hechos podría resultar complicada en el sentido de que podría ser subjetivo. En el ejemplo dado de un accidente de tránsito, casi siempre resulta subjetivo establecer quién es el culpable del accidente. Sin embargo, no es nuestra intención adentrarnos en los detalles de la prueba. Lo que sí es importante resaltar es que si se ejerce la acción contra una persona equivocada, el juez no podrá por sí solo corregir este error. Por ejemplo, si por equivocación el actor ha demandado a quien estaba sentado junto al conductor, pero no al conductor, el juez deberá simplemente desechar la demanda, aunque se haya probado la existencia de los daños, y que el conductor fue el causante de los mismos.

Y finalmente, aunque el actor haya sido exitoso en probar la existencia de los daños, y que el demandado ha sido el causante de los mismos, resultará imposible para un juez condenar al dañoso al pago de una indemnización, si es que no se ha podido comprobar a cuánto asciende el monto de los perjuicios. Esto se debe a que no corresponde al juez hacer la estimación de los daños a su buen entender. Si, por ejemplo, se trata de que se rompió un jarrón, el juez no está llamado a saber el costo de dicho objeto, que puede variar ampliamente por el material del que está hecho, su antigüedad, la marca o la persona que lo hizo, o cualquier otro factor que influya en el valor de mercado de dicho objeto.

Tampoco puede el juez atenerse meramente a lo que el actor diga en su demanda como aspiración. Por ejemplo, que el actor demande a un sastre

por haberle dañado una prenda de vestir que costó 20 dólares, y que reclame un millón de dólares de indemnización porque ya no se la encuentra en el comercio.

Toda acción de reparación de un daño material requiere la prueba del monto a que ascienden, para efectos de que el juez pueda tener un elemento de condena. Sentenciar al pago de una cantidad que no ha podido ser demostrada en juicio representaría para el juez extralimitarse en sus funciones y causar grave daño al demandado.

Porque la indemnización de daños y perjuicios no es un castigo a quien cometió el daño. No es una penalidad hacer que una persona que causó un daño, sea quien corra con los costos ocasionados por el mismo. Basta notar que quien impone de manera explícita la obligación de pagar por los daños no es un juez de lo penal, sino un juez de lo civil.

Ejemplificar esto es fácil. Imaginemos que el Sr. Pérez va a comer a un restaurante, y quiebra el plato en el que le sirvieron la comida. Inmediatamente el Sr. Pérez admite su culpa y ofrece pagar el valor del plato. Le informan que es una vajilla cara, y que reponer ese plato costaría cuarenta dólares. Entonces, el Sr. Pérez saca de su billetera cuarenta dólares, y paga por el plato roto. ¿Acaso fue una sanción contra Pérez, o fue un reconocimiento de éste por el daño causado?

Ahora, imaginemos que Pérez no se siente contento con pagar cuarenta dólares, y le propone al dueño del establecimiento zanjar el asunto con veinticinco dólares. El dueño acepta y se realiza la transacción. Es lo mismo. Pérez reconoció su obligación, pero hizo una propuesta, que dependía de la voluntad del dueño podía aceptarla o no, principalmente, porque se trata de un asunto civil, de propiedad privada.

Por otro lado, si hubiese una ley que tipificara como delito quebrar platos en un restaurante, habría que sancionar al Sr. Pérez por ese delito. Pero en cuanto a la reparación del daño, aunque el juez ordenare que Pérez pague los cuarenta dólares que vale el plato, nadie podría prohibirle al dueño que acepte recibir solamente los veinticinco. Con lo que queda claro que, aun cuando el hecho que causó el daño pudiese constituir delito, la obligación de reparar pecuniariamente el daño causado es meramente civil.

Caso práctico.-

Como no hay mejor manera de explicar/entender, que utilizando un ejemplo práctico, veamos la siguiente situación en que un productor de frutas, contrata a una compañía transportista para que traslade determinados productos congelados a otro país, para que sean exhibidos en una feria, y al llegar dañados los productos, responsabiliza al transportista:

La parte pertinente de la aspiración del actor indica:

"Al haberse dañado la mercadería en el camino, lo cual es culpa entera del transportista, he perdido la oportunidad de mostrarme en una feria en los Estados Unidos de América, lo cual me habría permitido entrar en un mercado cuya demanda me habría permitido obtener una ganancia de por lo menos 2 millones de dólares al año. Por este motivo, demando a la empresa XYZ por daños y perjuicios, por los siguientes rubros:

- 1. Seis mil ochocientos dólares, que es el valor de la mercadería dañada, como daño emergente.*
- 2. Una cantidad no inferior a 2 millones de dólares por el lucro cesante que he sufrido al no poder exhibir mis mercaderías en la referida feria, y por lo tanto, no poder realizar negocios.*

3. Las costas procesales, entre las que se deberán incluir el honorario de mi abogado patrocinador"

La empresa XYZ adopta la estrategia de no contestar la pretensión del actor. Es más, ni siquiera obró pruebas a su favor, ni para contrarrestar las de la contraparte.

Este proceder, al parecer, causó triunfalismo en el actor, que pensó que al no haber contestación, sería fácil aportar alguna documentación y muchas alegaciones, para obtener la sentencia declarando con lugar su pretensión.

Pero llegado el momento de alegar, el demandado expresó lo siguiente:

"El actor pretende que mi representada lo indemnice por unos aducidos daños y perjuicios causados porque, en calidad de transportista, habría dañado una mercadería que el actor le confió para trasladarla a los Estados Unidos de América.

Es interesante notar las palabras textuales del actor, al expresar que el supuesto daño de la mercadería "es culpa entera del transportista".

Sin embargo, si bien aparecen del proceso algunos documentos que expresan que la mercadería llegó dañada a la feria en la que debía exponerse, en ninguna parte se indica cuándo ocurrió el daño; o por lo menos, cuándo la mercadería estaba en buen estado, y cuándo apareció dañada.

Es del caso, señor Juez, que conforme lo demuestran los mismos documentos aportados por el actor, la mercadería me fue entregada congelada, siendo imposible para mí descongelarla para verificar su estado, pues meramente por hacer eso la habría dañado. Por lo tanto, mi obligación se limitaba a mantener congelada tal mercadería.

Por lo tanto, la mercadería pudo haber estado dañada incluso antes de que ésta me fuera entregada para su transportación.

En el evento no admitido por mí, porque lo desconozco, de que la mercadería entregada a mí hubiese estado en buen estado, cabe indicar que, como lo expresé en líneas anteriores, recién se "descubrió" que tal mercadería estuvo dañada cuando llegó a la feria, que tuvo lugar dos días después del arribo de la mercadería.

No hubo persona que, al llegar la mercadería a puerto, la revise para comprobar su estado de conservación. Es claro entonces, que el daño puede haber ocurrido en cualquier momento durante los dos días que transcurrieron desde que yo entregué la mercadería, hasta el momento en que llegó al lugar de la feria.

Por lo tanto, es imposible poder afirmar de manera contundente, como lo hace el actor, que el daño es culpa entera del transportista. Esa es una afirmación que, como cualquier otra, debió haberla probado. Y reitero, no existe en el proceso indicio alguno de cuándo ocurrió el daño, o en manos de quién estaba la mercadería al momento en que ocurrió el daño.

Continuando con el evento no consentido por mí, y no probado por el actor, de que la mercadería se hubiese dañado mientras se encontraba en mis manos, veamos ahora su millonaria pretensión por lucro cesante.

Partamos del hecho de que, como expresó el actor en su demanda, y como está probado en varios documentos que obran del proceso, principalmente en el conocimiento de embarque, el valor de la mercadería era de Seis mil ochocientos dólares.

Igualmente, partamos del hecho expresado por el mismo actor, de que la mercadería fue enviada para ser mostrada en una feria.

Entonces nos preguntamos. ¿Qué seguridad existe de que mostrando unos productos en una feria, tales productos van a ser comprados?

Igualmente, en caso de que sean comprados, ¿Qué seguridad existe de que la compra sea de gran volumen, como para alcanzar los dos millones de dólares de ganancia neta?

Y por último, en caso un comprador le hubiese prometido al actor comprarle en gran volumen la mercadería, poniéndole como única condición que la exhiba en la feria, ¿de qué manera podría usted, señor Juez, determinar con absoluta seguridad, el monto del presunto lucro cesante?

