



UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CUENCA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR CIVIL AL DETERMINAR EN  
SENTENCIA UN DAÑO MORAL Y EXPEDIR LA INDEMNIZACIÓN  
MONETARIA A FAVOR DEL DEMANDANTE**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE  
LA REPÚBLICA**

**AUTORA: VIVIANA MICHELLE BACULIMA QUITO**

**DIRECTOR: MGS. FABIÁN SANTIAGO PALOMEQUE PESANTEZ**

**CUENCA - ECUADOR**

**2022**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**

*Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo*

**UNIDAD ACADÉMICA CIENCIAS SOCIALES**

**CARRERA DE DERECHO**

**LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR CIVIL AL DETERMINAR EN  
SENTENCIA UN DAÑO MORAL Y EXPEDIR LA INDEMNIZACIÓN  
MONETARIA A FAVOR DEL DEMANDANTE**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE  
LA REPÚBLICA**

**AUTORA: VIVIANA MICHELLE BACULIMA QUITO**

**DIRECTOR: MGS. FABIÁN SANTIAGO PALOMEQUE PESANTEZ**

**CUENCA - ECUADOR**

**2022**

**DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO**

# DECLARATORIA DE AUTORIA Y RESPONSABILIDAD



Universidad  
Católica  
de Cuenca

## DECLARATORIA DE AUTORIA Y RESPONSABILIDAD

CÓDIGO: F – DB – 34  
VERSION: 01  
FECHA: 2021-04-15  
Página 1 de 1

### Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

**VIVIANA MICHELLE BACUILIMA QUITO** portador(a) de la cédula de ciudadanía N.º **010639745-8**.

Declaro ser el autor de la obra: **"LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR CIVIL AL DETERMINAR EN SENTENCIA UN DAÑO MORAL Y EXPEDIR LA INDEMNIZACION MONETARIA A FAVOR DEL DEMANDANTE"**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas.

Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **26 de octubre de 2022**

**Viviana Michelle Bacuilima Quito.**

C.I. **010639745-8**

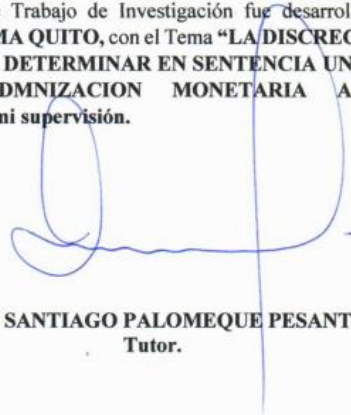
# CERTIFICADO DEL TUTOR



Cuenca, 26 de octubre de 2022

## CERTIFICO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **VIVIANA MICHELLE BACULIMA QUITO**, con el Tema **“LA DISCRETIONALIDAD DEL JUZGADOR CIVIL AL DETERMINAR EN SENTENCIA UN DAÑO MORAL Y EXPEDIR LA INEDMNIZACION MONETARIA A FAVOR DEL DEMANDANTE”** bajo mi supervisión.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized 'F' and 'P' that are interconnected, with a horizontal line extending to the right.

**DR. FABIAN SANTIAGO PALOMEQUE PESANTEZ Mgs.**  
**Tutor.**

## **DEDICATORIA**

A mi amada madre quien, con su amor y apoyo constante, lleno mi vida de fuerza y esmero para seguir y ser la mejor cada día de mi vida.

A mi querido padre, quien con su esfuerzo incondicional pese a la distancia supo cuidar y apoyar mis sueños, es por ellos que hoy estoy aquí.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por cada una de las experiencias que me enseñaron a luchar y conseguir lo que sueño y deseo, y regalarme esta oportunidad de crecer profesionalmente.

A mis amados padres por su lucha y esfuerzo por ayudarme a conseguir este logro y nunca me dejaron sola en este largo camino.

A mi hermano por todo el amor y apoyo constante, que siempre supo darme cuando más lo necesitaba.

Al Doctor Fabián Palomeque, quien, con su seguimiento y conocimientos, hicieron posible la terminación de esta investigación.

## RESUMEN

La responsabilidad por daño moral tiene su fundamento en el llamado Derecho de Daños, esta rama que tiene poco desarrollo en el pragmatismo jurídico diario en las Cortes del Ecuador, sin embargo, lo poco que se ha llegado a aplicar ha sido suficiente para lograr establecer ciertos parámetros al momento de cuantificar una indemnización pecuniaria por daños; parámetros que hoy en día resulta insuficientes, pues dentro de esta investigación se analizó brevemente la historia del daño moral en el Ecuador y se pudo corroborar que para la indemnización por daños materiales, resulta fácil en la medida que se logra reconocer todos los elementos de la responsabilidad civil, empero, cuando se trata de daños inmateriales, el juzgador al tener esa amplitud que la ley le ha investido puede llegar a determinar una indemnización injusta, esta puede ser injusta, por lo que, se orientó a analizar la responsabilidad civil como hecho generador del daño moral, sus elementos, el daño y la causalidad, esto, con la finalidad de poder establecer un panorama objetivo que puede utilizar un juzgador para emitir un fallo justo y con especial atención en la causalidad, por lo que, se analizó que, al aplicar tales teorías en el daño moral se puede establecer una indemnización lo más objetiva posible deslindándose de las subjetividad humana, es importante, pues en base a estas teorías de la causalidad se logra establecer precedentes jurisprudenciales para lograr justas indemnizaciones o lo más acercadas a la realidad.

**Palabras claves:** Responsabilidad civil, daño moral, indemnización, causalidad.

## **ABSTRACT**

The liability for moral damages is based on the so-called Law of Damages, a branch that has little development in the daily legal pragmatism in the Courts of Ecuador. However, the little applied has been sufficient to establish specific parameters when quantifying pecuniary compensation for damages. Nowadays, there are insufficient parameters; subsequently, this research briefly analyzed the background of moral damages in Ecuador. It could be corroborated that compensation for material damage is accessible to the extent as all the elements of civil liability are recognized. Nevertheless, when it comes to immaterial damages, the judge, having the amplitude that the law has conferred to him, can determine an unfair compensation. This may be unjust; therefore, it was oriented to analyze civil liability as a fact that generates moral damage, its elements, the damage, and causality to establish an objective panorama that a judge can use to issue a fair judgment with particular attention to causality. Therefore, it was analyzed that by applying such theories to moral damages, it is possible to establish the most objective compensation possible, disregarding human subjectivity. It is crucial because, based on these theories of causality, it is possible to establish jurisprudential precedents to achieve fair compensation or as close to reality as possible.

**Keywords:** Civil liability, moral damages, indemnity, causation.

## ÍNDICE. -

DECLARATORIA DE AUTORIA Y RESPONSABILIDAD .....	I
CERTIFICADO DEL TUTOR.....	II
DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO .....	IV
RESUMEN .....	V
Palabras claves:.....	V
ABSTRACT .....	VI
Keywords:.....	VI
ÍNDICE. - .....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO ANTECEDENTE DEL DAÑO MORAL. - 3	
El Cuasidelito. - .....	7
Daños punitivos. -.....	10
Responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. - .....	12
Responsabilidad contractual. -.....	12
Responsabilidad extracontractual. -.....	12
Responsabilidad precontractual. -.....	15
Tipos de responsabilidad. – .....	17
Responsabilidad subjetiva. - .....	17
Responsabilidad objetiva. –.....	18
Teoría de la práctica musical del jazz. - .....	20
CAPITULO II.....	24
ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA ESTABLECER DAÑO MORAL. –.....	24
Causalidad. – .....	24
La culpa. – .....	25
El Daño. – .....	32
El Daño Moral. – .....	35
CAPITULO III .....	38
LAS TEORIAS DE CAUSALIDAD EN EL DAÑO MORAL PARA LA IMPUTACIÓN DEL MISMO Y CUANTIFICACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN. – .....	38

Teoría de la equivalencia de condiciones. – .....	38
Teoría de la causalidad adecuada. – .....	43
Teoría de la imputación objetiva. – .....	46
CONCLUSIONES. – .....	50
RECOMENDACIONES. – .....	51
BIBLIOGRAFÍA. – .....	52
ANEXOS .....	55

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación comenzará por analizar todos los antecedentes de la responsabilidad civil que, las nuevas corrientes del Derecho que se ocupan de analizar detenidamente este tópico lo han definido como el “Derecho de Daños”, en el Ecuador existe tomamos como principal fuente de este tema a la ley, y resulta lógico pues, el acervo jurídico que tenemos deviene del Derecho Romano y solo en los países anglosajones tienen desarrollado el Derecho de Daños a través de los precedentes judiciales.

