

# EL DAÑO MORAL, ANOTACIONES BIBLIOGRAFICAS Y JURISPRUDENCIA CON BREVES COMENTARIOS

Por: Dr. Galo García Feraud

## 1. ANTECEDENTES

1.1. La Doctora Magaly Soledispa Toro, en su artículo sobre "El Daño Moral", publicado en la Revista de Derecho del Colegio de Abogados del Guayas (Enero de 1992), dice: "Ihering afirma que ya el Derecho Romano —en su último estado— consagró varias acciones en defensa y reparación de vulneraciones que afectaban los sentimientos íntimos o del honor".

"Además, los tratadistas dan cuenta que en la antigua legislación española existen conceptos referidos abiertamente al agravio moral y citan al respecto la Partida VII, Libro XII de la Novísima Recopilación".

1.2. El Dr. Carlos Julio Arosemena Monroy entrevistado durante las investigaciones realizadas por el Lcdo. Rolando Panchana, para un trabajo de seminario de la carrera de Derecho en la Universidad Católica, hizo notar las antiguas raíces del tema en el Código Civil.

Al efecto, recordemos:

1.2.1. "Art. 1480.- 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". (Lo subrayado es mío).

Como se vé el Art. 1480 del Código Civil no hace diferencia entre daño material y daño moral.

1.2.2. Los Arts. 2331 del Código Civil Chileno y 2082 del Código Civil de El Salvador, así como el Código Civil del Ecuador desde su Edición de 1860 hasta la de 1960, traen el siguiente texto:

Art. 2348 (Edición 1960).- **Las imputaciones injuriosas contra la honra y el crédito de una persona** no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse **daño emergente o lucro cesante**, que puedan apreciarse en dinero. Pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se produce la verdad de la imputación". (Lo subrayado y paréntesis son míos).

El Código recogió así el daño moral impuro o de consecuencia patrimonial, pero admite la exceptio veritatis.

1.2.3. Art. 2241 del Código Civil Ecuatoriano.- "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".

"Art. 2256.- 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".

En los artículos citados (2241 y 2256) no se distingue entre daño material y daño moral.

**1.2.4. El Dr. Juan Larrea Holguín en el Tomo VI, Ultimas Reformas, de su obra "Derecho Civil del Ecuador" (1970), primera edición, paginas 249 y 250 dice:**

"Finalmente el Art. 2348 debe ser variado en forma fundamental. Este artículo actualmente no da derecho para demandar indemnización pecuniaria por las imputaciones injuriosas contra la honra y el crédito de una persona, salvo que se pruebe daño emergente o lucro cesante, pero ni aún entonces tiene lugar la indemnización si se prueba que la imputación es verdadera".

"Sugerimos que tales imputaciones sean indemnizables económicamente por diversas razones, entre ellas la que dice relación con el temor más acentuado que ciertas gentes tienen para responder por su irresponsabilidad con dinero efectivo que con una eventual y dudosa pena de prisión, la misma que hasta puede eludirse sea con maniobras judiciales, sea con un profugio de corta duración; luego porque la imputación injuriosa contra el crédito y honra de una persona se ha vuelto en los actuales tiempos una arma casi común, que por reducida punición es esgrimida con abusos. Se considera además que las injurias contra la honra y el crédito de una persona sean o no verdaderas, ya que en el primer caso, el imputado puede haber purgado su deshonor y haberse vuelto una persona honrada y respetable, y tiene derecho al honor y a la dignidad que la Constitución de la República garantiza, en forma amplia".

"Por demás una imputación calumniosa que antes, cuando se editó el Código Civil, pudo reducirse al escándalo de un pequeño grupo, ahora, por la celeridad de los medios de comunicación, el volumen destructivo adquiere caracteres alarmantes. Muchas legislaciones han comprendido el problema en su punto justo y además de las sanciones penales han agregado las indemnizaciones económicas que en algunos países se traducen en cantidades considerables. Por lo expuesto sugerimos que el Art. 2348 diga: "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derechos para demandar indemnizaciones pecuniarias no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral".

1.2.5. La reforma contenida en la Ley N° 256 C.L.P., publicada en el Registro Oficial N° 446 de junio 4 de 1970, atendiendo la recomen-

dación del Dr. Juan Larrea Holguín, **ordena el nuevo texto del antes Art. 2348** ahora Art. 2258, en los términos sugeridos por **el** connotado **trata-**distista, tal como se cita en el apartado inmediato anterior.

1.2.6. Posteriormente, en 1984, el Dr. Gil Barragán Romero, como Diputado propone al Parlamento la expedición de una ley que se refiera al tema y la fundamenta en las siguientes razones:

"Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido, y solamente una disposición legal faculta reclamar por perjuicio moral, cuando hay lesión contra la honra o el crédito de una persona".

"Sin embargo numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación, quedan sin posibilidad efectiva de reparación".

"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; el rapto, violación, estupro o seducción a una mujer, la muerte de un ser querido, que son algunas de las muchas situaciones que no ha previsto la ley para este efecto".

"Un daño estético puede ocasionar a una mujer dificultad para contraer matrimonio, para citar un ejemplo, sin que el costo de médico y la clínica por el ofensor, reparen un daño que puede durar la vida entera. Hay quienes creen que la indemnización en dinero de daños no patrimoniales es absurda, porque los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incorporables, y que jamás pueden indemnizarse en metálico estos bienes morales, pues no se puede poner precio al dolor o los sentimientos; pero las legislaciones, cada vez más, consideran la reparación sobre daños morales. La indemnización no representa en estos casos equivalencia sino compensación o satisfacción".

"La indemnización hasta ahora, según nuestra ley, solamente tiende a hacer desaparecer el daño, o restablecer en el patrimonio **de la** víctima lo que se le sustrajo o disminuyó. Pero no puede quedar sin sanción

un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro y que es irremediable, cuando consiste en algo que no puede rehacerse, como cuando se mata a una persona, se le hace perder un brazo, se destruye una obra de arte. En el Código del Trabajo hay una extraña tarifa para resarcir a los trabajadores víctimas de accidentes de trabajo o a su familia, que no cubre nunca el daño moral. Un eminente tratadista usa una expresión popular, similar a la que es tan conocida en nuestro país, para sintetizar el significado de la indemnización por daños morales. "Las penas con pan son menos".

1.2.7. La Ley N° 171, publicada en el Registro Oficial N° 779 de julio 4 de 1984 dice:

Art. 2.- A continuación del Art. 2258, agréganse los siguientes:

"Art. ... 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 con 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".

"Art.... La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la **muerte**

exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine *pretium doloris*; el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: *en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño*".

2.4. Federigo Puig Peña, en su ensayo titulado "Daños y Perjuicios" constante de la página 218 del Tomo VI de la "Nueva Enciclopedia Jurídica" de la Editorial Seix, expone:

"... también dijimos que era daño el mal o lesión causado en las personas, bien en su libertad, en su salud, su honra, etc. ¿Deberán ser propiamente éstos considerados como indemnizables? Esta es la debatida cuestión de la reparación del daño moral: los tratadistas han polemizado, quizá por exceso, sobre la indemnización de la pecunia doloris; pero parece ser que en la moderna doctrina se ha llegado a una distinción particularmente exacta. Se ha distinguido, efectivamente, entre aquellos daños morales que representan en definitiva un interés económico -llamados también daños morales indirectamente económicos- y los daños morales *strictu sensu*. Sobre los primeros no hay problema; la doctrina general entiende que deben ser resarcibles".

"Los tratadistas discuten: la tesis que niega la indemnización se apoya en las razones siguientes:

- 1.- La imposibilidad de establecer una relación entre el daño moral y su equivalencia económica.
- 2.- Que, admitida la reparación, tendría ésta más bien el carácter de pena que de indemnización".

"La tesis afirmativa sostiene que aquella imposibilidad no es absoluta, por cuanto, como quiera que la determinación del daño no es otra cosa que la valoración de las modificaciones producidas en nuestro goce, si con el dinero no se puede devolver el bienestar moral anterior, si pueden, sin embargo, obtenerse con él nuevos goces que compensen aquellos que fueron arrebatados por la conducta injusta. En cuanto al segundo argu-

mento, se dice que si la ley ordena el resarcimiento de los daños causados en el patrimonio, no debe exceptuar los causados al patrimonio más sagrado, que es el patrimonio moral".

"Sin embargo, la doctrina parece distinguir entre daños morales causados a consecuencia de culpa extracontractual y daños morales derivados del incumplimiento de un contrato. En los primeros la generalidad de los tratadistas se inclinan por su indemnizabilidad. En cambio, en los segundos insisten los autores en negarles base para su reparación".