La respuesta es: únicamente mediante medios probatorios. Por ejemplo, si el actor hubiese presentado una promesa de contrato, o algún documento similar de obligación, por un valor determinado, hubiese sido un indicio, que le permitiría conocer, en principio, la mera existencia de un lucro cesante, pero no su extensión.

En ese caso, al monto del contrato usted tendría que restarle los costos de producción, transportación, etc. Únicamente después de esas operaciones podría usted establecer el monto de un lucro cesante.

Pero no existen en el proceso tales pruebas. No existe un documento que demuestre o que siquiera haga pensar que se iba a concretar un negocio.

Mucho menos existen documentos que hablen del valor de los presuntos negocios que el actor habría hecho.

Comprar la lotería no significa que uno se va a hacer millonario.

Exhibir los productos en una feria no significa que uno va a venderlos.”

El ejemplo antedicho nos demuestra claramente lo expresado sobre qué es lo debe demostrarse.

Observamos que, en el juicio sí existe constancia de la existencia de los daños. Estos daños se demuestran mediante la documentación aportada que expresa que se comprobó al llegar a la feria, que los productos estaban dañados.

Debemos recordar que los jueces no necesariamente van a juzgar sobre la verdad de los hechos, porque la desconocen. Los jueces no conocen los pormenores de las relaciones privadas de las partes. Los jueces se atienen a lo que denomina la realidad procesal.

Un juez podría dar por no existente un hecho verdadero, si no existe prueba de ello en el juicio que está tratando. Igualmente, puede darse que un hecho falso sea considerado como verdadero por un juez, si en el juicio hay prueba del mismo. Por ejemplo, es posible que la mercadería no haya estado dañada, pero eso no lo sabe el juez, pues la mercadería se encontraba en otro país, y debió atenerse a la realidad procesal, esto es, al documento aportado al juicio que se refería a que el producto estaba dañado.

Cabe indicar, también, que la empresa transportista pudo haber actuado pruebas para intentar demostrar que los productos no estaban dañados, pero esto no ocurrió.

En todo caso, caso, la existencia de los daños se demostró procesalmente. Igualmente, se demostró el monto a que asciende el daño emergente, mediante el documento del embarque que señala el valor de las mercaderías transportadas.

Mas, si bien, se demostraron los daños, no se pudo demostrar fehacientemente que los daños fueron ocasionados por el demandado. La situación explicada por el transportista es clara, al expresar que recibió la mercadería congelada, conforme obra procesalmente, lo que no le permitió revisarla y saber el estado en que se encontraba, lo que por un lado hace

imposible que el transportista pueda afirmar que estaba dañada; pero al mismo tiempo, hace imposible que el productor pueda afirmar que estaba en buenas condiciones.

La diferencia es que quien afirmó el daño fue el productor, y es a éste a quien corresponde la prueba.

Adicionalmente, al no haberse descubierto los daños sino hasta después de dos días, le da sostén a lo afirmado por el transportista de que los daños pudieron ocurrir después de que éste cumplió con su obligación de entregar los bienes. De la misma manera, el transportista no puede afirmar que los daños acontecieron después de entregarlos, pero nadie puede afirmar que el transportista entregó dañados los productos.

Como los hechos demandados son obligación de ser probados por el actor, es éste el que debió aportar con pruebas para demostrar que fue el demandado el autor de los daños. Sin tales pruebas, no se puede condenar al demandado.

Finalmente, al referirse al monto de los daños, el actor ha probado a cuánto asciende el daño emergente. Pero no el lucro cesante.

Porque la prueba del alcance del lucro cesante no puede ser materia de una mera aspiración del actor, y ni siquiera del parecer o estimado de un juez. El alcance del lucro cesante es una determinación que el juez hace de los elementos de convicción aportados al proceso. De lo contrario no puede haber condena por este motivo.

Para explicar esto de un modo más adecuado, imaginemos que el actor hubiese podido probar, de cualquier manera, que el transportista fue quien dañó la mercadería.

Imaginemos también que el actor hubiese podido demostrar que tenía conversaciones avanzadas, e incluso intercambio de comunicaciones de compradores, pero sin indicar la cantidad del pedido, ni el volumen de la compra.

Aún en circunstancias así, habiendo demostrado la existencia de los daños, que los daños fueron ocasionados por el demandado, y que los daños le causaron perder negocios que le habrían generado réditos económicos, no existe posibilidad de determinar a cuánto habría ascendido el lucro cesante, si no existe referencia a montos.

Y sin tener elementos que hagan posible esa determinación, no compete al juez imaginarla, por lo que simplemente le correspondería manifestar que al no poderlos determinar, no puede condenar al demandado al pago de los mismos.

Ahora, ubiquémonos en el caso de que el actor sí hubiese podido demostrar:

- la existencia de los daños,
- que el demandado es responsable de los mismos, y
- que los daños resultantes causaron a su vez que el actor pierda negocios que le habrían permitido un lucro de cinco millones de dólares.
- Recordemos que la indemnización solicitada en la demanda fue solamente de dos millones de dólares, es decir, solicitó un monto inferior a los perjuicios que verdaderamente ocasionó el daño.

En ese caso, reiteraremos en lo expresado en líneas anteriores de que el juez debe limitarse a lo que el actor expresa en su demanda⁵ y a lo que el reo contesta.

Intereses como indemnización.-

Un caso especial en que el actor no debe probar el monto a que ascienden los daños, es cuando tales daños son ocasionados por el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento del pago de una obligación pecuniaria.

Es obvio que la mora en el pago de dinero causa daño al acreedor, pues éste no puede poner a producir ese dinero. Sin embargo, la prueba del monto a que los daños ascenderían en una situación así se vuelve sumamente complicada y es mucho más subjetiva. Es cierto que el dinero referido podría servir al acreedor para incursionar en un negocio a todas luces rentable; pero es también cierto que ningún negocio o inversión tiene seguridad. Y si el acreedor dijera que puede invertir el dinero en una institución bancaria a producir intereses, la prueba resultaría también subjetiva, puesto que dependería de la entidad bancaria, ya que la tasa de interés pasiva cambia entre las distintas instituciones financieras, y depende también de la clase de inversión.

Es por esta razón que la ley, de manera expresa, establece que cuando se trata del pago de una cantidad de dinero, el acreedor no tiene necesidad de probar cuáles son los perjuicios que ha sufrido, si meramente se limita a reclamar intereses sobre el monto impago. Lo que el actor debe probar en este caso solamente es la existencia del daño, y quién causó el daño.

⁵ Código de Procedimiento Civil.- Art. 67.- La demanda debe ser clara y contendrá:...4.- La cosa, cantidad o hecho que se exige;

La prueba de la existencia del daño, en este caso, es el hecho de haber caído el deudor en mora.

Esta indemnización, sin embargo, no es aplicable en todos los casos de mora.

Los intereses como indemnización de perjuicios por la mora no son aplicables cuando la obligación que está pendiente de pago corresponde a pensiones periódicas, en general, como los pagos a un establecimiento educativo, o el alquiler mensual de una casa. Tampoco se puede aplicar a intereses atrasados⁶.

Sin embargo de estas limitaciones, cabe resaltar que el hecho de que la ley reconozca a la mora en el pago de una obligación dineraria como un daño que debe ser indemnizado, es lo que permite a un acreedor reclamar al deudor el pago de intereses por mora, aun cuando tales intereses no se hubieren pactado.

La tasa de interés a aplicarse en estos casos será la tasa denominada "legal" que determine el organismo correspondiente, actualmente, el Banco Central.

⁶ Código Civil. Art. 1575.- Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo.
3. Los intereses atrasados no producen interés; y,
4. La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.

III

Daño personal

Definición.-

Cuando el daño ocasionado no afecta a las propiedades de una persona, sino a la integridad de la persona en sí, la legislación ecuatoriana lo define como daños morales.

Sin embargo, consideramos que la expresión "daños morales" utilizada en la reforma de 1984, resulta diminuta y sugiere que es un daño que afecta únicamente a la dignidad o la buena honra de la persona. Para efectos de entender correctamente la expresión, y si está correctamente utilizada, revisemos cómo define el diccionario de la Real Academia Española el vocablo "moral":

moral1.

(Del lat. *morālis*).

1. adj. Perteneiente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.