Sería importante tal vez hacer un híbrido de estas dos líneas para establecer un desarrollo adecuado para poder instaurar un progreso jurídico de la causalidad y la culpa, que son los elementos de mayor dificultad de discernimiento para un juzgador al momento que trata un caso de daños y aún más si se trata de un proceso de daños que se ocupa de gravar una indemnización por daños emocionales.

Asimismo, en el primer capítulo se analiza los elementos de la responsabilidad civil con énfasis en el agente dañador y la culpa, este último acorde al Código Civil y a la jurisprudencia de nuestro país.

Dentro de la investigación se analiza brevemente la responsabilidad contractual y con mayor énfasis la responsabilidad extracontractual, ya que, el daño moral se encuentra dentro de este último tópico

Se podrá avizorar los tipos de culpa y como se relaciona con los agentes que producen un daño e inclusive los agentes menores de edad, lo cual resulta fundamental ya que, no existen precedentes recientes de procesos judiciales de daños a menores o a las personas que estuvieron a su cargo, por lo que, es importante en este punto entender las motivaciones que llevan a una persona a actuar de determinada manera.

Se critica con especial énfasis la idea de que todo actuar humano es consciente, es decir, también hay yo expongo que, si bien como seres racionales, no es menos cierto que en fondo de nuestra especie somos animales y llevamos instintos que han sido desarrollado por milenios, por lo que, no podemos negar tal factor dentro de una actuación que constituya daños para un tercero.

Ya en el segundo capítulo se analiza el daño con especial detenimiento en el daño moral, siguiendo las nuevas corrientes, se analizó la nueva propuesta del Derecho de Daños que trata de una justicia correctiva, es decir, no va tanto al criterio que antes se manejaba de una suerte de castigo monetario para el agente dañador, sino más bien tiene un sentido de prevenir daños futuros a través de una justicia correctiva que anule ese análisis económico del derecho que prima en nuestra sociedad jurídica.

Es decir, se analizó el objetivo real del Derecho de Daños, el cual no trata en suma de llenar de dinero a un demandante mediante una sentencia a favor, sino más bien se trata de únicamente resarcir ese daño, atendiendo a un criterio reparador más no de castigo y de esa manera se puede a futuro prevenir daños en base a que las personas podrán observar que más económico es el prevenir un daño que causarlo.

De igual manera se analizó las teorías de la causalidad para la imputación, sobre todo las teorías de equivalencia de condiciones; causalidad adecuada y la teoría de la imputación objetiva, que si bien, esta última ha sido desarrollada por el Derecho Penal sobre todo alemán, resulta interesante la aplicabilidad de esta teoría para poder conocer de mejor manera cuando un hecho es jurídicamente imputable a un agente y, por tanto, en qué medida tiene que responder los daños causados.

Al final en el capítulo tres se podrá ver como en casos prácticos se llega a aplicar estas teorías únicamente respecto del daño moral, ya de por sí, es complejo el establecer como jurídicamente responsable a un agente por un daño moral, aún más complicado resulta el cuantificar la indemnización monetaria que debe tener un sujeto pasivo del daño por un hecho que no tenía por qué resistirlo.

Sin embargo, se analizará que a veces puede existir un daño moral atribuible a agente, pero que tal daño no es sujeto de ser indemnizado por cuestiones circunstanciales específicas, en donde, un juzgador debe valorar por qué y motivadamente en su fallo explicar como otros Derechos prevalecen sobre la obligación de reparar un daño.

## **CAPÍTULO I**

### **LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO ANTECEDENTE DEL DAÑO MORAL. -**

La responsabilidad resulta del deber de resarcir adecuadamente a la víctima que le ha causado un daño, en este tópico se enfrenta a dos partes con intereses contrapuestos, esto son: quien padeció el daño y quien es el agente del mismo.

Mosset explica que, para iniciar el estudio del daño es preciso que se valore a este como un mal, una especie de disvalor.

“Se parte de la idea de los daños como un mal, un disvalor o contravalor, algo que se padece con dolor, puesto que nos achica o reduce; nos quita algo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechamos, que era nuestra integridad psíquica o física, las posibilidades como persona humana, cosa sagrada, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que van unidos a las chances o posibilidades de acrecentamiento o nuevas incorporaciones.” (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 21)

La vida en sociedad requiere de limitaciones a los deseos humanos, es decir, el Derecho se ve inmiscuido en este punto ya que, se encuentra como una limitante a las emociones humanas que, por el fragor del momento pueden considerar que es legítimo el causar un daño o también sin esa emoción, así pues, con toda la conciencia y voluntad de causar un daño a otra persona.

“(…) la vida en sociedad, el vivir honestamente, interpela al hombre para que no dañe a sus semejantes. La conducta dañadora se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El *naemienm laedere*, no dañarás, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia.” (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 21)

El Derecho está para darle a cada quien lo que le corresponde, es así que, quien priva a otro de lo que le corresponde, tiene la obligación de restituirle, ahora bien, en este contexto no solo se trata de un tema mercantil, apreciable en dinero, sino también tiene con toda la integralidad del sujeto que resiste el daño, es decir, también cabe el deber de restituirle por los daños que no pueden ser apreciables en dinero.

Por lo que, la ley ha establecido los diferentes tipos de responsabilidad que incurre un agente que produce un daño a otro. Esto dependerá del caso en concreto de cuantos tipos de daños se causan.

En tiempos antaño existía la dicotomía sobre qué es lo que fundamentalmente concierne a la responsabilidad civil, si era un castigo para el agente que causaba el daño o una reparación para el sujeto que resistía el daño.

Al principio se lo veía como un modo de reproche para el agente dañador, tal fue así que: “Ese pensamiento culmina en la célebre expresión: pas de responsabilite sans faute (no hay responsabilidad sin culpa)” (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 25)

Es decir, se lo tomaba más desde el aspecto sancionador que reparador, dando más importancia al agente del daño que al perjudicado, tal fue así que, llegó a confundirse la idea de responsabilidad.

“Responsabilidad como sinónimo de reproche frente a una falta; de responder del obrar propio y libremente querido.” (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 25)

Es importante entender a la responsabilidad civil desde el punto de vista sociológico, es decir, la sociología como rama de las ciencias sociales que estudia a la sociedad humana y su sub especialidad: la sociología jurídica como especialidad que tiene por objeto el estudio entre el Derecho y la sociedad.

“Una más penetrante mirada sociológica nos posibilita descubrir quiénes son los mayormente dañados en las comunidades en que los latinoamericanos vivimos y, por otro lado, quienes son de ordinario los dañadores. No importa una exageración sostener que los dañados son, en su gran mayoría, hombres y mujeres, muchas veces niños, de las clases más humildes; y, como complemento, que los dañadores son los conductores de automotores, particulares o empresarios, los industriales, los productores de bienes y servicios, el Estado a través de sus múltiples actividades. (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 27)

Por tanto, ahí yace lo complicado de este tópico del Derecho, el establecer en base a las circunstancias el resarcimiento, es decir, debe tomarse en cuenta la calidad de la víctima; su condición socioeconómica; si es empresario o

asalariado, la del peatón, transeúnte o conductor; la de consumidor, usuario o prestatario de servicio, por tanto, es preciso analizar a la sociedad para poder establecer la imputabilidad del daño, su responsable y su indemnización.