2.5. Roberto H. Brebbia en su obra "El daño moral", págs. 67 y 68 dice:

"A menudo se caracteriza el daño material diciendo que es el ataque a los derechos patrimoniales, y el daño moral, el ataque a los derechos extrapatrimoniales. Esta caracterización es, a nuestro juicio, errónea: la distinción no depende de la índole de los derechos que son materia del acto lesión a un derecho patrimonial puede ocasionar no solamente un daño material, sino, también, uno moral, en cuanto moleste a una persona en el goce de sus bienes; del mismo modo, el ataque a un derecho no patrimonial —v. gr., el honor— puede producir, y a menudo produce, no solamente un perjuicio moral, sino también uno material, si el desprestigio o la deshonra del afectado determina la frustración de beneficios económicos esperados (pérdida de un contrato, etc.). Es importante, por consiguiente, no confundir esta distinción con la aludida clasificación de los derechos, a fin de no incurrir en error en otras materias vinculadas con el daño moral".

2.6. Alfredo Orgaz en su obra "El Daño Resarcible", págs. 38 a 42, explica:

"El daño material, en suma, es simplemente el que menoscaba el patrimonio, como conjunto de valores económicos y que, por tanto, es "susceptible de apreciación pecuniaria"; en esta categoría se comprenden los perjuicios producidos en los valores patrimoniales ya existentes, como también, según dijimos, los que afectan las facultades o aptitudes de la persona, consideradas como fuentes de futuras ventajas económicas (vida, salud, integridad física, belleza corporal, etc.); e inclusive los que resulten de la lesión del honor o de los sentimientos, en la medida en que ella repercute sobre la capacidad de trabajo o sobre la atención de los negocios. A la inversa, cuando el acto ilícito no comporta por sí ningún menos-

cabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas, se tiene un daño moral o no patrimonial. En síntesis, el daño patrimonial consiste en el menoscabo del patrimonio en sí mismo, sea en sus elementos actuales, sea en sus posibilidades normales y previstas".

2.7. Eduardo Bonasi Benucci, en su obra "La Responsabilidad Civil" N° 19 , pág. 81, citado por Leslie Tomaselio Hart, expresa que el concepto de "daño extrapatrimonial" Loro distingue entre "daño moral" y "daño no patrimonial".

"El daño moral representaría la turbatio animi, es decir, una condición transitoria de sufrimiento somático o psíquico sin alteración orgánica funcional; mientras que el daño no patrimonial consideraría también la compromisión de la integridad física, que no tiene, sin embargo, repercusión patrimonial sobre el sujeto". "El daño moral sería, según el susodicho estudioso, una parte de una categoría más vasta de "daño extrapatrimonial", por lo cual distingue entre "daño no patrimonial subjetivo" (representado por la aflicción, angustia, preocupación, sufrimiento por la muerte de un pariente o bien el dolor físico o psíquico), y "daño no patrimonial objetivo" (representado según los ejemplos del antes citado autor, por el perdido socorro, afectivo y moral, del cónyuge difunto, especialmente en la educación de la prole, o por algunas expresiones de daño estético, etc.)".

### **III.- LO ANTIJURIDICO Y LO ILICITO CIVIL Y PENAL.-**

a) Alfredo Orgaz en su obra "El Daño Resarcible", págs. 17 y 18, dice: "que son actos lícitos los que están consentidos por el Derecho y que se hallan tutelados por éste; y que, por el contrario, son ilícitos los actos, positivos o negativos, contrarios a la ley, que importan una invasión en la esfera jurídica de otra persona y que, por consiguiente, determinan alguna sanción legal. De igual modo, podemos adelantar que son actos o situaciones ilícitos, no solamente los delitos criminales y civiles y los cuasidelitos, sino también, por ejemplo, los actos de incumplimiento *de* las obligaciones convencionales".

b) Eduardo Novoa Monreal en su obra "Curso de Derecho Penal Chileno", explica:



"Comprobado que una conducta no guarda la debida conformidad con las exigencias del Derecho, lo que concretamente sucede cada vez que lesiona o pone en peligro un bien jurídico determinado, hemos de tenerla por injusta o antijurídica. De este modo la antijuricidad aparece como la contradicción existente entre una conducta y el ordenamiento jurídico".

c) Leslie Tomasello Hart, en su obra "El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual", págs. 221 y 222, agrega:

"Pero los actos antijurídicos admiten clasificaciones, de las que cabe destacar a la que distingue los actos ilícitos penales y civiles. Los primeros son "los que llevan consigo un atentado que afecta al interés social y público o, lo que es igual, una violación en la esfera penal (actos punibles), y los segundos son los que sólo contienen una violación de la ley civil (actos ilícitos civiles)". En otras palabras, el concepto genérico e indiferenciado que hasta aquí hemos dado de ilicitud, "cuando es recogido por los ordenamientos jurídicos parciales, adquiere nuevas notas o rasgos que permiten individualizarlo dentro de cada orden particular. Así, el derecho penal y el derecho civil recogen el concepto de ilicitud teniendo en vista preferentemente una de las consecuencias eventuales de ella, la punibilidad en el orden penal, el resarcimiento en el orden civil. Estos dos órdenes del Derecho, en efecto, se ocupan de lo ilícito a los fines de la responsabilidad del agente, responsabilidad que existe cuando éste debe ser condenado a sufrir una pena, según la ley penal, o a indemnizar el perjuicio, según la ley civil".

d) En esa línea, Alfredo Orgaz, ob. citada, pág. 24 a 29, añade:

"Con este fin concreto de la responsabilidad los dos órdenes parciales del Derecho, el penal y el civil, agregan a la ilicitud objetiva el requisito subjetivo de la culpabilidad, en cuanto para que sea posible jurídicamente la aplicación de la pena o la obligación de resarcir el daño, se necesita, en principio (porque hay casos excepcionales de responsabilidad sin culpa), que el sujeto ha obrado con una cierta conciencia de la antijuricidad de su acto".

"Los dos elementos señalados, la ilicitud y la culpabilidad, son comunes a lo ilícito penal y a lo ilícito civil; la diferencia que los distingue y los separa está dada por un tercer elemento particular a cada uno;

lo ilícito penal punible **requiere, además, la tipicidad; lo ilícito civil, el daño privado**".

"De lo que queda expuesto se desprende **que puede haber delito penal que no sea civilmente ilícito, por no existir daño privado; o bien, puede haber ilícito civil que no lo sea penalmente, por falta de tipicidad; pero, en muchos casos, el acto ilícito lo será simultáneamente para la ley penal y para la ley civil: en todos los casos en que el acto contrario a derecho y culpable corresponda a una de las figuras definidas por la ley penal y haya causado un daño a alguien**".

"En definitiva, y como síntesis de los conceptos que anteceden, pueden establecerse las siguientes definiciones del acto ilícito penal y del acto ilícito civil: el primero es todo acto contrario a derecho, culpable y que se halla subordinado a un tipo previamente configurado por la ley; el segundo es todo acto contrario a derecho, culpable y que ocasiona un daño privado".

#### **IV.- EL DERECHO AFECTADO EN EL DAÑO MORAL Y LA MORALIDAD DE LA INDEMNIZACION.**

a) Roberto Brebbia, ob. citada, págs. 67 y 68, plantea el tema de la siguiente manera:

"De todas las clasificaciones que se formulan de los daños reconocidos por el Derecho, es, sin dejar lugar a la menor duda, la más importante, la distinción que se efectúa teniendo en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo violado, o, lo que es lo mismo, del bien jurídico menoscabado".

La otra doctrina, explica, "no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si esta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza, patrimonial o no, del derecho lesionado; y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial".

b) Alfredo Orgaz, en su obra citada, págs. 222 a 224 reafirma esta tesis con el siguiente comentario:

"Esta segunda acepción es, a nuestro juicio, la correcta, **porque si lo** que se quiere clasificar es el daño resarcible, no hay por qué atender **a la** naturaleza de los derechos lesionados, sino al daño en sí mismo, esto **es, a** los "efectos" o consecuencias de la lesión".

"Con este concepto, es perfectamente lógico que una acción ilícita, aunque no hay afectado sino un derecho o un bien jurídico de la víctima, pueda ocasionar a ésta —y a menudo ocasione— ambas clases de daños, conjuntamente".