2. adj. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. *Prueba, certidumbre moral*

3. adj. Que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano. *Aunque el pago no era exigible, tenía obligación moral de hacerlo*

4. f. Ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.
5. f. Conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a *físico*.
6. f. Ánimos, arrestos.
7. f. Estado de ánimo, individual o colectivo.
8. f. En relación a las tropas, o en el deporte, espíritu, o confianza en la victoria.

Como podemos apreciar, las ocho definiciones del DRAE sobre "moral" básicamente se refieren a aspectos espirituales internos. Inclusive, una de las definiciones expresamente excluye la parte física de la persona, lo que no cubre la totalidad de lo que abarca nuestra legislación, que prescribe:

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

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

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

Al revisar el texto legal, no admite discusión de que nuestra legislación no solamente se refiere a aspectos etéreos de la persona, sino que también abarca aspectos físicos, al referirse a lesiones y en general sufrimientos físicos, como formas de manchar la reputación ajena, en un indebido uso también de la palabra reputación.

Es por eso que, aunque estamos conscientes de que las definiciones de la ley no se las discute sino que se las utiliza, para efectos de comprensión y estudio del daño que no es patrimonial, preferimos utilizar la denominación de **daño personal**, esto es, el daño causado a la persona en sí.

Podemos, sin embargo, porque no es nuestra intención pretender desconocer la norma, aceptar las palabras utilizadas, no como una explicación, sino como términos jurídicos con significado especial, conforme a las normas de interpretación de la ley⁷.

Tipos de daño personal.-

Con esta necesaria explicación previa, sin perjuicio de la denominación legal, el daño personal podemos clasificarlo en tres tipos:

1. Daño Físico

⁷ Código Civil. Art. 18, regla 2a.- “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

2. Daño Psicológico

3. Daño moral (propriadmente dicho)

Reiterando que para efectos de definición legal, todo lo anterior se conoce como daños morales, analicemos los tres tipos de daño personal:

Daño Físico.-

El daño físico es el que afecta a la anatomía de la persona, y en la mayoría de los casos se puede apreciar visualmente, salvo cuando se trata de daños físicos internos.

Pero incluso en el caso de los daños físicos internos, éste se reflejará en el ánimo y facultades de la persona.

Los daños físicos podrían no ser punibles, al igual que ocurre en el campo penal, cuando éstos han sido producto de la legítima defensa, como cuando una persona causa lesiones a un delincuente que lo estaba atacando, o estaba por atacarlo, en una riña callejera, o casos similares

Pero incluso en el caso de la legítima defensa, los daños físicos pueden ser punibles cuando éstos han resultado ser exagerados sobre la contundencia del ataque, o si ha resultado en un acto ocurrido inmediatamente después del ataque, ya no con la intención de defenderse, sino de causar daño al otro.

Por ejemplo, si el ataque ha sido verbal, no es defensa propia la agresión física; o incluso si el ataque es físico, pero sin utilización de armas, no resultaría aceptable –en términos generales- aceptar la utilización de un arma de fuego en defensa propia.

Son muy comunes las violaciones de derechos humanos que incluyen daño físico. Basta decir que la conocida "ley fuga" (dispararle a un detenido que está escapando) está proscrita por el derecho internacional por haber sido un mecanismo utilizado por policías para ejecuciones extrajudiciales, bajo el pretexto de no dejar escapar a un delincuente. Es preferible un delincuente en libertad, que un inocente en prisión.

Al referirnos a policías, podemos entender que una gran cantidad de ellos son reos de daño físico, especialmente los investigadores que se dedican a interrogatorios, muchas veces con torturas, pero también los policías comunes, que maltratan a los detenidos.

Cuando el maltrato físico no deja huellas, no se puede reclamar por daño físico. El daño es una consecuencia del maltrato, pero el maltrato en sí no constituye daño físico. Si una persona es maltratada, pero no quedan huellas, será imposible imputarle haber causado daño físico, porque no habrá prueba que permita condenarlo. En casos así, podríamos referirnos a la existencia de daño psicológico y/o de daño moral, según el caso.

Daño Psicológico.-

El daño psicológico es el que no se puede apreciar a simple vista, pero que menoscaba a la persona en su psiquis interna. Aunque existe la posibilidad de que cualquier persona pueda detectarlo, o que sea notorio en quien lo sufre, por lo general, requerirá de personas especializadas para poder diagnosticarlo.

En ciertos casos, no es necesaria la presencia de un especialista para determinar la existencia de daño psicológico. Por ejemplo, en los casos de amenazas que ponen en peligro la vida de una persona, el daño psicológico

no es necesario probarse, sino que basta con demostrarse la existencia de las amenazas.

Sin embargo, es importante señalar que las amenazas que una persona recibe podrían ocasionarle daño psicológico, siempre y cuando pueda verdaderamente considerarse que causen temor en el individuo, para lo cual sería apropiado revisar como norma análoga lo que el Art. 1472 del Código Civil habla sobre la fuerza como vicio del consentimiento, esto sería, cuando la amenaza:

"...es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave".

Por ejemplo, en una pareja, por lo general, sería entendible que la mujer alegue sufrir daño psicológico porque el hombre la ha amenazado con agredirla físicamente. Pero resultaría raro que sea el hombre quien se queje de que amenazas de agresión física por parte de la mujer le han causado daño psicológico. Por supuesto, siempre habría que analizar cada caso, y conocer sus circunstancias y pormenores.

El daño psicológico podría ser una consecuencia de episodios de la vida. Una persona podría tener fobia a los perros por haber sido mordida en alguna ocasión. El responsable de aquella fobia sería el dueño del animal, con las salvedades explicadas en el primer capítulo de este libro y contenidas en la ley.

En el caso de abusos por parte de miembros de la policía, podría haber daño psicológico en una persona que llegue a pensar que todos los policías son abusivos, que podría verse reflejada en que el damnificado arremeta contra

la institución policial en sí, o que incluso, busque venganza contra todo elemento policial. Existen casos en que víctimas, se han dedicado a matar policías. Eso es un innegable caso de daño psicológico.

Los delitos sexuales, referidos en la norma, podrían también fácilmente ocasionar daño psicológico, aun cuando no causen daño físico, o no dejen huella del mismo. Por ejemplo, un atentado contra el pudor, no necesariamente deja huellas físicas, pero sí puede dejar huellas psicológicas y hasta psiquiátricas; una violación por acceso carnal a una menor de edad que estaba drogada; o un estupro.

La ley también se refiere, de modo muy amplio, a sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Todo esto, incluso los sufrimientos físicos que no han dejado huella (o cuyas huellas han desaparecido por el tiempo), puede causar daño psicológico.

Cuando ejerzo la cátedra, suelo expresar en clase, entre serio y broma, que todos los profesores son causantes de daño moral a sus alumnos, por causarles angustia cuando avisan que van a tomar examen, ansiedad cuando quieren conocer sus resultados, humillaciones cuando publican las calificaciones, y ofensas semejantes durante todo el año.

Daño Moral (propiamente dicho).-

El daño a la moral es el que afecta la dignidad y buena fama del individuo. Podría en ocasiones apreciarse visualmente, y podría alterar la psiquis interna del individuo.

Debemos entender que cualquier cosa, insisto, cualquier cosa, que pueda menoscabar la honra de una persona, o deteriorar la imagen que esta persona tiene ante la sociedad, es susceptible de indemnización.

La única excepción es cuando se trata de imputaciones de comisión de un delito. En ese caso, obviamente, quien hace las imputaciones, denuncia o acusación, no será responsable de indemnización, siempre y cuando pueda demostrar que las imputaciones de haber cometido tal delito son verdaderas. Si no logra demostrar la verdad de lo afirmado, o si en definitiva no aparecen pruebas que lo corroboren, entonces deberá responder por sus dichos, que evidentemente causarían daño moral.

Como ejemplo de lo expresado, encontramos en la Gaceta Judicial Nº 6, serie XVI, página 1521, lo siguiente:

"El acusador particular está obligado a impulsar la acusación, pues que de otra suerte estaría facultado para lanzar cualquier imputación por más calumniosa que fuere y a quedarse muy tranquilo. La acusación es acción muy grave, que responsabiliza a quien la hace; y el que se atreve a lanzarla, o la demuestra o queda condenado legal y moralmente por no proseguirla. En todo caso, la acusación queda hecha y ni la prescripción de la acción es capaz de hacerla desaparecer, el daño moral se ha producido y no hay remedio posible".