Juan Antonio García sostiene una interesante postura al respecto:

“Se insiste a menudo en el carácter formalista de dichos enfoques de justicia correctiva, ya que, como fácilmente se aprecia, no pretenden proteger una distribución justa, sino cualquier distribución vigente. Ahí está la base para la independencia completa entre justicia correctiva y justicia distributiva que subrayan con gran énfasis los autores de tal corriente.

Esto se suele explicar forzando el razonamiento, a efectos didácticos, con ejemplos así: si, mismamente en España, una de las personas más pobres del país atropella con su bicicleta a uno de los españoles más ricos (pongamos que a Amancio Ortega) y le causa en su precioso maletín de cuero un daño valorado en dos mil euros, ante la demanda del dañado rico deberá esa dañador pobre indemnizarlo con el valor del daño, los dos mil euros, de modo que cada uno siga teniendo después lo que antes del accidente tenía, nos parezca justo o injusto el modo cómo entre uno y otro la riqueza está distribuida.” (García Amado & Papayanis, 2020, pág. 27)

Sin embargo, existe la corriente de la justicia distributiva que se contrapone a la justicia correctiva, es decir, en el ejemplo citado de García Amado se está aplicando la justicia correctiva, sin embargo, desde un punto de vista socioeconómico, tanto para el dañado como para él dañador no es equilibrado.

Es decir, probablemente a Amancio Ortega no le hubiera dado mucha importancia si tal maletín se le hubiera extraviado, salvo que tenga un valor más allá de lo económico, pero bien, si únicamente fuera un daño económico al dañado no le hubiera afectado nada en su estado socioeconómico, sin embargo, para el agente dañador que, supongamos lo hizo sin dolo, por un evento fortuito, que no pudo prever ni evitar, le estarían quitando por tal indemnización una suma de dinero que representa su sustento esencial para subsistir el día a día, es decir, por tal obligación pecuniaria, le representa el no comer.

Por lo que, en tal situación es fundamental la sociología jurídica, es importante que la justicia pueda tomar en consideración cada caso en particular,

lo que quiero decir es que, para casos como estos sería plenamente aplicable la una justicia distributiva, en aras de procurar el equilibrio entre la sociedad; si el juzgador quiere imputar una responsabilidad, lo ideal sería que no fuera pecuniaria.

Lo fundamental es comprender que este tipo de justicia no es aplicable para todos los casos, es decir, no se puede establecer un estándar para aplicar este tipo de justicia, sino que, va a variar de caso en caso, es ahí donde yace el ejercicio jurídico de los abogados y los jueces.

La responsabilidad surge como una obligación de pago monetario a quien ha sufrido un daño, tal daño bien podría ser a un patrimonio o a la intimidad, quien debe pagar ese daño, es decir, el sujeto activo del daño es el imputable para resarcir monetariamente tal daño. Las ideas fundamentales para establecer la responsabilidad son: “a) quien causa el daño tiene el deber de repararlo; b) no causar daño a nadie.” (Andrade Torres, 2022, pág. 95) , este es un tema es extremadamente amplio ya que, existen tipos de responsabilidades que pueden ser penales, civiles y administrativas.

Hay que recordar que, la obligación es:

“El establecimiento de un vínculo entre dos partes por medio del cual la una le puede exigir algo a la otra, quien tiene que responder a tal exigencia sobre la base de un motivo determinado: el mutuo acuerdo de las partes o la ley. Esta idea muy general y común de obligación es muy cercana a su concepto técnico.” (Guarderas Izquierdo, 2022, pág. 82)

El vínculo en el daño moral debe ser probado, es decir, lo fundamental es lograr establecer que ha existido una relación entre los dos sujetos, el que causó el daño y el agraviado, por lo que, fruto de esa vinculación existió un daño y se generó una obligación que debe ser cuantificada y satisfecha al agraviado.

La obligación por un daño surge de un ilícito y obviamente respecto de esa obligación generada responde. Dentro del Derecho la palabra responsabilidad tiene una connotación amplia, pero en un sentido general, la responsabilidad tiene como fundamental pieza el normar las relaciones humanas desde un enfoque de equidad en lo patrimonial y la retribución de acuerdo de la conducta, en especial cuando tal conducta tiene efectos negativos.

Pero no toda conducta tiene esa relación de retribución, sino que, únicamente las conductas que tenga la intencionalidad de provocar un daño; esta parte si bien se podría hacer referencia al derecho penal porque para el análisis de una conducta se toma en cuenta: "(...) que el sujeto activo del delito actúa con conciencia y voluntad, con sus plenas condicionales intelectivas, es decir, con dolo manifiesto de irrogar daño a otro y como consecuencia de esto tiene que responder por el bien jurídico lesionado." (Pallares Rivera, 2016, pág. 18)

Dentro de la responsabilidad civil es preciso mencionar que existen presupuestos, estos son: "a) autoría; b) antijuricidad; c) imputación; d) daño; y relación de causalidad." (Mosset Iturraspe, 1997, pág. 22)

Ahora bien, dentro del ámbito civil también se responde por las acciones producto de la negligencia, imprudencia e inobservancia, a estas acciones dentro del derecho privado se lo conoce como un cuasidelito.

### **El Cuasidelito. -**

Para el cuencano Coello, el cuasidelito es:

"Dentro de la teoría de las obligaciones, un acto ilícito cometido con culpa. Difiere del concepto del delito considerado en materia penal, porque en esta materia la infracción puede ser dolosa, culposa o preterintencional; en materia civil el delito es solamente un acto doloso." (Coello García, 2010, pág. 60)

En materia penal es fundamental establecer el nivel de actuación del sujeto activo para así poder generar criterio sobre el grado de responsabilidad del hecho, pero esto para el ámbito civil no importa, sin embargo, únicamente interesa en la medida en que el dolo configure un delito y que consecuentemente se llegue a poder establecer que existe culpa y, por lo tanto, existe un cuasidelito.

Dentro de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, es preciso que se distinga si por un lado ha existido el incumplimiento de un contrato y por otro si no ha existido un contrato. Esto es fundamental para establecer la responsabilidad pues, si ha existido contrato para Coello es aplicable la siguiente regla:

“Si por culpa de uno de los contratantes se ha incumplido el contrato, o se lo ha cumplido tardíamente o en forma parcial, cabe la aplicación de la regla que formula el Art. 1563 que regula la responsabilidad de los contratantes en función del interés que tengan en el contrato y el grado de culpa en que hayan incurrido” (Coello García, 2010, pág. 60)

Ahora bien, la complejidad llega a surgir el momento en el cual no existe un contrato, para lo cual, si se ha generado un daño y existe culpa atribuible, debe ser reparada, pero aquí ya no interesa el grado de la culpa sino más bien lo que atañe es que, producto de esa actuación culposa se genera la responsabilidad económica que debe ser satisfecha al damnificado.

Esta figura del derecho privado está ligada a la idea de la culpa y para Vásquez está “(...) es un estado intermedio entre el dolo y la fuerza mayor.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 44), pero aún los cuasidelitos tienen una clasificación para lograr establecer los actos ilícitos.

Dentro del ámbito civil también se responde por las acciones producto de la negligencia, imprudencia e inobservancia, a estas acciones dentro del derecho privado se lo conoce como un cuasidelito, ahora bien, además de los cuasidelitos contemplados Barragán explica que:

“(...) una de las características fundamentales de esta institución es que tiende a asegurar la indemnización independientemente de la pena, de forma que hay o no sanción penal para el culpable, la compensación pecuniaria para la víctima llegue de la forma más expedita.” (Barragán Romero, 1995 )

Ahora bien, dentro de los cuasidelitos existen tres situaciones que pueden llegar presentarse, Coello explica que:

“Estas tres situaciones tienen que ver con la conducta culposa del agente y la de los incapaces y sus representantes; con el daño que pueden producir los animales y con los que puede ocasionar el descuido en el mantenimiento de las cosas.” (Coello García, 2010, pág. 60)

Obviamente dentro de esas tres situaciones la responsabilidad del agente es totalmente diferente dependiendo de los escenarios en donde se desarrolle tal hecho y también según las consecuencias de cada hecho. Lo esencial es la imputación de la conducta al agente dañador para luego establecer como su conducta culposa produjo una consecuencia jurídica que merece ser resarcida.