"No hay, por consiguiente, más que un daño moral en sentido propio, o sea, el que los escritores del primer grupo llaman "puro"; en cuanto al supuesto daño moral con repercusión sobre el patrimonio, se trata del daño patrimonial indirecto".

c) Por su parte, Eduardo Bonasi Benucci, en su obra "La Responsabilidad Civil", pág. 81 se pronuncia así:

"Daños no patrimoniales son los daños morales puros, aquellos que no producen directa ni indirectamente detrimento patrimonial económicamente valuable y consisten en la injusta perturbación producida en el estado anímico del damnificado. Tal orientación parece postular una distinción entre los daños morales puros y los que no lo son, admitiendo la posibilidad que existan daños morales que aún produciendo una efectiva perturbación en el estado de ánimo del damnificado, ocasionen aunque sólo sea indirectamente detrimentos patrimoniales económicamente valuales".

d) Sergio Fuenzalida, en "Aspectos Fundamentales sobre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual", ha advertido:

"Es menester no confundir el daño moral con el valor económico de la vida humana o de la integridad de las aptitudes **de una persona para el trabajo y la producción**".

"La indemnización del daño moral debe reparar **exclusivamente** el dolor o afección psíquica, pero no la disminución de carácter patrimonial".

e) En la línea de estos criterios es oportuno citar al Dr. Enrique Galli, que en su ensayo "Agravio Moral", Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, pág. 604 y 605 enfoca el subtema de la siguiente manera:

1.- "El agravio moral ha sido definido de distinta manera, atendiendo al criterio con que se encara el problema y sin que las definiciones heterogéneas impliquen posición encontrada de los autores".

"Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica".

"Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley".

2. "El primer concepto, implica que el ataque a los bienes del patrimonio configura daño material o patrimonial. En cambio, el ataque a un derecho no patrimonial, ataque a la integridad corporal, al honor, la reputación incluida la de la familia, a la libertad, violación de un secreto concerniente a la parte lesionada, etc. produce agravio moral".

"Esta segunda posibilidad, no desconoce que las lesiones a los derechos no patrimoniales, trasciende, en muchas ocasiones, al patrimonio de la víctima (el ataque a la reputación de un profesional que reduce su clientela y merma los ingresos normales). En tal caso se habla de "agravio moral con repercusión patrimonial". El concepto del párrafo 1 responde a la noción de agravio moral puro".

3. ..."el Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considerara impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria. Correlativamente con esta concepción, quedó configurada la figura del agravio moral. El desmedro de los bienes materiales ocasiona daño patrimonial. El ataque a los bienes inmateriales, configura agravio moral".

4. "Los bienes materiales no suponen siempre para el titular exclusivamente valor patrimonial; lo tendrán de ordinario, en tanto constituyen expresión económica de riqueza, pero la casa familiar, mantenida a través de generaciones, los muebles y elementos del ajuar con preponderante valor afectivo, no representan para el titular la medida de riqueza equivalente al valor venal de su cotización en plaza. Asimismo la persona que tiene especial interés por su vocación artística o exigencias sentimentales de asistir a una representación habiendo adquirido a ese efecto la entrada y luego no puede presenciarla porque el empresario ha cedido su localidad a otro, no ha de tener resarcimiento adecuado por el incumplimiento de que es víctima, con el reintegro del precio pagado y sus intereses, ni podría conformarse con saber que sólo su patrimonio ha quedado afectado y es lo único que tiene protección jurídica".

"A su vez un ataque a la integridad corporal que desfigura el rostro de una artista o de una modelo, será ordinariamente agravio moral porque la integridad física no se considera bien incluido en el patrimonio, pero será ataque al patrimonio y daño material, en cuanto frustra o reduce retribuciones económicas por razón del desmedro sufrido en su belleza o en su conjunto estético".

5. "Frente a estas comprobaciones de consecuencias afectivas de un daño material y de perjuicios económicos de un agravio moral, se prefiere la definición que atiende a los efectos y no a los bienes afectados".

f) Enrique Galli además comenta:

"La acusación de Gabba: "Me parece escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha sido muerto", permite la respuesta de Giorgi (Teoría de las Obligaciones, Tomo 5, Parágrafo 238):

"Nadie duda que aquel a quien se ha robado o matado un asno, obtiene resarcimiento integral del daño; mientras tanto, a quien se roba o mata la libertad, el honor, la tranquilidad, el pudor, no se le debería nada. La inmoralidad, el escándalo estarían más bien en no reparar los agravios producidos, dejando sin defensa los valores más caros al individuo". Y ha agregado Minozzi, que más repugnancia debe causar no proteger la libertad de la persona por no llevar un ataque al patrimonio, que disminuir el patrimonio para atender el ataque llevado a la persona".

"Aún dentro del marco estrictamente **moral, expresa** Galli, la supuesta inmoralidad de cobrarse en dinero el honor, el afecto o la reputación, se desvanece cuando, como lo autoriza **el Código polaco, la suma** fijada a título de satisfacción se asigna a la institución benéfica que la víctima indica".

g) Para concluir el subtema recordamos que el art. 1599 del Código Civil, edición 1970 textualmente ordena:

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y **el** lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptuáanse los casos en que la ley la limita al daño emergente".

En la Ley N<sup>2</sup> 171 de 1984, el art. lo. ordena un nuevo inciso final para el referido artículo, con el siguiente texto:

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

Esto revela que según nuestra ley en la indemnización de daño moral no se cuenta el rubro de lucro cesante, siguiendo las observaciones doctrinarias antes transcritas. Además, algunas demandas propuestas para defender el honor, sustituyendo lo que antes se hacía por medio del duelo sujeto al Código de Cabriñana, han adoptado voluntariamente el sistema polaco, anunciando que toda indemnización será destinada para uso de instituciones de servicio o beneficencia.

## **V.- ELEMENTOS DEL DAÑO INDEMNIZABLE**

Tomo este Subtítulo del artículo de la Dra. Magaly Solesdipa Toro y reproduzco sus explicaciones en los siguientes párrafos:

"a.- Certeza del daño.- El daño debe ser cierto; ha de superar la mera posibilidad de que el daño exista".

"b.- Relación de causalidad entre el delito o cuasidelito y el daño causado. El daño debe emerger como consecuencia directa **de la afectación**

del derecho subjetivo de la víctima. La doctrina ha insistido que el responsable no puede estar obligado a resarcir más que las consecuencias no patrimoniales que él ha causado con su acto; y no las demás que se hayan derivado fortuitamente, aunque sea con ocasión de este acto. Por tanto, como daño moral no procede reclamar daños patrimoniales derivados del mismo hecho, salvo que se intente acción por separado, para este efecto".

"c.- El daño debe ser personal del accionante.- Nadie puede reclamar por los daños irrogados a un tercero; ésta es una acción personalísima. En el caso de las personas jurídicas, será su representante legal quien reclame por estos daños. No cabe la subrogación ni la cesión de derechos litigiosos de daños morales. Esto se debe a que el resarcimiento del daño moral es aún más personal que el daño patrimonial, como lo ha dicho Orgaz".

"Además, hay tratadistas que señalan como característica del daño extrapatrimonial indemnizable "el obrar humano o acción", la "culpabilidad" y la "frustración de la indemnizabilidad".

"En la ley 171 se ha recogido, en su mayor parte, los elementos señalados por la doctrina. En efecto, la ley ecuatoriana no sólo exige la certeza del daño, sino que, para que éste proceso, requiere que SE HALLE JUSTIFICADA POR LA GRAVEDAD PARTICULAR DEL PERJUICIO SUFRIDO Y DE LA FALTA".

Es decir, que si el daño moral no alcanza este carácter —de grave— no procedería la indemnización".

"La relación de causalidad es otra característica que también se encuentra incorporada a nuestra ley". "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícitas del demandado".

"Es que, como ha insistido la doctrina, el responsable no puede estar obligado a resarcir más que las consecuencias no patrimoniales que él ha causado con su acto, y no las demás que se hayan derivado fortuitamente aunque sean con ocasión de este acto".

"Ahora, la Ley se refiere no solamente a las acciones ilícitas como fuentes del daño moral sino también a las omisiones. Y no basta la **exis-**

tencia de una omisión, sino que ésta, para dar lugar a la indemnización, **también tiene que ser ILICITA**".

"La inconclusión de la OMISION ILICITA como fuente de este tipo de indemnización constituye una novedad. La doctrina más bien ha venido señalando como característica del daño moral indemnizable EL OBRAR HUMANO O ACCION. Inclusive, los tratadistas incorporan este elemento al concepto mismo del daño moral. Es posible que en la práctica ocurra que una omisión ilícita de lugar a un grave daño moral. En todo caso, es preciso apuntar que la ILICITUD en las acciones u omisiones como elemento determinante del origen de las obligaciones por daños morales, fue incorporada en el curso del debate que precedió a la aprobación de aquella ley. Quizá simples omisiones puedan ser fuentes más evidentes de daños morales; pero la ilicitud de las acciones tiene su razón de ser aunque restringe las eventualidades indemnizatorias".