Esta resolución es muy clara cuando expresa que "la acusación... responsabiliza a quien la hace; y el que se atreve a lanzarla, o la demuestra o queda condenado legal y moralmente",

En este punto es importante detenernos a analizar si "decirle las verdades" a otra persona, o decir verdades sobre otra persona puede provocar daños personales, cuando hechos verdaderos expresados no constituyen un delito.

Por ejemplo, imaginemos a una pareja casada. Su lugar de residencia es grande, y tienen muchas comodidades, lo que hace que sus hijos sean siempre visitados por sus amigos. Por razones económicas, y para mantener el estatus social en que se desenvuelven, la mujer ha recurrido a

prostituirse, con el conocimiento y consentimiento del marido. Incluso, hay ocasiones en que el marido ha sacado fotografías, a petición de los clientes. Habrá quien piense que es un caso extremo, pero es muy útil para la ilustración.

Pero ella es una prostituta de alto nivel. Y si bien su posición social es de clase media alta, sus clientes son de clase alta muy exclusiva.

En el transcurso de una fiesta de aniversario de los cónyuges, en la que está invitados los amigos más cercanos, aparece un cliente de la mujer, que se le acerca para conversar. En eso, al marido le invaden los celos y arma una escena, haciendo conocer a todos los asistentes a la fiesta que su mujer es una prostituta, que el hombre con quien ella conversa es su cliente, y nombra a varios clientes más.

El marido dijo la verdad. ¿Acaso la verdad puede causar daño?

Preguntémonos entonces, cuál va a ser la consecuencia de ese arranque de celos. Si por ejemplo, los hijos de la pareja van a seguir recibiendo visitas con la misma afluencia que antes. O si a la mujer la van a seguir invitando a reuniones sociales de la misma manera que antes.

¿Hubo o no hubo daño?

La respuesta la encontramos en el Código Penal, que divide a la injuria en calumniosa y no calumniosa.

Injuria calumniosa es la falsa imputación de un delito. No es del caso, porque no se trata de un delito. Además, la imputación no es falsa, sino que es verdadera.

Injuria no calumniosa es la expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona. Pero debemos seguir recordando que lo que dijo el marido es verdad. Y lo puede probar, con fotografías.

Entonces, el Art. 497 del Código Penal nos saca de toda duda cuando prescribe que "al acusado de injuria no calumniosa, no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones".

Por lo tanto, en sentido estrictamente jurídico, el marido sería culpable de haber cometido el delito de injuria no calumniosa, aunque pueda probar que sus dichos son ciertos.

¿Por qué?

Porque existe un bien mayor, que es la dignidad. La Constitución proclama y protege el derecho al buen nombre, y el derecho a la intimidad personal. Nadie tiene por qué saber los secretos más íntimos de cada persona, a menos, por supuesto, que esa persona decida revelarlos.

Y si bien la respuesta la obtuvimos con claridad de un texto penal, fácil es entender que si la ley sanciona un acto con la pérdida de su libertad, es porque obviamente dicho acto causa daño.

Un caso aún más claro en que la ley no solamente obliga a quien dice la verdad a la reparación por sus dichos, sino que también lo reprime penalmente, es la difamación, que un artículo innumerado agregado a continuación del Art. 499 del Código Penal, define como:

"...la divulgación, por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la ley, de los nombres y apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad".

Queda claro que la calidad de deudor moroso puede ser tenida en el concepto público como afrentosa, y por lo tanto la amplia divulgación de esta calidad, aunque fuese cierto, constituye expresamente injuria.

Confluencia de daños.-

Naturalmente, siempre existirá la posibilidad de que una misma acción ilícita produzca varios tipos de daño en un mismo individuo. Por ejemplo, las lesiones que ocasionen que una persona pierda un miembro de su cuerpo, pueden ocasionar daño psicológico en el damnificado.

En un caso de violación de derechos humanos acaecido en la ciudad de Guayaquil en el año 1997 confluyeron los tres tipos de daño: físico, psicológico y moral:

Walter Huacón manejaba un vehículo en que llevaba a su cuñada Mercedes Salazar a la casa de ésta. Habiendo salido de su casa notó la presencia de vigilantes de tránsito y se percató que había olvidado su licencia de manejo en su casa, apenas 200 metros más atrás. Entonces cometió la imprudencia de girar en contravía para regresar a verlos, lo que fue apreciado como sospechoso por los gendarmes, quienes comenzaron a perseguirlo.

De repente aparecieron cuatro gendarmes de la Policía Nacional, dos en un auto y los otros dos en una moto, que se unieron a la persecución y empezaron a disparar. Uno de los disparos impactó en la nuca de Mercedes Salazar. Cuando el auto se detuvo, uno de los policías se acercó al conductor a quien disparó dos ocasiones, matándolo. Luego disparó dos balas más hacia Mercedes Salazar. Ambos fallecieron.

En dicho caso encontramos lo siguiente:

Cinco de las balas disparadas por los gendarmes impactaron en las víctimas, y les causaron lesiones internas que provocaron su muerte. Daño físico.

Durante la persecución, aunque haya sido corta, tanto el conductor como su acompañante sufrieron angustia, por lo menos, al sentir como disparaban contra ellos. Daño psicológico.

El hecho de que las víctimas hayan fallecido a manos de agentes de la policía durante una persecución, puede producir en cualquier persona una razonable duda sobre la honorabilidad de esas personas y las razones por las cuales estaban siendo perseguidas de esa manera. Daño moral.

También existe la posibilidad de que el daño ocasionado a una persona se extienda a otras.

Por ejemplo, en el caso de la persecución policial, por parte de Walter Huacón quedaron dos hijos en la orfandad, al cuidado de su madre, quien no producía económicamente.

A Mercedes Salazar, en cambio, le sobrevivieron tres hijos. El padre de los tres, si bien se trataba de un hombre trabajador, no podía dedicarse al hogar.

Por tanto, no solamente las víctimas directas de la agresión sufrieron daño, sino también sus deudos, quienes si bien no padecieron daños físicos, si reflejaron daños psicológicos y daño moral.

La gravedad del daño.-

Volviendo al Art. 2232 del Código Civil, encontramos que la reparación pecuniaria a que está obligado el individuo que causó el daño, depende de dos factores:

1. Las consecuencias (gravedad del perjuicio); y,
2. Lo que hizo el demandado (gravedad de la falta).

Son dos aspectos muy diferentes. Es posible que una misma acción pueda causar daños distintos, según los aspectos circundantes. Por ejemplo, al lanzar una piedra, es posible que mate a una persona, o que le rompa la

cabeza, o que simplemente le ocasione un rasguño. En los tres casos hay daño, pero la gravedad particular del perjuicio en cada caso es distinta.

También es distinto si una piedra dirigida a la cabeza impacta a una persona que tiene puesto un casco.

En el caso planteado líneas atrás, de la señora que ejerce la prostitución y es delatada por su marido, tenemos claro que es un hecho que causa daño, pero también es un hecho cierto. En este caso debemos tomar en cuenta que no es lo mismo la imputación de un hecho cierto que la imputación de un hecho falso, pues lo segundo, en principio, causaría más daño.

En lo personal, me tocó vivir la ingrata experiencia de que una institución financiera me reportara a la Central de Riesgos por una obligación que nunca adquirí con una tarjeta de crédito, y me mantuviera reportado durante varios años. Durante el tiempo que estuve reportado, fui jefe del departamento legal de otra emisora de tarjetas de crédito, procurador judicial de otra institución financiera, y articulista de un periódico económico, principalmente sobre temas de tarjetas de crédito. Obviamente, el perjuicio en ese caso era superior al que podría sufrir si no hubiera tenido tales funciones.

Todo lo anterior demuestra que la gravedad particular del perjuicio no es igual para todos los casos, sino que depende muchísimo de la víctima y de otros factores, no siempre ni necesariamente relacionados con quien causó el daño.

En cuanto a la falta cometida, es posible que la acción (u omisión, de ser el caso) tenga también factores determinantes. Si en el ejemplo de la piedra, ésta fue lanzada sin intención de agredir, la falta es menos grave que si hubiese sido lanzada con intención de causar daño. En el primer caso sería

un caso de negligencia. En el segundo caso hay dolo. Y no se puede juzgar de la misma forma la negligencia que el dolo.