Nuestro CC ha recogido en algunos artículos como puede llegar a plasmarse estas situaciones en algunos de sus apartados: “Art. 2218.- El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito.” (CC, 2005)

Así también, el CC prevé la responsabilidad de las consecuencias de acciones producidas por los agentes dañadores que estuvieren a su cargo, es así que:

“Art. 2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.” (CC, 2005)

Es fundamental pensar la responsabilidad civil de una persona por actos de terceros que están a su cuidado, pues a mi criterio se debe valorar el accionar del agente dañador en base a su capacidad cognitiva y a su experiencia como ser humano, es decir, el reproche del daño al responsable por el cuidado debe ir en consonancia con la valoración del agente dañador.

Caso aparte es el que plantea el apartado 2226 del CC, pues aquí se pone de manifiesto los daños causados por el dueño de un animal, lógicamente aquí no se puede valor una situación cognitiva del animal, ya que, la condición misma solo da para valorar circunstancias particulares del animal que lo hagan diferentes a su especie.

“Art. 2226.- El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.” (CC, 2005)

Podría ser interesante pensar en los daños causados por un perro doméstico raza pitbull a una persona, para mí la primera arista a valorarse sería la negligencia del dueño de tener un animal así por ejemplo sin la vacuna contra la rabia o puede ser tener al animal sin las medidas para evitar que deambule por la calle, es decir, tener un perro supone un riesgo, sin embargo tal riesgo se aumenta al momento en que los dueños no toman las medidas adecuadas para

evitar un potencial daño. Un ejemplo similar puede ser el contenido en el apartado 2227 del CC entorno a los animales de guarda.

“Art. 2227.- El daño causado por un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.” (CC, 2005)

Existe también una responsabilidad compartida por las personas que están conviviendo en un espacio determinado, por lo que, es principal para las personas que viven en condominios o en edificios bajo una misma administración.

“Art. 2228.- El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan esa parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.” (CC, 2005)

Por ejemplo: un ornamento de cemento que se encuentre en un edificio que, por la falta de cuidado en cuanto al mantenimiento cae encima de un particular, serán responsables por los daños todas las personas del edificio en partes iguales, sin embargo, puede darse el escenario en donde en una junta de los propietarios o inquilinos se haya dispuesto al administrador el dar mantenimiento al ornamento, por lo que, el daño le sería directamente imputable a él si no pudiere justificar tal descuido.

Es decir, la responsabilidad por un daño no es absoluta, sino más bien, es complicada en la medida de imputar tal daño a un agente, es decir, la atribución para el posterior reproche en un proceso civil por daños, ya consiste en un problema en sí mismo, sin embargo, caso aparte y materia de esta investigación es la cuantificación del daño, el cual, resulta más o menos sencillo si se trata de resarcir un daño material, lo complejo es un daño moral, ya que, se trata de tasar el daño emocional de una persona.

### **Daños punitivos. -**

Es sumamente raro encontrar un proceso judicial en el cual un juzgador haya declarado la existencia de daños punitivos, esta investigación tiene más

que ver con el daño moral, por lo que, se comentará ahora brevemente sobre los daños punitivos.

Andrade explica que:

“(…) estos solo deben ser condenados cuando existan conductas totalmente intolerables, dolosas o imprudencias temerarias, con el fin de disuadir este tipo de conductas, es una condena suplementaria, sin embargo, es necesario indicar que esta figura no se encuentra de forma clara en nuestra legislación.” (Andrade Torres, 2022, pág. 96)

Tal es el poco desarrollo que inclusive nuestras Cortes más altas han tenido dificultad para aplicar en la práctica, como modelo se puede comentar sobre el caso Chevron pues, la CNJ eliminó de esta condena suplementaria a la petrolera.

Este tipo de daño en realidad corresponde al *common law*, este tipo de condenas resultan más ejemplificadoras, es decir, el objetivo fundamental es la disuasión de estas conductas.

A manera de colofón se puede mencionar el caso más notable de este tipo de daño, el proceso en contra de la Ford Motor. El proceso tiene una su raíz argumental que, la Ford sacó un vehículo (Ford Pinto) que, se incendiaba con facilidad.

Es así que, un día una niña sufrió quemaduras por tal particular; en consecuencia, se instauró un proceso de daños en contra la Ford, en tal juicio no solo se logró determinar que existía una responsabilidad de la empresa, sino que también se reconoció daños punitivos.

Se reconoció tales daños porque los representantes de la Ford conocían de este desperfecto, el cual tenía su origen en el tanque de combustible y a pesar de conocer que potencialmente podía el vehículo causar quemaduras a una persona, la empresa prefería indemnizar a los afectados, ya que, en términos económicos le costaba menos el indemnizar que sacar del mercado al modelo automotor.

Andrade cita tal fallo y lo explica de la siguiente forma:

“(…) fue el caso Grimshaw vs. Ford Motor Co., por el accidente del vehículo Ford Pinto, (…) se condenó a la empresa automotriz al pago de U\$S 2.800.000 por daños compensatorios y más de U\$S 125.000.000 en concepto de daños punitivos. El tema, real en el caso de los daños punitivos, resulta, en condenar a quien ha provocado un daño, una medida ejemplificativa fuerte para que conductas, como las descritas en el caso (conocimiento) no se vuelva a repetir.” (Andrade Torres, 2022, pág. 97)

El papel que juega este tipo de daños es el preventivo, en la medida que, las condenas pecuniarias disuaden al agente dañador de repetir tal conducta y también tiene un efecto psicológico en la sociedad ya que, también desganar a los otros posibles agentes de un daño.

### **Responsabilidad contractual, extracontractual y precontractual. -**

Dentro de la responsabilidad civil, existen dos vertientes que son analizadas por la doctrina, la primera es la responsabilidad contractual y la segunda que es materia de esta investigación es la responsabilidad extracontractual.

### **Responsabilidad contractual. -**

Para Andrade la responsabilidad contractual es

“(…) como es de suponerse, deriva de una relación contractual, y se activa ante el incumplimiento de un contrato, el que según, nuestro Código Civil, es ley para las partes. El referido por incumplimiento o su moratoria produce la procedencia de daños y perjuicios. Para que se produzca este tipo de responsabilidad debe existir un contrato; el incumplimiento o moratoria y el perjuicio devenido del segundo elemento.” (Andrade Torres, 2022, pág. 98)

En este tipo de responsabilidad no resulta difícil establecer la relación entre los dos sujetos del daño, ya que, de por medio existe un acuerdo de voluntades que surge como ley y, por ende, tal incumplimiento es imputable a una de las partes contractuales, esto, siempre y cuando una de ellas este en incumplimiento pues, si las dos partes se encuentran en incumplimiento se aplica la regla la mora purga la mora.

### **Responsabilidad extracontractual. -**

El segundo tipo de responsabilidad es la extracontractual, materia de nuestra investigación, pues es daño moral comprende una responsabilidad extracontractual por un daño inmaterial, es decir, es un tipo de daño que no tiene un valor mercantil con uso o de cambio como si lo tiene un daño material.