"El daño moral, en nuestro país, sólo puede ser reclamado por la víctima o su representante legal. En el caso de las personas jurídicas, también será su representante legal quien ejerza la correspondiente acción. A manera de excepción, la ley prevé, para el caso de imposibilidad física de la víctima, que sea además el cónyuge o un pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, quien, a nombre de la víctima ejercite la acción respectiva; y, para el caso del daño moral originado en la muerte de la víctima, que sean sus derechos habientes, quienes reclamen esos daños, como es obvio".

Esto último resulta destacable, porque marca un factor que subraya la especificidad y autonomía de la pretensión indemnizatoria por daño moral, en tanto revela la posibilidad de que quien no es representante legal, parte o acusador particular, pueda reclamar la indemnización causada por el daño moral en virtud de lo dispuesto en la nueva disposición.

## **VI.- EL DAÑO MORAL LO VALORA EL JUEZ DISCRECIONALMENTE.**

a) En la sentencia de primera instancia del juicio civil por daño moral seguido por el Doctor R.N.B. contra el Abg. F.L.M., el Juez Séptimo de lo Civil de Guayaquil Abg. Jorge Echeverría Murillo, recuerda una conferencia del recientemente fallecido Fueyo Lanieri, en conferencia



ofrecida en esta ciudad en 1968 con ocasión del homenaje a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de Guayaquil por el centenario de su fundación (conferencia recogida en la Revista de dicho Centro de Estudios) sobre el tema "El daño extrapatrimonial y su indemnización, especialmente en materia contractual" dice: "Prefiero, pues, la solución de la sentencia chilena recién citada, acorde con la naturaleza de las cosas, que diferencia justamente uno y otro daño en tantas cosas. Reproduciré las palabras pertinentes en este fallo: "La apreciación pecuniaria del daño moral debe considerarse por entero entregado a la apreciación discrecional del Juez, pues dada su naturaleza es inconcluso que no puede y no requiere ser acreditada".

b) En sentencia de tercera instancia de 5 de mayo de 1988, en el juicio seguido por la señora G.S. de L. con el patrocinio del Dr. Carlo Julio Arosemena Monroy, contra F, la Tercera Sala integrada por los doctores Jaime Velasco Dávila, Kléber Manrique Terán y Abdón Calderón Yáñez, págs. 397 hasta la 400 de la Gaceta Judicial N<sup>o</sup> 2 de Serie XV, al respeto dice lo siguiente:

"Entre las normas agregadas a continuación del Art. 2258 del Código Civil, aparece la de indemnización pecuniaria, a título de reparación a favor de quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta; que 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 atenta las circunstancias previstas en el inciso primero de ese artículo innumerado".

c) En la transcripción anterior he subrayado la palabra "reparación" que la Ley, la jurisprudencia y la doctrina mencionan para establecer la diferencia con el concepto "compensación", pues la indemnización por daño moral no busca lo compensatorio. Transita entre la reparación no compensatoria y la sanción.

d) La doctora Magaly Soledispa Toro, artículo citado, pág. 13 de la Revista de Derecho, Enero de 1992, **agrega el siguiente comentario:**

"Entre nosotros, la Ley 171 deja a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización ATENTAS LAS CIRCUNSTANCIAS siguientes:

- a.- La gravedad del perjuicio sufrido; y,
- b.- La gravedad de la falta.

De esta manera, nuestro Legislador ha querido conciliar los criterios subjetivistas y objetivistas, a fin de que la discrecionalidad otorgada al Juez, se vea informada suficientemente a la hora de fijar la cuantía de la indemnización. Por tanto, corresponde al actor introducir adicionalmente, elementos probatorios que justifiquen estas circunstancias".

## **VII.- DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.-**

El Dr. Miguel Hernández Terán, en su obra "La Responsabilidad Extracontractual del Estado", págs. 101, 102 y 103, en el Parágrafo "Perjuicios Morales", explica:

"Una nueva interrogante que inunda a quien tenga una dosis mediana de curiosidad jurídica es si cabe indemnizar también los perjuicios morales. Creo que sí, por las siguientes razones:

a) La Ley no ha distinguido. Y como sabemos, donde la Ley no distingue no cabe al intérprete distinguir. Considero que esa no distinción ha sido sabia y voluntaria, de tal manera que si ese género de perjuicios aparecieren, sean también objeto de reparación.

b) Nadie debe dañar a otro. Si ha habido daño, éste debe indemnizarse, no importa del tipo que sea.

c) La Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de daños morales, publicada en el R.O. N<sup>2</sup> 779 del 4 de julio de 1984, sentó ciertas reglas que tienen, en mi concepto, perfecta aplicabilidad a nuestra materia. Dicho sea de paso que su aplicación no envuelve una desnaturalización jurídica ni un estiramiento injustificado de los conceptos consignados en esa Ley Reformatoria".

"Si los daños morales" son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita y aún lícita, tratándose de las entidades que menciona el ar-

título 20 de la Constitución Mítica, ¿cuál el impedimento para plantear la acción de indemnización? Ninguno. Si los servicios públicos o el actuar de los funcionarios o empleados del Estado y más entidades del sector público son capaces de producir en un caso concreto, perjuicio moral, éste es perfecta, racional y jurídicamente indemnizable".

Debo subrayar en forma muy marcada, que en caso de que se produzcan daños morales, dada su especial naturaleza, debe cumplirse estrictamente la regla establecida en el segundo artículo innumerado agregado luego del 2258, que trata de las personas que pueden accionar por ese tipo de daños. Siendo esta regla una norma especial relativa a los daños morales, prevalece sobre el artículo 2242".

### **VIII.- "DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL"**

a) Leslie Tomasello Hart, escribe su importante tesis, publicada por Editorial Jurídica de Chile año 1969, de la cual (págs. 33 y 36) extraemos el desarrollo central de su planteamiento, desde luego sostenido también por otros autores:

"Es efectivo que el daño causado por el incumplimiento de una obligación preexistente como por la comisión de un delito o cuasidelito —puesto que todo lo que digamos es extensivo también a los daños que originan responsabilidad extracontractual— puede ser material y también moral y que dentro de éstos podemos distinguir daños de orden puramente moral y otros de orden material que sean consecuencia de la depresión moral sufrida por el ofendido. Esta última distinción es algo que corresponde completamente a la realidad, pero, dentro de un orden de concepción jurídica, ello no nos autoriza para distinguir estos dos tipos dentro del concepto de daño moral, sino que nos obliga a decir que el daño moral con consecuencias pecuniarias es un daño de orden patrimonial, ya que el daño no se divide en patrimonial y extrapatrimonial, atendiendo a sus orígenes, sino a sus efectos, o como dice Demogue. (René Demogue, "Traité des Obligations en General", Tomo IV, N<sup>o</sup> 403, Pág. 45)": "Para saber si hay daño moral no es preciso mirar el bien atacado, sino la naturaleza del perjuicio penal". No es posible entonces, dentro de un estricto rigor lógico, distinguir entre el daño moral y puro y el con consecuencias pecuniarias, aunque esta situación obedezca a los hechos reales. En este sentido, el segundo tipo de daño moral debe simplemente asimilarse a la noción de daño patrimonial y, si se quiere, entrar a distinguirlo dentro de

él, como lo hace, por ejemplo, Alfredo Orgaz, quien lo considera como un daño patrimonial "indirecto", a diferencia de aquel que recae directamente sobre las cosas o bienes que componen el patrimonio y que él denomina "directo". Tanto es así que, la mayoría de los autores que niegan la indemnización del daño moral, salvan el caso de aquel que tenga repercusiones en el patrimonio del ofendido, ya sea en el caso de responsabilidad contractual como extracontractual, diciendo que en ese evento sí cabe la indemnización".