En el caso del reporte equivocado de una obligación a la Central de Riesgos, hay gravedad en el mero hecho del reporte, pero mayor es la gravedad de la falta cuando la institución tiene conciencia de que lo reportado es erróneo y no lo rectifica.

Sin embargo, en cuanto a la gravedad particular de la falta, debemos considerar también los grados de culpabilidad que determina el Código Civil en su Título Preliminar⁸. En el caso de una institución financiera, esa culpabilidad se acrecienta por el especial cuidado que debe tener ésta en el manejo de sus cuentas.

Para graficar otro caso, imaginemos que una persona se queja de que le arden los ojos y pide algo que le calme el ardor. Entonces, otra persona le proporciona un frasco con una etiqueta que dice "gotas óticas", que le empeora la situación.

La palabra "óticas" se refiere al oído, y no es lo mismo que "ópticas", que se refiere al ojo. Esta equivocación que podría llegar a causar la ceguera de la persona que se aplica las gotas, hace responsable a quien se las proporcionó. Pero no será el mismo grado de responsabilidad si quien proporcionó las gotas es una persona rústica con poca educación, o un empleado doméstico, al grado de responsabilidad que tendría un médico, quien no puede confundirse por tratarse de palabras elementales en su profesión.

Finalmente, en un caso de confluencia de daños como el de violación de derechos humanos a Walter Huacón y Mercedes Salazar, encontramos

⁸ Culpa grave, culpa leve, y culpa levísima.

gravedad especial tanto en la falta, que consistió en aplicar la ley fuga a individuos por el mero hecho de conducir en contravía, como en el perjuicio que resultó en dos muertes y la orfandad de los hijos de los fallecidos, y la desintegración de dos familias.

La determinación de la indemnización.-

El tantas veces comentado Art. 2232 del Código Civil nos despeja una duda al respecto del monto de la indemnización que corresponde pagar a quien provoca un daño personal, al mismo tiempo que establece una diferencia en cuanto a la libertad del juez para fijar tal indemnización.

El juicio por daño personal es el único en que el juez puede determinar una indemnización que sea mayor inclusive a la reclamada por el demandante. Esto ocurre por las siguientes razones:

Hemos visto en líneas anteriores los aspectos que debe considerar y analizar un juez a efectos de determinar el monto de la indemnización. A diferencia del daño patrimonial en que es relativamente sencillo determinar este monto, porque se trata de cosas que se encuentran en el mercado, o que si no se encuentran, se pueden arreglar, o puede haber otras similares, el daño personal no es factible determinar mediante medios de prueba, porque la integridad de una persona, ni su psiquis, ni su moral, están en el mercado, ni existen tablas para su determinación.

Si bien en el Código del Trabajo hay tablas para establecer a cuánto asciende la pérdida de la vida o de alguna parte del cuerpo en caso de accidentes del trabajo, eso solamente es aplicable para asuntos laborales. No existe una tabla que indique cuánto cuesta, por ejemplo, el dedo pulgar de la mano diestra. Y sería imposible determinarlo, puesto que la pérdida de ese dedo no significa lo mismo para un mecanógrafo que básicamente lo

utiliza para golpear la barra espaciadora, que puede sin mucho problema ser golpeada por otro dedo, que lo que significa para un cirujano, que necesita ese dedo para sostener el bisturí, instrumento que debe manejarse con suma precisión.

Lo explicado, que se trata, como ya sabemos de la gravedad particular del perjuicio, es uno de los elementos que deben ser tomados en cuenta luego de un concienzudo análisis.

Quizás hayan quienes recuerden que el famoso futbolista Diego Maradona, cuando jugaba en el FC Barcelona, salió en una propaganda televisiva pregonando "dile no a las drogas". Este futbolista perdió en gran parte su buen nombre y reputación cuando se descubrió que era consumidor de las mismas. Para no entrar en mayores discusiones, sino simplemente para aprovechar el ejemplo, recordemos que en nuestro país el mero consumo de drogas no constituye delito, por lo que divulgar que una persona las consume constituye daño moral.

En un caso así, a cuánto ascendería el monto por indemnización en un caso similar. Solo basta pensar en la diferencia de la reputación de Maradona, como persona pública y ejemplo de juventudes, antes y después de que el mundo conociera que era consumidos y adicto a las drogas. Esa diferencia en la reputación es lo que habría que avaluar pecuniariamente.

Es por eso que la norma establece que queda "a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización, atentas las circunstancias", esto es, analizando tanto el perjuicio como la falta.

El vocablo "prudencia" utilizado por la ley, es definido por la Real Academia de la Lengua Española, como "sensatez, buen juicio". Porque al ser imposible establecer referencias, el juez debe acudir a su buen juicio, que es exclusivamente de él, y que puede diferir del juicio de otros, pero es la

prudencia del juez la que se impone, pues es éste, y no otros, quien está encargado de tal determinación.

Tampoco debe el juez recurrir a otros juicios para la determinación de la indemnización, salvo que éstos hayan versado exactamente sobre el mismo tipo de daño, en circunstancias similares.

Y como la determinación de la indemnización es facultad exclusiva del juez, no pueden atribuírsela si el actor, ni el demandado, ni terceros. Por lo tanto, el monto que el actor indique en su demanda para indemnización no llega siquiera a ser una referencia, ni pasa de ser meramente una aspiración. Por este motivo, la cuantía en un juicio por daño personal es indeterminada.

Sabemos que en el caso del daño patrimonial, el juez puede fijar un monto igual o inferior al demandado, si dicho monto se justifica por las pruebas aportadas al juicio.

Pero la facultad exclusiva del juez para determinar la indemnización en el juicio por daño personal, en el que ninguna prueba puede justificar un monto específico, hace que éste sea el único juicio en el cual el juez puede fijar una indemnización que sea incluso mayor a la solicitada, porque, reiteramos, la determinación del monto es su facultad exclusiva.

IV

La demanda judicial

Trámite ordinario.-

No existe en el Ecuador un trámite especial para la demanda civil por daños. Por eso, cualquier reclamación judicial que se haga en ese sentido, debe ser demandada por vía ordinaria⁹. Esta vía es la más lenta y tediosa de todas, puesto que concede al demandado quince días de término para proponer excepciones, e incluso reconvenir al actor.

La reconvencción es lo que vulgarmente se conoce como "contrademanda"; es decir, que dentro del mismo juicio, el demandado "devuelve el golpe; al también plantear una demanda contra el demandante. De esta manera, cuando se plantea una reconvencción, ambas partes pasan a ser demandantes y demandados al mismo tiempo. Sin embargo, para efectos de evitar confusiones, seguiremos refiriéndonos a cada uno en su rol original.

En caso de reconvencción, se concede al actor otro término de quince días, para contestar.

En caso de falta de contestación a la demanda (o a la reconvencción, en su caso) el silencio significará que el demandado está negando la veracidad de los hechos propuestos. Con esto queda claro que legalmente es equivocado el dicho popular que "el que calla otorga". La realidad es que quien calla, niega.

⁹ Código de Procedimiento Civil. Artículo 59.- Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.

La negativa que acarrea el silencio tiene su explicación en el mismo procedimiento civil. Cuando una persona alega algo, es su obligación probarlo. Si no logra probar lo que ha alegado, entonces su alegación no tiene valor alguno. Por eso, el actor está obligado a probar las cosas que ha afirmado en su demanda, a menos que el demandado las haya aceptado expresamente como ciertas.

Si el demandado no se pronunció, igualmente corresponde al actor probar lo que alegó. Y si el actor ha sido incapaz de probar los hechos alegados en su demanda, el demandado debe ganar el juicio aunque no haya actuado prueba.

Si en cambio, el demandado ha negado, y al mismo tiempo ha alegado un hecho positivo, está obligado a probar lo que dijo.

Por ejemplo, si el demandado meramente niega haber causado daño alguno, no tendrá obligación de probar, porque los hechos negativos no son susceptibles de ser probados.

Pero si el demandado afirma, por ejemplo, que no causó el daño porque se encontraba fuera del país, está obligado a probar esa afirmación. Estaría obligado a probar que salió del país antes del daño, y que no regresó sino después de causado el mismo.

Después de que ha transcurrido la etapa de respuesta, o término para proponer excepciones, como ocurre con todo juicio civil, las partes deben ser convocadas ante el juez con el fin de procurar una conciliación entre las mismas. Pese a que siempre será mejor conciliar que litigar, la experiencia nos ha enseñado que los juicios rara vez terminan en una diligencia específica para conciliación.