“La responsabilidad extracontractual es una de las ramas del derecho civil; otras áreas son el derecho de contratos, el de bienes y el enriquecimiento injusto (con frecuencia llamado equivocadamente derecho de la restitución). Es importante distinguir dos aspectos de la responsabilidad extracontractual: (1) las normas sustantivas de conducta que impone y (2) los mecanismos procesales mediante los cuales permite a los litigantes ejecutar esas normas. Muchas teorías de la responsabilidad civil se han concentrado en los mecanismos procesales, hasta el punto de excluir sus normas sustantivas.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 177)

La responsabilidad extracontractual tiene como propósito el regular las conductas de los ciudadanos, estas conductas si bien no llegan a ser un delito, son conductas que deben ser resarcidas en el ámbito civil pues, la responsabilidad extracontractual impone y hace cumplir normas de conducta.

Bernal y Fabra explican que la mejor manera de entender esta idea es: “(...) consiste en que los deberes u obligaciones que impone el derecho de la responsabilidad civil son deberes de no causar daño.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 178), en especie se trata de mediante ley, generar la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Podemos distinguir dos clases de deberes absolutos y deberes no causar daño mediante negligencia, los autores antes citados explican estos deberes de la siguiente manera:

En lo que respecta los deberes absolutos: “Quienes se involucran en lo que la responsabilidad civil llama actividades ultrarriesgosas, por ejemplo, realizar explosiones con dinamita se encuentra bajo deberes del primer tipo deberes absolutos de no dañar.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 178)

Es decir, un deber absoluto va ligado a una actividad que en si misma es un riesgo, por tanto, la práctica debe ser ejercida cuidadosamente pues, el caso

lo amerita, es así que, si no se practica con las consideraciones del caso será objeto de reproche por parte del sujeto que resistió el daño.

Y por otra parte el deber de no dañar del segundo tipo: "(...) quienes se involucran en actividades riesgosas ordinarias como la conducción de automotores están típicamente sujetos a deberes de no dañar del segundo tipo, deberes de no dañar mediante negligencia, imprudencia o conducta intencional." (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 178)

Esto resulta más complejo pues, estas actividades son las que todos o la mayoría de nosotros realizamos a diario, entonces resulta más difícil comprender cuando la conducta es negligente, imprudente o intencional, en este punto se podría utilizar la teoría de la imputación objetiva para establecer cuando un riesgo no es permitido, esto será objeto de análisis en el capítulo segundo con mayor detenimiento.

Bernal y Fabra tienen una propensión a darle un sentido normativo a la responsabilidad civil, por tanto, sostienen que:

"Así, el primer proyecto de la teoría del derecho de la responsabilidad civil es identificar los conceptos que le son cruciales, es decir, aquellos conceptos que aparecen de manera predominante en las normas sustantivas de la responsabilidad extracontractual y en los mecanismos procesales mediante los cuales estas se aplican." (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 179)

Para nuestro país es imprescindible utilizar el CC y la norma procesal civil el COGEP, no obstante, no es menos cierto que nuestra norma sustantiva no recoge de modo amplio los escenarios en donde se puede desarrollar un daño, procesalmente tal vez si se puede sin mayor dificultad establecer cómo se sustanciaría un proceso civil de daños.

A manera de colofón, existen contraposiciones respecto del objetivo de la responsabilidad civil, por un lado, autores como Díez-Picazo entienden como objetivo la distribución de los gastos de las desgracias.

"Los teóricos que ven la responsabilidad civil como una respuesta al problema de distribuir los gastos de las desgracias de la vida no siempre están de acuerdo con los principios específicos que deben regir la

distribución de gastos. Esto sucede, en parte, porque estos teóricos no están de acuerdo con los objetivos o propósitos adicionales que la responsabilidad extracontractual debe alcanzar en la distribución de gastos.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 180)

En cambio, otros autores no comparten esa visión de que la responsabilidad civil responda a un problema económico.

Explican que:

“(…) una implicación de la atribución de responsabilidad civil es la distribución de gastos entre personas, pero niegan que el objetivo del derecho sea la distribución de gastos. Es decir, rechazan la idea de que la responsabilidad civil se entienda como una forma característica de distribuir costos, idónea para servir a un objetivo u otro, bien que este sea la eficiencia o la equidad.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 180)

Estos autores tienen a estar más apegados a una postura moral de la responsabilidad civil en el sentido de que, creen que se llega a comprender de mejor, si la tomamos como una forma de expresión de los principios políticos de la justicia.

Y, por último, autores anglosajones Coleman y Mendlow citados por Bernal y Fabra opinan que: “(…) un derecho de la responsabilidad legítimo o apropiadamente justo es simplemente (en lo principal) una institución que concreta parcialmente las exigencias de la justicia correctiva.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 181)

### **Responsabilidad precontractual. -**

Es menester mencionar un tipo de responsabilidad que ha sido relegada, pero que sin duda con el pasar de las generaciones tomará fuerza y se empezará a materializar en procesos judiciales.

Se trata de la responsabilidad precontractual, este tipo de responsabilidad empieza antes de que se trabaje una relación contractual, es decir, previo a que se llegue a la celebración de un contrato se puede llegar a establecer una responsabilidad, esto en palabras coloquiales se puede resumir como: “la pérdida de una oportunidad.”

La CNJ abordó este tema de una manera muy interesante en uno de sus fallos:

“La obra *Tratos Preliminares y Responsabilidad Precontractual*, Universidad, Bogotá, Colombia, No. 115: 83-116, enero-junio de 2008. Pág. 87. “... las negociaciones obligan en otro sentido: esto es, que, cuando han llegado a tal punto que permita prever que el contrato debería poderse formalizar y una de las partes rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo (culpa un contrabando, es decir, culpa en el curso de las negociaciones contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño – o sea, el llamado interés contractual negativo (...) En estas tratativas previas, o tendientes a la suscripción de un contrato, el intercambio de información es esencial por cuanto la decisión final depende de que el alcance de las propuestas sea verdadero y eso conlleva a su vez a que el consentimiento eventual de las partes expresado en un contrato, sea ajustado a una realidad no distorsionada por intenciones ocultas de cualquiera de las partes. Este deber de mantener una transparencia suficiente, no se contradice con los intereses legítimos de las partes y es integrante del concepto de buena fe, definido en nuestra legislación. La jurisprudencia colombiana al respecto ha señalado que, dentro de los deberes de corrección y lealtad que se exigen a toda persona que emprenda tratos negociales, se encuentra el que atañe con las informaciones o declaraciones que está llamado a suministrar, cuando a ellas hay lugar, en relación con el objeto, circunstancias o particularidades del acuerdo en cambio de consumación, y cuya importancia, si bien variable, resulta sustancial para efectos de desembarazar el consentimiento del destinatario.” (Resolución 0199-2014 Juicio de daños y perjuicios seguido por PROPHAR S.A. contra la COMPAÑÍA M.S. & DHOME (INTER AMERICAN) CORPORATION, 2014)

Las situaciones en donde se puede llegar a configurar un daño precontractual pueden ser diversas, sin embargo, como lo dije al principio el desarrollo es ínfimo en nuestro país, por lo que, pasarán años para que se llegue a tener un desarrollo más o menos importante para que en la práctica se empiece a aplicar.

Andrade explica que: “(...) no tenemos un desarrollo sobre dichas instituciones, quizás pasa porque no comprendemos lo grande que es el derecho de daños, y su aplicación en nuestra legislación.” (Andrade Torres, 2022, pág. 99)

Por lo que, es necesario primero llegar a profundizar el derecho de daños para luego poder aplicar una responsabilidad pre contractual en un caso en concreto donde se llegue a corroborar que existió un rompimiento de las negociaciones sin que medie causa justa.

### **Tipos de responsabilidad. –**

Para reclamar daños lo primero es establecer que existe una conducta dañosa, posterior explicar porque esa conducta legitima nuestro accionar de demandar por daños.