"...en materia de responsabilidad contractual sí que esta distinción alcanza un realce práctico mayor, pues precisamente basándose en ella es que muchos autores aceptan la indemnización del daño moral en materia contractual, pero sólo respecto de aquél que denomina daño moral con consecuencias pecuniarias. Igual fenómeno podemos manifestar que se ha observado en la jurisprudencia de muchos países, es decir, primero se ha aceptado la indemnización del daño moral sólo cuando él tiene repercusiones para el afectado, para llegar después a aceptarse respecto del llamado daño moral puro y que nosotros creemos es la única especie de daño moral. Esta última circunstancia la destacaremos al referirnos al Derecho Comparado sobre nuestro tema. Por lo demás, en nuestra propia jurisprudencia, el primer fallo que aceptó la indemnización del daño moral en materia contractual, se refirió precisamente al daño moral en el sentido que repercutía en la actividad de trabajo y, por ende, en las facultades económicas. Ha sido ésta una zona más por donde la indemnización del daño moral se infiltra en la responsabilidad contractual, para llegarse hoy a aceptar la indemnización de toda especie de daño moral, tenga o no consecuencias en el patrimonio del afectado. Pero lo que nosotros queremos dejar establecido es que también en materia contractual consideramos que las consecuencias pecuniarias del daño moral deben ser indemnizadas a título de daño material y no moral; también en este orden creemos que la indemnización del daño moral debe reparar el dolor o afección de orden psíquico, pero no las disminuciones de carácter patrimonial, cuya indemnización debe discutirse dentro de los daños indemnizables a título de daño material".

b) En el mismo sentido, el Dr. Enrique Galli, Tomo I, Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 607, dice lo siguiente:

"Se ha visto que aún el incumplimiento de obligaciones de origen contractual puede ocasionar un agravio moral tanto más, después de ad-

mitido que en las obligaciones no es esencial que la prestación tenga valor patrimonial, pero la reparación del agravio moral no está universalmente admitida. La mayoría de los códigos no la permite".

"La admisibilidad de la reparación del agravio moral en el incumplimiento contractual arranca de aquella concepción. Si el objeto de la obligación no necesita ser patrimonial, el Derecho no puede dejar sin protección al aspecto moral del incumplimiento. La generalidad de los contratos persigue un fin económico, pero el interés pecuniario no es un presupuesto necesario del contrato. Se celebran convenciones en vista de la tranquilidad, la salud física y moral, la consideración personal, etc.".

"Las razones invocadas para extender la responsabilidad en los actos ilícitos a la protección del agravio moral, impone acordarla en igual medida en el incumplimiento contractual, cuando el acreedor celebró el contrato precisamente para asegurarse la ventaja no patrimonial, que luego no le es cumplida".

## **IX.- LEGISLACION DE VARIOS PAISES.-**

a) En el trabajo monográfico del Lcdo. Rolando Panchana, se citan las disposiciones de diferentes Códigos Civiles de países americanos sobre el tema se discute en doctrina sobre la moralidad de la indemnización y la manera de restringir la indemnización atendiendo, entre otros aspectos, a su moralidad.

Los artículos traídos por el Lcdo. Panchana son los siguientes:

Venezuela - "Artículo 1196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada".

Perú – "arts. 1992.- Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible".

"art. 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia".

"art. 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

México - "Artículo 1916.- Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, en aquella muerte, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, que pague el responsable del hecho. Esa indemnización no podrá exceder de la tercer parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el Art. 1968".

Argentina - "Artículo 1078.- La obligación de resarcir los daños causados por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima".

Guatemala - "Artículo 1656.- (Difamación).- En caso de difamación, calumnia o injuria (220) la reparación se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron".

Bolivia - "Artículo 994.- (RESARCIMIENTO).-

I.- El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.

II.- El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la Ley.

III.- El Juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento al fijarlo, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo".

b) Enrique Galli, págs. 609, 610, 611 y 612, Tomo I, **Enciclopedia Jurídica Omeba**, entre otras, cita las siguientes legislaciones:

"Francia.- La legislación francesa no contiene ninguna disposición especial. La doctrina admite la reparación del agravio moral en los actos ilícitos por aplicación del artículo 1382, que **se refiere** a la obligación de indemnizar todo daño causado por culpa, sin limitar la protección a los daños patrimoniales, ni autorizar una interpretación restringida.

También se conoce en los supuestos de responsabilidad contractual.

El criterio favorable a la admisión no sólo ha determinado las decisiones de los tribunales, sino que también ha llegado a tener acogida en los fallos del Consejo de Estado".

"Italia.- El Código de 1865 contenía una disposición semejante al artículo 1382 del Código Francés. La interpretación daba lugar a apasionados debates, acerca de si en la expresión daño cabía no sólo el perjuicio patrimonial, sino también el agravio moral.

El Código de 1942 ha puesto fin a la contradicción. Según el artículo 2059, el daño no patrimonial, sólo debe ser resarcido en los casos determinados por la Ley, al parecer únicamente tratándose de delitos penales, por ser los que lo establecen.

Ni los actos ilícitos civiles ni el incumplimiento de los contratos que no configuren delitos penales, pueden dar lugar a la reparación del agravio moral; tampoco las violaciones a la ley penal que no constituyen delitos".

"España.- El artículo 1902 del Código Civil reproduce el texto genérico que obliga al autor imputable a reparar el daño causado.

La jurisprudencia ha podido entender y mantener la interpretación de que queda incluida en él la reparación del daño moral".

"Alemania.- El llamado dinero del dolor se concede en los supuestos de ataque al cuerpo o la salud y de privación de libertad y, en especial, en favor de la mujer víctima de delitos contra las costumbres, u obligada a una cohabitación extraconyugal, **mediante engaños, amena-**

zas o abuso de una relación de dependencia (artículo 847). El artículo 1300 también se refiere a la reparación reconocida a la novia irremediable, que ha concedido cohabitación a su prometido".

"Suiza.- El artículo 28 del Código Civil acuerda acción para obtener el pago de una suma de dinero a título de reparación moral, en los casos previstos por la ley, pero éstos resultan asegurados con gran amplitud".

"Polonia.- El Código polaco de obligaciones, de 1934, al ocuparse de la reparación en general, dispone que, independientemente de la reparación del daño material, se puede demandar una satisfacción por el perjuicio moral en los casos previstos por la ley (art. 157) y estos casos se relacionan con determinados actos ilícitos (lesiones corporales, en la salud, privación de libertad o ataque al honor, art. 165), no con el incumplimiento de las obligaciones (arts. 239 y sigs)".

La reparación es debida en dinero (art. 159) y puede acordarse a la institución que la víctima indique como beneficiaria de su importe (art. 165)".

"China.- Según el art. 18 del Código Civil, la reparación moral sólo puede ser reclamada por quien sufre un ataque ilícito en los derechos inherentes a su personalidad, en los casos específicamente previstos por la Ley".

"Inglaterra y Estados Unidos de América.- El derecho no escrito que impera en ambos países admite la protección de bienes fuera de los patrimoniales y sanciona el ataque llevado contra los mismos, pero se advierte que siempre reviste gravedad y perfila una figura delictiva. La reparación tiene así un sentido punitivo o penal".

"Brasil.- Por lo pronto, no tiene lugar en el incumplimiento contractual. Para los actos ilícitos, las disposiciones son concretas: dote a la ofendida por heridas que ocasionan deformación física, o a la ofendida en su honra (arts. 1538 y 1548), indemnización, cuyo contenido no se precisa en los demás crímenes de violencia sexual (art. 1549), indemnización del doble de la multa que constituye el máximo de la pena criminal, en



los casos de injuria o calumnia (art. 1547). Asimismo, en el pago de cosas que no se pueden restituir, se computará el valor de afección (art. 1543)".

## X.- COEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.-

a) Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra "De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno", Segunda Edición, Tomo I, pág. 28, trae el siguiente criterio:

"La responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasi-delictual civil pueden coexistir respecto de un mismo hecho. Ello ocurre - y a menudo- cuando el delito o cuasidelito de donde derivan es a la vez civil y penal, porque ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro y está penado por la Ley. Tal es el caso del ladrón, que, a más de la pena que le corresponde por su delito, debe restituir la cosa robada y reparar todo el daño causado, y del que hiera a otro por imprudencia temeraria, quien, aparte de la pena a que es acreedor por su cuasidelito, debe indemnizar a la víctima. En tales casos, el autor del hecho es responsable criminal y civilmente. Por eso, proceden en su contra dos acciones: la penal, para imponerle el castigo que merezca, y la civil, para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización del daño causado (art. 30 C.P.C.)".

b) Don Antonio Quintano Ripollés, en el Tomo VI de la "Nueva Enciclopedia Jurídica" de la Editorial Seix, pág. 211 y 212, advierte: "...si los conceptos de lesión jurídica y daño son cómodamente diferenciables, lo son mucho menos los de daño civil y penal, cuya esfera de acción es tantas veces difusa y hasta coincidente, por tener una referencia patrimonial y naturalística. En t<sup>o</sup>edo, es menester la concurrencia de los tres elementos mínimos para que el daño exista en Derecho:

- a) El objetivo de que el bien sea de los jurídicamente protegidos.
- b) El subjetivo de la atribución mediata o inmediata a una persona capaz; y,
- c) El de relación de causalidad dolosa o culposa".