Una vez que se ha realizado la diligencia de conciliación, el juez abre la causa a prueba. El término de prueba en estos juicios es de diez días. Debe

quedar claro que este término no es fatal para la actuación de las pruebas, sino para la solicitud de que se actúen las mismas¹⁰. Es decir, que durante el transcurso del término de diez días, las partes deben solicitar todas las pruebas cuya actuación consideran necesaria para demostrar sus dichos.

Considero importante esta aclaración porque son muchas las ocasiones en que una de las partes solicita como prueba que se oficie a una entidad determinada para que certifique sobre un acontecimiento. Si la solicitud de actuación de prueba fue hecha dentro del término respectivo, la certificación valdrá, aunque haya sido emitida, o llegue al proceso, después de concluido el término de prueba. Las partes no pueden verse perjudicadas por los actos de terceros.

Oportunidad de la prueba testimonial.-

Pero justamente sobre el hecho de la validez de una prueba efectivamente actuada fuera del término de prueba, existe una divergencia de opiniones acerca de si la prueba testimonial debe necesariamente practicarse dentro del término de prueba, o si se la puede realizar después, siempre y cuando, por supuesto, haya sido solicitada oportunamente.

Sin necesidad de dar una respuesta a esta interrogante, simplemente plantearé situaciones:

En nuestro país es costumbre que los testigos sean personas allegadas de alguna manera a quien solicita la prueba testimonial. Estos testigos son generalmente aleccionados por el abogado respectivo sobre las respuestas

¹⁰ Código de Procedimiento Civil. Art. 117.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

que deben dar a las preguntas, que también son cuidadosamente elaboradas para que la respuesta beneficie a quien solicita esta prueba.

Cuando esto ocurre, es la parte que solicita la prueba testimonial quien se encarga de que los testigos acudan a declarar. La ley ecuatoriana tiene un vacío que provoca que los testigos ni siquiera reciban un citatorio formal, y en muchas ocasiones se los convoca para declarar el último día de prueba. De más estará decir que, por lo tanto, se enteran de su "obligación" de declarar de manera extrajudicial.

En estas circunstancias, por lo general puede esperarse que las respuestas sean parcializadas, sea por ayudar a quien solicitó la prueba, o incluso por interés propio.

Sin embargo, este tipo de declaraciones no es lo que la legislación busca. La ley espera declaraciones de la verdad, dichas de manera imparcial. La declaración de testigos no es un acto voluntario del testigo, sino una obligación que impone el juez a aquella persona que, según las partes, conocen del hecho que está siendo juzgado. Es tal la obligación que en caso de que los testigos no acudan al llamado del juez a declarar, éste puede ordenar que sean llevados por la fuerza pública.

Si uno o más testigos no comparecen al llamado del juez, la única manera en que sería posible obligar a comparecer a un testigo sería en algún día posterior, cuando sea encontrado por la fuerza pública.

Y es posible, que el testigo no haya acudido porque no quería perjudicar a una de las partes, o por algún acontecimiento o caso fortuito que le impidió llegar a rendir su testimonio. En cualquiera de estos casos, la asistencia de la fuerza pública resulta útil para asegurarse que el juez no se prive de escuchar un testimonio que puede resultar fundamental para la resolución de la causa.

Si una declaración de testigos ha sido fijada para el último día de prueba, y algún testigo no comparece, corresponderá, por lo tanto al juez ordenar que la fuerza pública lo lleve a confesar. Entonces nos preguntamos, simplemente ¿cuándo va el juez a notificar a la fuerza pública que conduzca al testigo a declarar?

La respuesta es: por lo menos al día siguiente, cuando el término de prueba ya haya concluido. Entonces ¿sería posible admitir una comparecencia de testigos fuera del término de prueba?

Es la opinión de muchos que no. Mi opinión es que no se debe soslayar la posibilidad de actuación de una prueba, por la culpabilidad, negligencia, o incluso caso fortuito de terceros, sobre todo en casos de daños, en que los testimonios pueden ser fundamentales.

No pretendo extenderme en el análisis de cada uno de los medios de prueba que la ley prevé. Sin embargo, como nos estamos refiriendo a la prueba de los daños, en muchas ocasiones no se consigue estas pruebas con documentos escritos, sino escuchando la declaración de personas que estuvieron presentes durante los hechos que habrían ocasionado los daños demandados.

Una vez que han sido evacuadas todas las pruebas, corresponde al juez pronunciar sentencia. El trámite del juicio ordinario no prevé un momento específico para que las partes puedan alegar, pero sí determina que las partes pueden presentar manifiestos en derecho antes de sentencia.

La sentencia en el juicio ordinario puede ser apelada en todos los casos. Pero no solamente la sentencia. En un juicio ordinario pueden ser materia de

apelación también los autos y hasta los decretos que tengan fuerza de autos.¹¹

Estas circunstancias son las que hacen que el juicio ordinario sea, como lo indicamos atrás, el más tedioso y prolongado de todos.

Cuando se ha apelado de una sentencia en juicio ordinario, el recurrente tiene la obligación, en diez días desde que se le notificó la recepción del proceso por el Superior, de determinar los puntos a los que se contrae su apelación. De no hacerlo, la sentencia debe ejecutarse.

Si el recurrente cumple con la determinación indicada, las partes gozarán de un nuevo término de prueba de diez días. El juicio ordinario es el único que permite la actuación de pruebas en segunda instancia.

Finalmente, aunque la resolución de segunda instancia se supone definitiva, toda acción en juicio ordinario admite la casación de la sentencia, cuando se reúnen las circunstancias determinadas en la ley para el efecto.

¹¹ Código de Procedimiento Civil. Art. 326.- Sin embargo, no son apelables los autos o decretos que no ocasionen gravamen irreparable en definitiva, ni aún cuando condenen en costas y multas... Tampoco son apelables las providencias sobre suspensión o prórroga de términos, las que conceden términos para pruebas, las que manden practicarlas, las que califiquen interrogatorios, las que concedan términos extraordinarios, y las demás de mero trámite.

V**Independencia de la acción civil****Casos previos.-**

Existen criterios que sostienen que para obtener una sentencia condenatoria en lo civil por un delito que ocasiona daño personal, debe primero existir una sentencia condenatoria en lo penal que declare la existencia de tal delito.

Igualmente, existen criterios de que para demandar indemnización por parte de quien ha acusado falsamente de un delito, se requiere la declaración de temeridad, como mínimo.

En ambos casos, se estaría sujetando el derecho a la acción civil a los resultados de la acción penal.

Al respecto, ha habido fallos en ese sentido, como los siguientes:

QUINTO: En anteriores fallos, tanto la Primera Sala, como esta Tercera Sala de lo Civil y Mercantil se han pronunciado en el sentido de que no procede reclamar indemnización por daño moral, ni de daño patrimonial, por haberse presentado una denuncia o acusación en un proceso penal, si tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa, mediante resolución definitiva, esto es en el auto de sobreseimiento definitivo o en sentencia absolutoria (Resolución No. 297-2000, R. O. No. 140 de 14 de agosto del 2000, de la Primera Sala; Resolución 161-02, publicada en el R. O. No. 700 de 8 de noviembre del 2002, de la Tercera Sala).

En tales resoluciones se argumenta que: "El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito

si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si se lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de la denuncia y de la acusación particular maliciosa y temeraria. El Tribunal o Juez de lo penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular ha sido maliciosa o temeraria, según corresponda. Así lo dispone expresamente los Arts. 245 y 248 del Código de Procedimiento Penal". De acuerdo con la ley que trata sobre el daño moral No. 171, en el artículo agregado a continuación del Art. 2258 del Código Civil, "para que el procesamiento injustificado constituya delito y de lugar a la acción de daños y perjuicios o daño moral, requiere que el juez penal califique la acusación o la denuncia de temeraria o maliciosa, sólo entonces estaríamos frente a un caso de un hecho ilícito, de abuso del derecho, y como tal, causa eficiente de la acción por daño moral; sin esta calificación, estaríamos frente a un caso de quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social. Sin el pronunciamiento del juez que califica la acusación, no procede la acción de daños y perjuicios" (jurisprudencia citada).