Andrade explica que:

“La denominada razón suficiente se encuentra en la culpa, sin embargo, este concepto cada vez se lo pone en forma secundaria. Las nuevas corrientes en el derecho de daños se centran en la búsqueda de soluciones efectivas. Por ejemplo, en el tema de seguros, la obligación de reparación se traslada a un tercero. También surgió con gran aceptación la responsabilidad objetiva en el ámbito laboral, en caso de los accidentes de trabajo. Así también encontramos la famosa responsabilidad objetiva del Estado, y en el daño ambiental (...)” (Andrade Torres, 2022, pág. 100)

### **Responsabilidad subjetiva. -**

Este tipo de responsabilidad se refiere al acto antijurídico que causa un daño y que deber ser reparado por el agente dañador, según el apartado 29 del CC, existen diferentes tipos de culpa en esta responsabilidad.

“Culpa grave, negligencia grave o culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.” (Andrade Torres, 2022, págs. 100-101)

“Culpa leve, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario.” (Andrade Torres, 2022, pág. 101)

Por último, existe la culpa levísima:

“Es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.” (Andrade Torres, 2022, pág. 101)

La imputación a una persona debe hacerse entorno a criterios como el dolo y la culpa, obviamente dependiendo del tipo de culpa.

Andrade explica que:

“La culpa se produce cuando existe la omisión sin ánimo de causar daño de aquella diligencia exigible, este criterio se basa en la normalidad al realizar un acto, lo que deberá ser valorado por el Juez, y de acuerdo a nuestra legislación con las reglas de la sana crítica, esto quiere decir a la experiencia mínima, y dependiendo de las circunstancias de cada caso, incluso en otras legislaciones se señalan sobre ciertos test de previsibilidad. Otro punto importante, sería de tomar en cuenta si el sujeto que causó el daño tenía los elementos necesarios para impedirlo, y pese a aquello no lo hizo, entonces nos enfrentamos ante la evitabilidad.” (Andrade Torres, 2022, pág. 101)

Este tipo de responsabilidad es la más típica en el daño moral, se imputa subjetivamente el daño a un agente y el juez debe valorar la culpa basándose en los criterios indicados y es muy importante mencionar que va a depender exclusivamente del caso en concreto, es decir, se debe tomar en consideración las circunstancias que acompañan al hecho y la previsibilidad que tenía el agente dañador, solo así se puede llegar a establecer una responsabilidad civil por un daño moral y entorno a este tipo de daño puede ser interesante el plantearse la previsibilidad pues, ¿Cómo el agente dañador podría tener previsibilidad sobre un posible daño moral? ¿Qué elementos tiene una persona para impedir un daño moral hacia otra?, es decir, este tópico tiene más que ver con los valores, emociones y la subjetividad de cada individuo.

### **Responsabilidad objetiva. –**

Este tipo de responsabilidad es básicamente aplicado en la responsabilidad que tiene un Estado, más no sobre un individuo, es decir, no atañe tanto a probar una culpa, sino más bien, únicamente verificar el daño y indemnizar, no importa si el agente actuó con dolo o culpa.

Andrade explica que:

“(…) invierte la causa de la prueba, se prescinde de la culpabilidad, se establece el deber de indemnizar cualquier daño por los riesgos de ciertas actividades, con independencia de la forma en la que actuó el sujeto. Esto, como ya se ha dicho sucede en el ámbito ambiental. (Andrade Torres, 2022, pág. 102)

La ex Corte Suprema del Ecuador sobre esto ya se pronunció hace casi veinte años:

“El riesgo de la cosa es un peligro, lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los haya originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. (Ex Corte Suprema de Justicia , 2003)

Esta línea tiene a desvalorizar la necesidad de incluir prueba que justifique la culpa del agente dañoso, pues a criterio de los doctrinarios que apoyan esta corriente, la carga de la prueba de la culpa en muchos casos es muy compleja para la víctima.

Mas bien se invierta la carga de la prueba y el presunto agente dañoso tiene que probar que:

“(…) el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por lo que se ocasionó el daño. (Andrade Torres, 2022, pág. 102)

Entonces, solo para los casos en los que, se considere a una actividad como peligrosa, se puede aplicar este tipo de responsabilidad, esto en el ámbito de la responsabilidad entre privados, en el caso del Estado, es directamente responsabilidad objetiva.

Bajo este criterio Arturo Valencia expresa:

“(…) Para decretar la indemnización por esta clase de daños resultó insuficiente el criterio fundado en la culpa, puesto que la causa de la mayor parte de accidentes es desconocida; con razón se ha dicho que el hombre

moderno utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconoce su naturaleza y poder. Igualmente, el criterio de la simple presunción de culpa, como sucede con los daños debidos al hecho ajeno, resulta impotente, pues el dueño de una explotación (empresa de ferrocarriles, automóviles, fabricas, etc.) bien podría demostrar que ha puesto los cuidados del caso para evitar accidentes y que éstos se han realizado a pesar de todas las previsiones tomadas.” (Valencia Zea, 1990 , págs. 130-131)

Lo que fundamentalmente se quiere evitar es que, el responsable de un daño, quiera evadir su responsabilidad civil porque la víctima no logre probar la culpa del agente dañoso, es decir, bajo este criterio no se puede en ninguna circunstancia exonerarse de la responsabilidad únicamente alegando que no ha existido culpa, como ocurre con la responsabilidad subjetiva pues, esencialmente se trataría de quien tiene la mejor defensa técnica para lograr demostrar que existió culpa o no por un daño.

Esto resulta interesante y se podría realizar una investigación entera sobre este particular, sin embargo, para los fines de esta investigación se deja planteado que este tipo de responsabilidad va a operar bajo circunstancias de peligro o riesgo, por lo que, para el tema que estoy desarrollando no se tomará en cuenta una circunstancias de alto peligro pues, sería establecer una responsabilidad objetiva sin aplicar las teoría de la causalidad del daño, ya que, como se pudo apreciar este tipo de responsabilidad prescinde de la culpa, por ende, no tiene sentido aplicar las teorías de la causalidad, ya que, simplemente no se puede.

### **Teoría de la práctica musical del jazz. -**

En las nuevas corrientes se ha desarrollado varias teorías para comprender de mejor manera al a responsabilidad extracontractual, una de ellas es la teoría de la práctica musical del jazz.

Tomando de una teoría musical, se puede asimilar al derecho en el siguiente sentido, la teoría de la práctica de los músicos de jazz desde finales del siglo XIX hasta hoy en día se entiende como una práctica y es una teoría para la práctica.

En la obra de García Amado y Papayanis se explica que esta teoría meramente descriptiva también tiene un valor prescriptivo:

“(…) al menos porque es la que mismo que ocurre con la teoría del derecho, canto ahora una octava más alta a riesgo de desafinar. Teoría de una práctica y una teoría para la práctica. Ya sé que todo es perfectamente discutible. Los teóricos musicales del siglo XVIII y del XIX creían estar haciendo una teoría universal, aplicable a todas las músicas posibles, en todo tiempo y lugar (…)” (García Amado & Papayanis, 2020, pág. 18)

Naturalmente resulta confuso como aplicar esta teoría en la responsabilidad civil, para comprender de mejor manera los autores citaron al compositor Walter Piston que, explica:

“(…) si pensamos que la teoría debe seguir a la práctica (rara vez la precede, excepto por casualidad) debemos comprender que la teoría musical no es un conjunto de instrucciones para componer música. Más bien se trata de una colección sistematizada de deducciones reunidas a partir de la observación de la práctica de los compositores durante largo tiempo, e intenta exponer cómo es o ha sido su práctica común. No dice como se escribirá la música del futuro, sino cómo se ha escrito en el pasado.” (García Amado & Papayanis, 2020, pág. 19)

Es decir, la propuesta es tratar a la responsabilidad extracontractual como una teoría del jazz, por tanto, entender en este punto al Derecho como una teoría de la práctica del Derecho.

Por ende, esta teoría debe ser comprendida desde un escenario pragmático del Derecho, la práctica de la responsabilidad mostrada a través de las sentencias judiciales; los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación.