"Los tres se dan lo mismo en la hipótesis civil que en la penal, o al **menos en** muchas de ellas. En realidad del daño jurídico, así elemental-

mente caracterizado, al titular del bien lesionado adquiere el valor abstracto de destinatario de una norma jurídica, la que dimana de un inmemorial precepto jusnaturalista cristalizado en el artículo 1902 del Código Civil: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Tenedor de dicho valor, el dañado posee, pues, un verdadero derecho subjetivo que, procesalmente considerado, lo define CHIOVENDA cual "una voluntad de ley subjetivada", esto es, considerado desde el punto de vista de aquel que puede reclamar la actuación. Para ejercitarlo, se le ofrece una doble vía: la del proceso civil y la del criminal, ambas posibles, pero de naturaleza bien diversa, y su elección, aunque en la práctica sea muchas veces caprichosa, debiera obedecer también a un criterio más objetivo y formal. Y ello no solamente por la obvia consideración de que el Derecho aborrece todo capricho, sino en razón de las anómalas prácticas procesales a que el actual dualismo puede conducir, por ejemplo, cuando los titulares del daño son distintos y optan por jurisdicciones diversas".

#### **XI.- "INDEPENDENCIA DE AMBAS RESPONSABILIDADES" (AUTONOMIA DE LA ACCION CIVIL).-**

a) Lo explicado por Quintano Ripollés revela que éste tema es uno de los más discutidos y que genera mayor preocupación.

b) Alessandri Rodríguez, en su obra citada, Tomo I, págs. 33 y 34, con el epígrafe que me he permitido reproducir para el presente numeral XI, expone su criterio que puede ser traído a nuestra realidad jurídica, aunque remate su tesis con referencias legales que no tenemos en el Ecuador.

Cito:

"Entre la responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil hay, pues, una separación e independencia manifiestas. Esto se debe a que provienen de causas diversas y persiguen finalidades también diversas. Mientras la responsabilidad penal deriva de una acción u omisión penada por la ley y sólo persigue el castigo del culpable, la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil tiene por causa, el daño injusto causado a la persona o propiedad de otro y su único objeto es reparar ese daño".

"Esta separación **de ambas responsabilidades está expresamente** reconocida por nuestra legislación positiva, como lo demuestran las diferencias antes anotadas y muy especialmente los arts. 2314 C.C. y 30 C.P.P.: aquél, al disponer que el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito, y el otro, al establecer que de todo delito nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado".

"En el estado actual de nuestra legislación no cabe, por tanto, confusión ni asimilación posibles entre la responsabilidad penal y la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, cuanto más que una y otra están regidas por reglas muy distintas".

"De ahí que la Corte Suprema haya podido decir con razón que la responsabilidad civil derivada de un cuasidelito civil se rige por el Código Civil y no por el Código Penal, por cuyo motivo es inaplicable el art. 410 de este último en la regulación de los perjuicios causados por un cuasidelito civil, y la Corte de Tacna, que cuando se ejercita la acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad civil de un cuasidelito civil, no hay para qué tomar en cuenta las disposiciones del Código Penal y lo único que debe averiguarse es si hubo negligencia por parte de la persona responsable".

c) En la anteriormente citada sentencia del Juez Ab. Jorge Echeverría Murillo, citando a Meza Barros, encontramos en el considerando Quinto lo siguiente:

"Punto fundamental del asunto que aquí se resuelve resulta la competencia del juzgado para conocer el caso, pues, se trata de una solemnidad sustancial de cuya omisión se apareja nulidad procesal total de lo actuado. Entonces, volviendo a la introducción del presente considerando, recurramos al conocimiento práctico en la materia del profesor chileno Ramón Meza Barros, quien en su manual de Derecho Civil, Tomo II, Sexta Edición bajo el subtítulo "Competencia de los Tribunales", explica: "Ante el Juez Civil deberá necesariamente deducirse la acción cuando el delito o cuasidelito revisten un carácter puramente civil. Del mismo modo, deberá interponerse la acción ante el Juez Civil cuando la acción penal se

haya extinguido, por ejemplo, por muerte del autor. Pero si el delito cuasidelito es civil y penal a la vez (tal cual ocurre en el presente caso), en principio, puede el actor elegir entre la justicia civil y la justicia criminal". Es decir que esta opción del demandante toma inclinación según persiga el castigo corporal del autor o la reparación del daño moral acusado".

d) El recordado Profesor doctor Víctor Lloré Mosquera en la Revista IURIS N° 2 1966 - Cuenca, en su artículo titulado "El Proceso Penal y la Acción Civil Generada por el Delito, págs. 53 hasta la 69, trae los siguientes comentarios y jurisprudencia:

d.1.- "Y así, las legislaciones, según las épocas y según los requerimientos de esa importante fuente del Derecho que es la costumbre de los pueblos, su querer jurídica como diría algún tratadista, han optado diferentes regímenes: el de la separación jurisdiccional absoluta que prohíbe de manera terminante al fuero penal avocar conocimiento de las cuestiones civiles nacidas del delito; el de interdependencia que prescribe que la acción civil ha de hacérsela valer una vez que el fuero penal haya declarado la responsabilidad del sindicado; el de la solidaridad de las acciones civiles y penal que permite ejercer, a la vez, ante el fuero penal, las dos acciones".

d.2.- "Por fin, aún al hacerse valer separadamente las dos acciones surgen complejos problemas por la eficacia refleja de la sentencia ejecutoriada del fuero civil sobre la acción del fuero penal y viceversa.

Con respecto a todos estos problemas, especialmente en lo que concierne a la posibilidad de que el Juez penal conozca de la acción civil reparatoria que dimana del delito, la legislación procesal penal ecuatoriana nada prescribe en forma concreta y manifiesta vacíos que constituyen campo propicio para la aplicación indebida de la norma, su errónea interpretación y la práctica viciosa de Tribunales y Juzgados".

d.3.- "La autonomía o independencia de la acción civil que emana del delito con respecto a la acción penal se halla reconocida en Ecuador tanto en los viejos moldes del Derecho Privado como en las normas de orden público".

**"El art. 2331 del Código Civil estatuye 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". La indemnización debe ser decretada por el fuero civil; la sanción impuesta por el fuero penal, naturalmente, produciéndose así la separación de jurisdicciones".**

**d.4.- "El art. 30 (ahora 17) del Código de Procedimiento Penal, a su vez, ratifica la autonomía cuando reglamenta el efecto probatorio que las sentencias ejecutoriadas del fuero civil tienen para las decisiones del fuero penal y viceversa.**

**Si la sentencia es absolutaria, en cambio, tiene fuerza de cosa juzgada con respecto a la acción civil. Y esto es antitécnico porque no se encuentran en cada una de las dos acciones los elementos o presupuestos indispensables para configurar la cosa juzgada: identidad de personas, bienes y acciones. No subjetiva porque el damnificado no fue parte en el proceso penal; no objetiva porque la finalidad de la acción penal, de carácter eminentemente público, se encamina hacia la imposición de la pena mientras el propósito de la acción civil es de orden estrictamente patrimonial; no de acciones, porque la civil y la penal son enteramente heterogéneas o disímiles por razones obvias".**

**d.5.- "No es, pues, como se puede observar de esas posibilidades, ni práctico ni doctrinario otorgar a la sentencia absolutoria del fuero penal un efecto probatorio único, unilateral como el contenido en el segundo inciso del Art. 30 (ahora 17) del Código de Procedimiento Penal.**

**Para evitar estos conflictos, precisamente, viene en ayuda el sistema o régimen de la solidaridad de las acciones civil y penal que dejando el ejercicio de la acción civil ante el fuero civil sólo para determinados casos o suposiciones, permiten que se hagan valer acumulativa y contemporáneamente las dos acciones ante el Juez penal.**

**Consagrada como se encuentra la autonomía de dichas acciones, podría quedar expedita la vía civil al damnificado sólo para los casos en los que no le sea posible ejercitar su pretensión reparatoria ante el juez Penal, como en los supuestos de extinción de la acción penal, suspensión indefinida de su trámite por motivos o causas legales u otros semejantes.**

Manzini así lo enseña también cuando comenta en su magistral Tratado de Derecho Procesal Penal que "hay **que tener** presente además que, en el caso de la acumulación **de la** acción civil con la penal, **no se** trata ya de una prórroga de competencia homogénea o de una absorción de una competencia inferior, en la superior, sino de una atribución absolutamente excepcional de competencia impropia, condicionalmente al ejercicio de la competencia principal y propia.