Nuestro criterio es completamente opuesto, y no necesariamente tenemos que atenernos a criterios equivocados, ni siquiera cuando constan en fallos de casación, porque eso, en lugar de darnos seguridad jurídica, lo único que conseguiría es ahondar en la equivocación en la aplicación del Derecho.

Para efectos prácticos de nuestra explicación recurriremos a un caso que no ocurrió bajo la legislación ecuatoriana, ni bajo el derecho romano, sino bajo derecho consuetudinario, pero que, por su difusión mediática a nivel mundial, resulta excelente como ejemplo. Es el caso de O. J. Simpson, el

famoso jugador de fútbol americano y actor de cine, acusado de asesinar a su excónyuge, y al amante de ésta.

Al enfrentar el juicio penal por asesinato, pese a que muchas pruebas apuntaban hacia él, tales como sus huellas en la escena del crimen, y que la policía lo siguió durante un largo trecho mientras huía de dicha escena del crimen, en una persecución que se transmitió por televisión nacional en Estados Unidos, hasta que finalmente se entregó, Simpson consiguió implantar en los miembros del jurado la duda razonable, que los llevó a un veredicto de "no culpable"; es decir, que no lo declaraban inocente, pero que tampoco habían los suficientes elementos de prueba para declararlo culpable, razón por la cual fue absuelto.

Sin embargo, Simpson después enfrentó un proceso civil por los destrozos que había causado en la escena del crimen. Y el veredicto del jurado fue condenarlo al pago de veinticinco millones de dólares de indemnización.

Si bien este ejemplo, como lo indiqué, pertenece a un tipo de derecho diferente, en un país anglosajón, puede explicarse fácilmente cómo aplica también en nuestro país, con la revisión de nuestra normativa jurídica.

Normas jurídicas relacionadas.-

La jurisprudencia es una fuente del derecho, pero no está por encima de la ley expresa. Si bien resulta apropiado estudiar la jurisprudencia para observar la aplicación de las leyes en casos similares pasados, nadie podrá sostener que tal jurisprudencia debe aplicarse si la misma contraviene normas expresas vigentes.

Para esto, deberemos tener claro que el derecho es dinámico, y sobre todo en los últimos tiempos, las leyes ecuatorianas han sido sujeto de muchos

cambios. Por lo tanto, es posible que fallos jurisprudenciales hayan sido dictados sobre normas pasadas que ya no están vigentes, o incluso, que hayan sido dictados observando otros fallos, cuando la legislación ya ha habido cambiado, en una especie de efecto dominó que puede causar que fallos jurisprudenciales muy antiguos se sigan manteniendo, por falta de actualización de los conocimientos de los jueces.

Nada se puede oponer a las normas de derecho.

Con esta necesaria reflexión, acudamos a lo que dispone el Art. 7 del Código Civil sobre la irretroactividad de la ley, en lo pertinente:

"La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

20a.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir."

Por lo tanto, la legislación sobre la forma de demandar por daños morales, que como ya fue explicado nació en 1984, prevalece sobre todas las anteriores. Además de que se trata de una norma especial sobre la forma de reclamar por los daños personales.

Recordemos que esa norma establece textualmente: "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito...", esto es, que al demandar por daño personal no se está afectando la acción penal, que se la puede ejercer después, y por lo tanto la acción civil no requiere previo pronunciamiento de jueces penales.

Tenemos que la reparación por daño personal se puede demandar cuando el daño es resultado de la acción u omisión ilícita del demandado. No toda

acción u omisión ilícita constituye delito ni es penada. Si seguimos el criterio de que se requiere una previa sentencia penal, llegaríamos a la conclusión de que los actos menores que no son delito pueden ser fácilmente demandados, pero es más difícil obtener indemnización en los casos más graves.

Por otro lado, sabemos que es posible para el acusador, una vez obtenida la condena, obtener la fijación de indemnización de daños y perjuicios directamente por parte de la misma judicatura que hizo tal declaratoria, conforme al Art. 67 del Código Penal, que prescribe que:

"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 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."

De lo que concluimos una vez más que, por un lado, las acciones son independientes, o sea ninguna depende de la otra. Y por otro lado, que en caso de haber atravesado un proceso penal, que declaró la existencia del delito, no es necesario sujetarse a un juicio civil largo. En ese caso, tocaría a quien obtuvo tal declaración demandar simplemente por vía verbal sumaria, que es un trámite distinto, en la forma que dispone el Art. 828 del Código de Procedimiento Civil:

"Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada..."

Lo mismo ocurre con alguien que es acusado maliciosa o temerariamente¹², que puede obtener la fijación del monto de la indemnización, conforme al Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, que en lo pertinente indica:

"Competencia en los juicios de indemnización.- Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

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

a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública, será competente un juez penal diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,

b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente un juez penal distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria."

Es incontrovertible, entonces, que la indemnización en caso de declaratoria de culpabilidad en un delito se demanda civilmente, en vía verbal sumaria; y

¹² Código Penal.- Art. 245.- Calificación de la denuncia y la acusación.- El juez que dicte sobreseimiento definitivo declarará si la denuncia o la acusación particular han sido temerarias o maliciosas.

El condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios.

que en caso de declaratoria de malicia o temeridad, corresponde reclamar la indemnización ante un juez de lo penal.

En otras palabras, cuando existe una declaración en lo penal, que condene al pago de indemnizaciones por daño, la forma para la demanda de esas indemnizaciones no será la del Art. 2232 del Código Civil, sino la manera especial señalada en cada caso.

El juicio ordinario, en que se tramita el daño personal, es principalmente un juicio de carácter declarativo. Sería absurdo intentar obtener una declaración de responsabilidad civil que ya ha sido declarada previamente por otra judicatura, la penal. Por eso, justamente, se acude ante el juez civil cuando tal declaratoria no existe, porque el juez civil no se fijará en si hubo mala intención o no al acusar o denunciar indebidamente. El juez civil tampoco se dejará influenciar por la negligencia del juez penal para proveer. El juez civil, para su resolución declarativa, simplemente debe fijarse en si existió o no daño al demandante, y si tal daño fue causado por el demandado.

Otra disposición del Código Penal que demuestra la independencia entre las acciones penales por delito y las civiles por indemnización, es el Art. 99, que expresa que:

"La amnistía no solamente hará cesar la acción penal sino también la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones civiles".

Claro, esto se refiere a las indemnizaciones civiles que correspondería pagar a quien fue amnistiado. Pero incluso, una disposición ya obsoleta del Código Penal, el Art. 100, determina que:

"La pena se extingue también por declaración de la Cámara del Senado, rehabilitando la honra y estableciendo la inocencia de los condenados injustamente"

Observando que esa norma habla de “inocencia de los condenados injustamente”, entendemos inmediatamente que quienes fueron condenados sufrieron daño personal. Habría resultado absurdo sostener que tales personas no podrían demandar indemnización por vía civil, porque no existía declaración de malicia ni de temeridad de la acusación o de la denuncia, principalmente porque la Cámara del Senado no tenía facultad para hacer tal declaración.

Nuestra normativa es tan expresa en independizar la acción civil por indemnización por daños morales causados a consecuencia de un delito, de las acciones penales por los delitos que han dado lugar a tales daños, que cuando detalla las personas que están especialmente¹³ obligados la indemnización por daños morales, se refiere a quienes cometan delitos de injurias, o lesiones, o delitos sexuales, o abusos de poder.

Sin embargo, no solamente la comisión de delitos puede generar la obligación de indemnización. Esta obligación puede también originarse en actos u omisiones negligentes de las personas; es decir, que si bien no exista intención de causar daño, tampoco ha existido la responsabilidad razonablemente suficiente para evitar o impedir ese daño.

Entre estas cosas están las que nuestra ley denomina sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

Sentido común.-

¹³ Debe quedar claro que el vocablo “especialmente” no es limitante; es decir, que no sólo esas personas están obligadas.

Ni siquiera es necesario acudir a las normas legales que expresamente demuestran la independencia de las acciones. Podemos simplemente recurrir al sentido común, viendo el contexto de la situación.

Recordemos que las acciones por daño prescriben en cuatro años contados a partir de ocurrido el acto ilícito¹⁴.

Y la prescripción no se interrumpe con la presentación de la demanda, sino con la citación de la misma, lo que incluye determinar la residencia del individuo, o manifestar bajo juramento que es imposible determinarla, y citar por la prensa.