Es así que, para los autores antes citados la teoría de la responsabilidad civil no puede ser una teoría de normas, es decir, no se puede positivizar la responsabilidad civil pues, tiene tantos escenarios de desenlace que es muy complejo que la ley pueda abarcar todos los supuestos.

“La teoría de la responsabilidad extracontractual no puede ser teoría de normas, al menos no de normas legales, esas partituras tan insuficientes para determinar la práctica. Partituras o, más bien, *cheat sheets*, chuletas con los acordes, que luego cada banda de jazz, cada jurisdicción, cada juez toca a su manera. Teoría de una práctica cambiante, muy distinta a

la de hace unos pocos decenios.” (García Amado & Papayanis, 2020, pág. 20)

Pero esta posición es adversa en el sentido de que, funciona en la medida que se tenga buenos administradores de justicia que, tengan la suficiente formación para volver pragmática la responsabilidad civil y expresarlo a través de sus sentencias judiciales.

La realidad del Ecuador es diferente a los países del primer mundo en donde se puede aplicar esta teoría, pues sin duda aquí se trata de darle al juez la amplitud para modular todos los elementos de la responsabilidad civil según el caso. Para el funcionamiento de esta teoría es imprescindible una formación adecuada de los funcionarios que administran justicia, pues resulta una gran responsabilidad que, a través de precedentes, como lo hacen el Derecho Anglosajón crear derecho para los futuros casos judiciales.

En especie, esta teoría propone que, se incorpore un sistema de precedentes judiciales para la responsabilidad civil, sin embargo, en la práctica resulta complejo, en primera medida por la falta de formación de los juzgadores, pero lo que más llama la atención es la posibilidad de cambiar la manera de entender al Derecho por parte de los jueces, ya que, estamos acostumbrados a tener como fuente principal del Derecho a la ley y esta teoría propone una corriente que es practicada en Inglaterra y EEUU, es decir, para la responsabilidad civil, tomar como primera fuente los precedentes, lo que sería un hito en el que hacer jurídico ecuatoriano.

Andrade expone que, existen cuatro elementos para que se configure la responsabilidad civil, los cuales son: “1. Una conducta del agente de daño; 2. Un criterio de imputación (generalmente la culpa); 3. La existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el daño y 4. El daño.” (Andrade Torres, 2022, pág. 95)

Para efectos de esta investigación, cada elemento será analizado por separado, con un especial énfasis en el tercer capítulo de esta investigación pues, la causalidad que resulta el elemento más esencial de la responsabilidad civil.

Porque es fundamental la causalidad, pues como lo explica Andrade:

“Cuando nos encontramos frente a un proceso de responsabilidad civil, tendremos que abordar estos cuatro elementos. Sin embargo, se debe anotar que esta la concepción tradicional de la responsabilidad civil, que más adelante veremos, en ciertos bastara la existencia del daño y una conducta del agente, sin que exista un criterio de imputación, que deba ser probada (daños ambientales).” (Andrade Torres, 2022, pág. 96)

Es tan amplio este tópico que, seguramente se necesitaría de otra investigación para analizar el daño y el agente sin ningún tipo de criterio de imputación, tal comenta Andrade en el Derecho Ambiental, pero también tal criterio podría ser aplicado en el Derecho de Seguros pues, hoy en día existen los contratos de aseguramiento.

Andrade comenta este particular como “(...) cuando la propia legislación determina que en ciertos casos se produce en forma indefectible la responsabilidad, como en el caso de productos defectuosos (responsabilidad ex lege), el origen que se encuentra en la propia ley.” (Andrade Torres, 2022, pág. 96)

El objetivo de la responsabilidad es la reparación o compensación del daño, hoy en día la CNJ ha desarrollado en sus fallos tal criterio, ya que, para un proceso de reproche o castigo está la jurisdicción penal, sin embargo, esta concepción tiene su pensamiento antagónico que lo toman bajo una perspectiva preventiva y otras punitiva.

Una de las corrientes que más ha cobrado relevancia en los últimos años es la responsabilidad preventiva pues esta corriente tiene relación con: “(...) un estudio más profundo, con un análisis económico del derecho, pero de modo general lo que se busca es disuadir ciertas conductas, a través del establecimiento de ciertos montos económicos.” (Andrade Torres, 2022, pág. 96)

## **CAPITULO II**

### **ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PARA ESTABLECER DAÑO MORAL. –**

#### **Causalidad. –**

De todos los requisitos de la responsabilidad, sin duda alguna la causalidad es la más compleja de determinar, en palabras de Vásquez: “(...) nos encontramos frente al que tiene el carácter más crucial o determinante.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 52)

“Si bien el daño en sí es el eje que dispara la maquinaria de la responsabilidad, la causalidad se presenta como el requisito más relevante a la hora de imputar o no una responsabilidad puramente civil.” (Vásquez Pauta, 2021, págs. 52-53)

Para entablar este concepto es preciso empezar por establecer que es la relación de causalidad, por lo que, puntualmente de lo que se trata es de instituir cuando un resultado producto de una acción de un sujeto le es imputable para resarcir por estar jurídicamente obligado.

Vásquez explica este problema de la siguiente manera:

“(...) consiste básicamente en resolver cuando un resultado determinado (daño) puede ser referido jurídicamente a la acción en un sujeto. No se trata sin embargo de seguir una relación causal en todo su desarrollo, sino de determinar hasta que eslabón de la cadena que forma la relación causal, el derecho hace responder al sujeto realizador de la acción.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 53)

Es así que, el primer punto de partida es detallar la causalidad es la forma en que se manifiesta la acción humana pues, como seres dotados de razón tenemos la capacidad de dominar nuestro accionar, al menos el accionar en donde ponemos nuestra capacidad intelectual, ahora bien, ahí es donde se debe valorar la intencionalidad para imputar un daño y consecuentemente su resarcimiento.

“Como regla general de carácter general se puede decir que una persona solo es responsable de las consecuencias que devinieron razonablemente suceder con motivo de su acción realizada, teniendo en cuenta además

las circunstancias históricas y concretas en que se realizó el acto y de manera especial los factores de orden subjetivo del agente, de modo que pueda determinarse en qué medida la norma debe o puede hacer responder al mismo en cada caso determinado.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 53)

Es imprescindible mencionar que, todas las teorías de causalidad se caracterizan por la emancipación de todo examen metafísico de la causalidad, tal análisis metafísico tiene su raíz en positivismo jurídico que trae como principal fuente del Derecho a la ley, y, en segundo lugar, las nuevas teorías de la causalidad están influenciadas por el Derecho Penal, en cuanto a la parte de teoría del delito que, analiza la causalidad.

Pauta citando a Jiménez de Asúa, explica que:

“(…) acertadamente manifiesta que existen no menos de 35 teorías de causalidad con sus respectivas subdivisiones, todas ellas con miras a lograr un análisis cabal de la materia y su exposición completa ocuparía innumerables páginas, de ahí que, en este punto, me referiré únicamente a las más relevantes.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 54)

Es así que, las más relevantes según Pauta son: la de equivalencia de condiciones; causalidad eficiente; causa próxima; causalidad adecuada y la más popular en el campo penal hoy en día es la teoría de la imputación objetiva desarrollada por los alemanes Jakobs y Roxin.

Tales teorías serán analizadas con más detenimiento en el tercer capítulo, ya que, primero es necesario analizar la culpa y el daño, sin duda alguna la causalidad es el elemento fundamental en la responsabilidad civil, por lo que, requiere un capítulo entero para ser analizado, además materia de esta investigación es aplicar tales teorías de la causalidad al daño moral.

### **La culpa. –**

Pantoja Bravo explica que:

“(…) actualmente, la responsabilidad civil constituye un mecanismo adecuado de reparación del daño, en su doble vertiente de responsabilidad contractual o extracontractual, siendo en esta segunda donde se plantean las mayores disquisiciones doctrinarias sobre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo, es decir,

responsabilidad extra contractual subjetiva u objetiva.” (Pantoja Bravo, Derecho de Daños, 2015, pág. 373)

En nuestra legislación como en la mayoría de países de nuestro entorno prima la práctica culpabilística, es decir, la culpa como presupuesto para la atribución de una responsabilidad.