Es por tanto racional que cuando desaparezca el ejercicio de ésta, que justifica la atribución excepcional de aquella, pierda el Juez Penal ipso jure la competencia civil y no pueda decidir en mérito a la acción civil, no conexas a la acción penal; acción civil que podrá no obstante proponerse válidamente en los casos procesales, ante el Juez Civil".

d.6.- "Jurisprudencia: Fallo dictado por la Sala integrada por los doctores Francisco Páez Romero, Julio Tobar Donoso, Nicolás Augusto Maldonado, C. Paz González y Víctor F. Orellana R., el 5 de febrero de 1965, con los siguientes considerandos:

"1o.- los hechos ejecutados por una persona en contravención de las leyes y que infieren daño a otra, como los delitos y cuasidelitos, son fuentes de obligaciones civiles, según el Código Civil. Las acciones civiles por indemnización de daños y perjuicios, generalmente deben proponerse ante los Jueces Civiles correspondientes. Por excepción y siguiendo la regla de que el Juez de lo principal es Juez de lo accesorio, por disposición de los Arts. 115 y 303 del Código de Procedimiento Penal, (ahora 331), se prorroga la jurisdicción del Juez del Crimen, a quien se le atribuye competencia para resolver sobre las reclamaciones relativas a daños y perjuicios, que se funden en sentencia condenatoria, cuando esa reclamación se presentare contra el responsable de la infracción, o en sentencia absolutoria contra el acusador temerario; 2o.- Para que el Juez del Crimen pueda conocer de la reclamación civil de daños y perjuicios, se requiere, pues, que el derecho de la parte se haya declarado en la sentencia condenatoria o absolutoria, de manera que, el juicio verbal sumario que ha de seguirse en cuaderno separado, tenga por objeto, no declarar un derecho que ya se estableció, sino comprobar los daños y perjuicios reclamados, liquidarlos y hacerlos efectivos; 3o.- Para la intervención del Juez del Crimen en esa clase de reclamaciones es, pues, condición indispensable que haya intervenido un acusador particular a favor o en contra de quien se declare la existencia **de daños y perjuicios. En las causas seguidas solamente con**

la intervención del Ministerio Público no puede existir la condena al resarcimiento de perjuicios, porque el reclamo sólo puede hacerlo quien lo sufrió o un procurador con poder suficiente; 4o.- La persona que, a causa de un delito, ha sufrido daños, tiene derecho a comparecer ante el Juez Civil respectivo para demandar ordinariamente que se declare su derecho a cobrarlos, cuando no ha comparecido en el juicio penal como acusador, puesto que no habiendo sido materia de discusión en este juicio, nada podía resolverse sobre ese daño y no podía producirse la prorrogación legal del Juez del Crimen. No hay fundamento legal alguno para negar al que ha sufrido un daño el derecho de demandar la indemnización correspondiente, si ese daño es fuente de obligación civil, que es extensiva aún a los herederos del que lo causó. Presentarse como acusador particular en un juicio penal reclamando la sanción para un delincuente, es derecho que puede ejercer la víctima, sus parientes y aún terceras personas. Si nadie quiso aventurar a los resultados del juicio penal, no por ello ha desaparecido la obligación de resarcir los daños que causó el autor del delito, obligación que debe ser declarada por el Juez Civil ante quien se reclame".

e) Juicio ordinario seguido por E.C. vda. de A. contra la Empresa C.S. Cía. Ltda., págs. 394 a 401, Gaceta Judicial N° 2, Serie XIV:

e.1.- Primera Instancia.- Se demanda por cuasidelito civil, por muerte de la hija por impacto de un martillo que cayó desde una construcción, en hecho acaecido en julio de 1976. La parte demandada, entre las excepciones plantea la incompetencia "por cuanto la indemnización, en caso de haberla, debe ser tramitada ante el Juez de lo Penal". El Juez Sexto Provincial Dr. Vicente Rendón Aguilar, en sentencia de enero de 1980, en su considerando Cuarto, expresa:

"...De allí que, cuando un hecho ilícito es infracción penal y ha causado perjuicios, el Juez de lo Penal sería el competente para reprimir el ilícito, imponiendo una pena, y ordenar la reparación del daño privado; si el ilícito no es infracción penal, sólo el Juez de lo Civil es el único competente para decretar la reparación del daño. De autos no existe constancia de que el ilícito sea de carácter penal, por lo que la competencia del suscrito Juez se encuentra radicada. En consecuencia, se desecha la excepción de incompetencia planteada por los demandados".

El Juez partió del criterio de que éste cuasidelito civil no significaba además homicidio culposo o inintencional.

NOTA.- Cuestión importante: en el fallo de primera instancia, el Juez acoge el criterio de Valencia Zea para valorar el daño causado en estos casos: "...se condena a la compañía de responsabilidad limitada a pagar por intermedio de sus representantes legales a la señora, la suma correspondiente a cuatro años de remuneraciones o sueldos que percibía la fallecida, cantidad limitada a lo ordenado por el Art. 390 del Código del Trabajo, aplicable al caso por analogía, según lo ordena el numeral 7o. del Artículo 18 del Código Civil".

e.2.- Sentencia de segunda instancia, dictada en marzo 31 de 1982, por la Sala integrada por los doctores Maximiliano Blum Manzo, Jorge Hernández Maldonado y Bolívar Vergara Acosta, desecha la excepción de incompetencia y declara la validez procesal, porque no hay declaratoria previa de delito doloso o culposo.

e.3.- Tercera instancia.- Sentencia dictada por la Sala integrada por doctores Jorge Hugo Rengel, Byron Maldonado Torres y Carlos Pozo Montesdeoca. El considerando Cuarto textualmente dice:

"Que no existe incompetencia del Juzgado de lo Civil como alegan los demandados, en la primera excepción que deducen separadamente. El fundamento de ésta dilatoria radica, según los demandados, en que es menester que la evidencia del delito o cuasidelito se determine previamente en el correspondiente proceso penal. Y, que, sólo en base del fallo condenatorio procede reclamar la indemnización de daños y perjuicios ante el propio Juez de lo Penal. Esta teoría es inaceptable, según el Art. 1480 del Código Civil, las obligaciones nacen entre otras causas, "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos".

En el caso se trata de un cuasidelito por mediar negligencia de parte de los responsables; pues según Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga: "...en el Derecho antiguo francés se consideró que había cuasidelito cuando había negligencia de parte de su actor, y en esta forma pasó el concepto al Derecho Francés". Y, de este Derecho pasó al Código Civil Chileno redactado por Andrés Bello, y de éste al Derecho Civil Ecuatoriano.



La responsabilidad por tales daños, deriva sencillamente **de haberse** perpetrado un delito o un cuasidelito. Consiguientemente es una acción autónoma, independiente de otra acción civil o penal".

f) La Dra. Magaly Solesdipa Toro, en su artículo citado, pág. 9 de la Revista de Derecho del Colegio de Abogados del Guayas, enero de 1992, cita un artículo innumerado (Ley 171) y comenta:

"Art. Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulen otras leyes".

"La Ley deja en claro que para demandar la indemnización de daños morales, es indiferente que exista o no sentencia condenatoria en materia penal, laboral e incluso civil; que se trata de una acción completamente diferente e independiente".

"En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico franquea la posibilidad de que la víctima de un delito o cuasidelito de los allí determinados, opte por la indemnización de daños y perjuicios o de trabajo, según el caso, o por ambas a la vez".

g) Una sentencia de tercera instancia de agosto de 1983, constante de las páginas 905 y 906, de la Gaceta Judicial N° 4 de la Serie XIV, se pronunció por la prejudicialidad y competencia del Juez Penal para la indemnización (no se habla de daño moral) cuando ha precedido la acusación particular, de lo que, a contrario sentido, significa que tal prejudicialidad no hay si no media una querella.

El fallo dice así:

"Es incuestionable que el Art. 2241 del Código Civil, al declarar que quien ha cometido un delito o un 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, establece una norma jurídica general que debe complementarse, en aquel caso -delito- con las disposiciones legales pertinentes de los Códigos Penal y Procesal Penal. En efecto, los Arts. 52 del primero y 296 del segundo -anterior al vigente. Más adelante invocaremos las normas legales del actual- que, en su orden, expresan: toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación soli-

daria de pagar los daños y perjuicios, contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal propósito y en caso de sentencia condenatoria la acción por daños y perjuicios, cuando se haya reclamado mediante acusación particular, no suspenderá la ejecución de la sentencia y se ventilará ante el Juez de la causa, en juicio verbal sumario y en cuaderno separado, manteniendo la unidad procesal, dan competencia al Juez de lo Penal para conocer del reclamo relacionado con los daños y perjuicios, provenientes de la comisión de un delito".