Sabemos que la indagación previa por un delito dura un año. Y que el proceso penal incluye varias etapas y admite varios tipos de recursos, incluyendo los recursos de apelación, de hecho, de revisión y de casación, todo lo cual puede dilatar indefinidamente la resolución.

Inclusive, la acción penal puede prescribir por el paso del tiempo.

La etapa del juicio requiere la presencia del acusado, y no se puede continuar sin él, conforme a lo que dispone el Art. 233 del Código Penal:

"Suspensión.- Si al tiempo de dictar el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado dicho auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se presentare voluntariamente, excepto en los procesos penales por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito".

Nuestra legislación, de modo constitucional, ha reconocido la demora en el trámite de las acciones penales, al punto de haberse dispuesto la libertad

¹⁴ Código Civil. Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

para quienes permanezcan presos más de un año sin sentencia condenatoria.

Con estas circunstancias, es fácil deducir que lo más posible es que dentro de cuatro años desde la comisión de un delito, es que el imputado no reciba sentencia ejecutoriada, con lo cual se perdería el derecho a demandarlo civilmente. O que sería necesario que la respectiva autoridad penal algún día lo declare culpable para que recién en ese momento se piense en condenarlo al pago de una indemnización.

Es decir que, siguiendo el criterio de que primero se necesita un pronunciamiento en lo penal para demandar en lo civil, podríamos nunca ser capaces de obtener una indemnización, porque la acción penal “protegería” al delincuente para que éste no tenga que responder por el daño causado.

Si esto fuese así, un prófugo que tiene bienes nunca tendría que responder por los daños. Es por eso que me opongo firmemente a ese criterio. Porque una persona que ha causado daños debe repararlos, independientemente de si sea posible o no capturarlo. Quien causa un daño está obligado con el damnificado, como fue explicado en el primer capítulo de esta obra. Y la obligación, que es civil, es totalmente independiente de la sanción, que es penal.

Otra circunstancia que también nos demuestra la independencia de las acciones es que el responsable de la acción ilícita que provoca el daño personal puede ser tanto una persona jurídica como una persona natural.

En esta obra he mencionado dos casos en los que son responsables personas jurídicas. Uno es el caso de violación a los derechos humanos, en el cual el Estado es responsable. El otro es el caso en que una institución financiera me reporto a la Central de Riesgos. Aunque en ambos casos pudiese determinarse con exactitud la individualidad de quienes cometieron los actos

que causaron daños (porque las persona jurídicas no se mueven por sí solas), eso no le quitaría responsabilidad a las personas jurídicas involucradas.

En el campo penal, por ejemplo, una persona jurídica no puede ser reo de injurias, porque una persona jurídica no puede ir presa, pero sí puede ser reo de daño moral. Esto no significa que el injuriado perderá su acción contra la persona jurídica de la cual emanó la injuria, por ejemplo, de una persona cuyo nombre fue publicado en un periódico como deudor moroso de una entidad financiera.

Y tampoco será necesaria la condena penal contra el representante legal, porque éste no necesariamente habrá tenido conocimiento del hecho ni necesariamente lo habrá autorizado, sino que puede haber sido ordenado por algún funcionario que no ejerce representación legal.

Podemos utilizar también como ejemplo al sistema interamericano de derechos humanos, que es en realidad más civil que penal, porque no puede privar de la libertad a los violadores de derechos humanos, pero sí condenarlos a la reparación pecuniaria y moral a las víctimas. La parte penal está en que, más allá del daño emergente, el lucro cesante y la indemnización por daños personales, este sistema además acostumbra la imposición de indemnización por daños punitivos, una figura que no existe en nuestro país, y que consiste en no quedarse en la mera reparación, esto es, la indemnización pecuniaria por el valor estimado del daño, sino también en un valor adicional como sanción por haber cometido tal daño.

Finalmente, debemos especialmente considerar que la legislación penal nunca se refiere a los daños morales que trata el Código Civil, sino únicamente a los daños y perjuicios, que corresponden al daño patrimonial, lo cual explica aún mejor la inaplicabilidad de la ley penal, por lo menos, en casos de daño personal, y sin perjuicio de los daños patrimoniales.

VI

Confusiones de la clase de daño

Aspectos varios.- Pese a que son figuras totalmente diferentes, pues el daño personal se refiere a seres humanos y el daño patrimonial a cosas, hay muchos puntos en que pueden prestarse a confusiones, tanto de las partes como de los juzgadores.

Una confusión muy común es cuando una víctima de daño personal, relata el daño que ha sufrido, e incluso puede sustentarse correctamente en la legislación por daños morales, pero al momento de expresar “la cosa, cantidad o hecho que exige”, solicita indemnización por daños y perjuicios.

Otro error también común es el que ejemplifiqué en líneas anteriores, en que el demandado explica un daño patrimonial, pero exige el pago por daños morales, sin explicar debidamente en qué forma se encuentra afectado.

En muchos casos, un daño puede abarcar todos los aspectos. Si nos referimos a la violación de derechos humanos contra Huacón y Salazar, encontraremos que hay daño emergente en los costos de los funerales de las víctimas.

También se podría considerar que hay lucro cesante por parte de los deudos por el tiempo que tuvieron que dedicar a todo lo que dicho asesinato generó, y por lo cual no pudieron estar trabajando.

Pero el daño personal no admite la división entre daño emergente y lucro cesante. No existe daño patrimonial en el daño personal propiamente dicho. Porque la indemnización del juez debe reunir todo en un solo monto.

Por ejemplo, para efectos de daño personal, calcular cuánto dinero podría producir una persona que ha fallecido, desde la fecha de su muerte hasta el promedio de su expectativa de vida, no es la manera apropiada de calcular la indemnización por daño personal, porque eso sería una mera estimación pecuniaria de lucro cesante, y no del valor de la persona.

En un caso así, la estimación del lucro cesante sería uno de los componentes del monto final de la indemnización, a lo que habría que agregarle el daño emergente, y lo que se considere apropiado por el daño personal propiamente dicho.

Por otro lado, la mera existencia de daño patrimonial no justifica la reclamación de "daños morales", si no implican un daño a la persona.

En cuanto a las pruebas, muchas veces el daño personal no va a requerir más demostración que la "acción u omisión ilícita del demandado", y no necesariamente que se haya causado un daño. Por ejemplo, una injuria no va a requerir que existan testigos que acudan a decir que tal injuria les hizo dudar de la honorabilidad del demandante. La existencia del daño será suficiente. Pero si el actor sostiene que esa injuria le hizo perder un negocio o un trabajo, deberá aportar una prueba de la existencia de esa posibilidad cierta de negocio o trabajo, y que tal se desvaneció por los dichos del injuriante que causaron duda en la persona con quien iba a contratar. El daño patrimonial siempre requerirá prueba, aunque la acción del demandado haya sido la misma que causó un daño personal que no requiere prueba.

Lo mismo ocurriría en el caso de que el daño recaiga sobre una persona jurídica, que también es susceptible de daño a su moral, así como de daño a su patrimonio.

Un despido intempestivo laboral también puede implicar daño moral¹⁵, pues la situación personal del trabajador cambiaría, más allá de su situación patrimonial que se ve indudablemente afectada, pero cuya indemnización corresponde al Código del Trabajo. Sin embargo, la ley laboral simplemente se fija en la necesidad de trabajo de las personas y en las consecuencias de quedarse cesante, por lo que el ex-trabajador podría recurrir a otras circunstancias, por ejemplo, el maltrato recibido por parte de quien fuera su empleador. En este caso también hay acción por daños morales.

E incluso, si el despido intempestivo ha impedido que el trabajador termine de pagar un bien que estaba adquiriendo a crédito, y que en lugar de adquirir su propiedad el trabajador lo perdió además de tener que pagar costos del juicio, etcétera, podría pedir indemnización por daño patrimonial, siempre y cuando, por supuesto, pueda demostrarlo.

Finalmente, cabe anotar que la gravedad particular del perjuicio y la gravedad de la falta son solamente importantes en los casos de daño personal. En los casos de daño patrimonial la gravedad de la falta cometida y del perjuicio sufrido son intrascendentes porque el juzgador simplemente debe remitirse a las pruebas que demuestren el alcance de los daños, lo cual se expresa en dinero. El juez no puede condenar al pago de un valor superior a lo que las pruebas demuestran.

¹⁵ Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.