## **XII.- LA CUESTION PREJUDICIAL.-**

a) La cuestión prejudicial no tiene un tratamiento uniforme y único para todos los casos. La solución no está dada por una sola regla, por ejemplo y en vía de comparación podemos referirnos al caso de la falsedad material de instrumentos públicos de los que se ha dado copias. Aparte del factor limitante que significa referirnos sólo a la falsedad material, con lo cual se excluyen los casos de falsedad intelectual, la jurisprudencia por regla general ha indicado que la prejudicialidad señalada en el art. 184 del Código de Procedimiento Civil sólo es imperativa si se ha iniciado el juicio civil.

El art. 184 del Código de Procedimiento Civil dice:

"Si se demandare la falsedad de un instrumento público, el Juez procederá a comparar la copia con el original, y a recibir las declaraciones de los testigos instrumentales.

Practicadas estas diligencias y cualesquiera otras que el Juez estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad se correrá traslado de la demanda y seguirá el juicio por la vía ordinaria.

En caso de declararse falso un instrumento, en la misma sentencia se ordenará el enjuiciamiento penal del culpable sin que se pueda iniciarlo antes de tal declaración".

b) Ratificando antiguos criterios de fallos de la Corte Suprema, se puede citar el reproducido en las páginas 452 y 453, Tercera Sala, Año 1979, Tomo II, Segunda Serie, Diccionario de Jurisprudencia del Dr. Galo Espinoza, en el cual se lee:

"De estas disposiciones legales se deduce lógicamente que el ejercicio de la acción penal depende de una resolución previa de la justicia civil: a) En los casos expresamente determinados por la ley; b) cuando se ha demandado, antes de iniciar el juicio penal, la falsedad de un instrumento público en el fuero civil; y, c) cuando las cuestiones prejudiciales competen exclusivamente al fuero civil".

c) Como parte de las investigaciones realizadas por el Lcdo. Rolando Panchana solicitó la opinión a distinguidos penalistas de la ciudad, los cuales se pronunciaron por la prejudicialidad, por lo menos para el mayor número de los casos a que se refiere la Ley N° 171. Cito entonces los dictámenes en sus partes principales:

c.1.) El Dr. Edmundo Durán Díaz resumió su opinión así:

"Mediante la Ley reforma de 1984 (RO 779, de 4 de julio de 1984) se establecieron también, como fuentes de la obligación de indemnizar el daño moral, los siguientes casos:

- 1.- Los que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación.
- 2.- Quienes causen lesiones
- 3.- Quienes causen violación, estupro o atentado al pudor
- 4.- Los que provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios
- 5.- Los que provoquen procesamientos injustos
- 6.- Los que provoquen sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes".

"De los casos enumerados, constituyen delitos los tres primeros; los tres restantes no están tipificados en el Código Penal".

"Cuando se trata de delitos, considero que solamente los órganos jurisdiccionales penales tienen competencia para declarar su existencia o su inexistencia. Ahora bien, como el delito es la fuente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, materiales o morales causados por la infracción, necesariamente debe esperarse que el órgano jurisdiccional penal dicte sentencia condenatoria declarando que el delito ha existido y quienes son sus responsables. Dicho de otra manera, mientras no haya la sentencia condenatoria penal, no ha nacido la fuente de la obligación".

"Para los demás casos previstos en la ley reformativa, que no constituyen delitos, no existe este impedimento, porque la fuente de la obligación puede probarse en el mismo juicio civil. En consecuencia, puede plantearse la demanda en cualquier momento".

c.2.) El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel expresa su criterio así:

"Como sabemos la indemnización tiene como fin la compensación por los agravios inferidos. Apreciemos que el consagra un presupuesto de procedibilidad para la reclamación por daño moral, expresando que es procedente "si tales daños son el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado".

"El Juez competente para determinar el resultado de la acción u omisión ilícita, y en este caso de un delito doloso o culposo, es única y exclusivamente el Juez Penal. Solamente el Juez Penal tiene competencia para precisar la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor de ese daño. Posteriormente la demanda por indemnización de daños y perjuicios deberá ser conocida por el mismo Juez de lo Penal".

"No es verdad que se ha reformado al procedimiento y creado uno suigéneris, de manera que bien pueden los Jueces de lo Civil conocer demandas por daño moral, pues debe comprobarse previamente el delito doloso o culposo, y posteriormente ante el mismo Juez de lo Penal se formula la reclamación por daño moral, que es una compensación pecuniaria".

"Lamentablemente las reformas han traído confusión al punto de que se han presentado reclamaciones por daño moral acudiendo directamente a los Jueces Civiles cuando debió respetarse la prejudicialidad penal al ejercicio del cobro de la compensación. El Art. 329 del CPP expresa que, "los daños y perjuicios serán pagados así mismo, en forma solidaria por todos los condenados contra quienes se haya reclamado mediante acusación particular".

"La reclamación directa por daño moral, ante un Juez de lo Civil es inconstitucional, porque fractura el discurso de la legalidad del debido proceso y la presunción de inocencia, pues con tal tesis se acude por ejemplo ante un Juez de lo Civil y se reclama daño moral por violación, sin que exista dictada previamente la condena por violación".

"Reconocemos que los códigos modernos tienden a la privatización de muchos conflictos, siendo uno de ellos el que surge por el delito de injuria y/o calumnia, de manera que el ofendido opte por la vía civil **de reclamar** daños y perjuicios, PERO tal reforma legal aún **no se ha dado en el Ecuador**. Se debe respetar la prejudicialidad penal a la reclamación de daños y perjuicios aún en el caso de daño moral".

d) Un juicio específico, civil y de daño moral, sentenciado en tercera instancia, fue el propuesto por la Sra. O de B contra el Dr. A.D.V. En este caso la actora invocó "difamación", lo cual figura en el primer caso dentro de los clasificados por el Dr. Durán Díaz, en la opinión antes citada. El Juez de primera instancia, en los resultados menciona el concepto difamación y finalmente acoge la demanda. En segunda, la Cuarta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, integrada por los Drs. Manuel Viteri Olvera, Otto Koppel Carrasco y Rodolfo Alvarado Mora, declaran válido el proceso y desechan la demanda porque los vocablos utilizados por el doctor A.D.V. no tienen propósitos peyorativos. La Quinta Sala de la Corte Suprema de Justicia, integrada por los doctores Luis Muñoz Falconí, Wladimiro Villalba Vega y José Antonio Baquero de la Calle, en sentencia de 10 de octubre de 1991, señalando que la actora sostuvo que el Dr. A.D.V. había incurrido en una "injuria perpetrada con premeditación, alevosía y temeridad", niega que el demandado haya ofendido a la accionante y desecha la demanda. Como se aprecia, es esta una jurisprudencia que recae sobre un caso de demanda de daño moral fundado en supuesta difamación, que es tramitado como procesalmente válido en todas las instancias.

e) La sentencia anterior respalda así el criterio de la autonomía de la acción civil, que ha sido generalmente acogido por los Jueces Civiles y algunos Ministros de la Corte Superior de Justicia.

f) Finalmente, remitir el caso del daño moral a un juicio verbal sumario ante Juez Penal viola la prohibición contenida en el art. 75 del Código de Procedimiento Civil que dice:

"Se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria".

En efecto, el juicio de daño moral requiere de juicio ordinario y de tres instancias, lo cual es sustancialmente diferente del juicio de indemnización de daños y perjuicios ordenado en los artículos 52 del Código Penal y 331 del Código de Procedimiento Penal, por las siguientes razones:

f.1.) Por la materia: los daños y perjuicios previstos en el art. 52 del Código Penal incluyen daño emergente y lucro cesante. El daño moral sólo se refiere al daño y excluye el lucro cesante como lo señala el art. 1 de la Ley 171 (art. 1599 del Código Civil).

f.2.) El trámite de daño moral es ordinario (art. 63 del Código de Procedimiento Civil), mientras el juicio por daños y perjuicios derivados de sentencia penal condenatoria es verbal sumario (art. 331 del Código de Procedimiento Penal).

f.3.) El juicio de daño moral es independiente (sin perjuicio dice la Ley), por cuerda propia, separada, y, el derivado del juicio penal es accesorio (de cuaderno separado, no cuerda separada).

f.4.) El juicio de daño moral es de tres instancias. El juicio indemnizatorio compensatorio derivado de lo penal es de 2 instancias (arts. 354 del Código de Procedimiento Penal).

f.5.) No se puede dividir la categoría estructural del juicio de daño moral señalando un trámite para unos casos y uno diferente para otros casos.

g) Si esto admite discusiones, esperemos el mejoramiento de la ley o por lo menos el esclarecimiento del pleno de la Corte Suprema de Justicia.