El chileno Alessandri afirma:

“La responsabilidad subjetiva, la responsabilidad a base de culpa, que es la de nuestro código civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad (...) la responsabilidad por culpa o negligencia es el más generalizado de los modelos de atribución de responsabilidad. En el derecho chileno como en todos los demás sistemas jurídicos modernos, constituye el estatuto general y supletorio de responsabilidad. (Alessandri Rodríguez, 2005, pág. 93)

Es parte es fundamental pues, como se comentó en líneas anteriores, el Derecho Penal ha cobrado relevancia en el Derecho de Daños, tal es así que el español Muñoz explica:

“Antes que la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no se debería haber realizado, o algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado.

En el derecho penal se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permite declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. En otros ámbitos jurídicos, y anteriormente también en el derecho penal, el término culpa se ha empleado tradicionalmente, conforme a una terminología procedente del derecho romano, como equivalente a imprudencia o negligencia, y en este sentido era profusamente utilizado en el anterior Código Penal, aunque en el vigente se emplee ya la expresión imprudencia. Sin embargo, se sigue manteniendo el término dolo, para que el que no se encuentra una expresión coloquial equivalente.” (Muñoz Conde, 2015, págs. 119-120)

Es decir, la expresión culpa está orientada a la desaprobación e imputación un hecho a alguien, en el campo civil, es encaminado bajo un criterio de una conducta imprudente o negligente, bajo este criterio dentro del ámbito civil se está respetando el principio de culpabilidad, es decir, sin la conducta imprudente o negligente no puede hablarse de una responsabilidad por daños y peor aún de una indemnización.

Es así que Muñoz Conde entiende a la culpabilidad como:

“(…) como reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, coloca al penalista ante la difícil situación de tener que decidirse entre dos extremos igualmente cuestionables: o aceptar la capacidad humana para actuar libremente y aceptar con ello el concepto de culpabilidad; o negar esta capacidad, negando con ello, al mismo tiempo, la culpabilidad como elemento o categoría del delito.” (Muñoz Conde, 2015, pág. 120)

De la misma manera es imprescindible valorar la capacidad de un agente dañador para haber podido actuar de una manera diferente cuando se le imputa un daño, es decir, a de valorarse la capacidad cognitiva del agente para haber actuado diferente en las mismas circunstancias.

En el ámbito penal esta la tesis de actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera, ha sido rebatida por no tener un sustento científico.

Muñoz Conde explica que: “(…) la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo; algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar.” (Muñoz Conde, 2015, pág. 120)

Este pensamiento se fundamenta en el criterio de Engisch citado por Muñoz Conde:

“(…) aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no de esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de un modo se actuó es, por consiguiente, indemostrable.” (Muñoz Conde, 2015, pág. 121)

Es decir, entender la capacidad de una persona es sumamente complejo, ya que, está influenciado por nuestra experiencia y observación que tenemos como seres humanos.

Las nuevas tendencias lo que juzgan es la capacidad de elección de entre varias opciones que tiene un ser humano para elegir, esa misma capacidad que tiene una persona es el presupuesto que del actuar humano en una sociedad

normada, es por eso que se excluye de ámbito del actuar jurídico a las acciones que resultan instintivas similares a las de los animales.

Sin embargo, tal pensamiento anula la posición del ser humano como animal racional, pero fin y al cabo animal, tal corriente es un ideal bueno para desarrollar el concepto moderno de culpabilidad.

Muñoz Conde explica que:

“Una cosa es segura: entre varias opciones posibles siempre se puede elegir, pero no sabemos cuáles son las razones últimas que impulsan a elegir entre una y otra opción. Por eso, no es posible fundamentar la culpabilidad en algo que no conocemos suficientemente.” (Muñoz Conde, 2015, pág. 121)

Pero si bien he tomado contenido del Derecho Penal, esto no significa que no tengan diferencias sustanciales con la responsabilidad civil.

“El derecho de la responsabilidad civil se diferencia del derecho penal en muchos aspectos importantes. Por un lado, los casos penales se inician y se administran por el Estado, mientras que las acciones en responsabilidad civil se promueven directamente por las víctimas. Además, un sindicado penal al que se le encuentre responsable de un delito está sujeto a una pena, mientras que la sentencia en un caso de responsabilidad civil tiene como resultado la imposición de una obligación.” (Bernal Pulido & Fabra Zamora, 2013, pág. 178)

Para la investigación que nos ocupa, es necesario precisar que en el ámbito penal la culpa también puede llegar a ser punible, sin embargo, para el ámbito civil la culpa consiste en que, el actuar imprudente o negligente produce un daño, pero sin la intención, Pauta explica que: “La culpa o negligencia del deudor se juzgaba en Roma tomando en cuenta el modelo del hombre diligente, que actúe o no como buen padre de familia *bonus vir*.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 71)

Dentro de la culpa existen clases, la primera es la culpa lata que resulta: “la negligencia en grado máximo, es decir no tomar las más elementales precauciones, en no hacer lo que todos harían en casos análogos, esta culpa es asimilable en sus efectos al dolo: *lata culpa similis est*.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 71)

La segunda es la Culpa levis, que consisten en:

“La simple negligencia o imprudencia en el trato de las cosas, ofrece dos modalidades: a) culpa levis in abstracto, en la que como paradigma de la diligencia en la conducta sirve la propia de un padre de familia *diligens paterfamilias* y la b) *la culpa in concreto*, en la que al deudor le es impuesto el cuidado que suele emplear en sus propios negocios *diligentia quam suis rebus adhibere solet*.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 71)

Y el último particular es la culpa levissima que deviene del Derecho Romano, Pauta explica que Ulpiano en el Digesto refiere:

“(…) in lege Aquilia et levissima culpa venit. Tal grado de culpa habría consistido a una falta de diligencia extremadamente cuidadosa, solo concebible en hombres demasiado inteligentes. Este tipo no habría estado referido a las relaciones contractuales, sino al daño causado por un hecho ilícito *damnum iniuria datum*.” (Vásquez Pauta, 2021, págs. 71-72)

Por tal efecto este tipo de culpa es levísima, pues se trata en especie de un tipo de culpa que la mayoría de individuos de la sociedad no son extremadamente cuidadosos en cada situación, es interesante este tipo de culpa en la medida en la que, jurídicamente resulta sugestivo que un juzgador dirima si una persona es extremadamente diligente e inteligente, para luego establecer una culpa levísima y, por tanto, una indemnización.

La responsabilidad civil extracontractual “es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 72)

La ex Corte Suprema explica que:

“La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias.” (Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs Petroecuador, 2003)

En especie, nuestra legislación civil está implícita la teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, el artículo 2214 del CC prescribe la obligación de un agente dañador de indemnizar por el cometimiento

de un delito o cuasidelito, sin embargo para declararlo responsable debe ser capaz y que su actuación sea declarada libre, es decir, que la actuación esté bajo su control, lo que básicamente quiere decir, es que, el agente posee el discernimiento suficiente para entender las consecuencias de sus actos.

Por tanto, el apartado 2219 del CC explica que:

“No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de diez y seis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.” (CC, 2005)

El menor actúa sin discernimiento; por tanto, no posee la capacidad del ser autor, sin embargo, caso aparte es determinar la negligencia de los adultos que están al cuidado del menor causante del daño, que para efectos de consecuencias jurídicas únicamente será la indemnización monetaria de un daño, esto suponiendo que se logre demostrar negligencia al momento que estaba el menor a su cuidado, esto resulta un problema en sí mismo, pero en teoría se puede llegar a dar.

El otro particular que vale la pena comentar es del adolescente que ha cometido un daño, dentro del Derecho Penal de comprobarse el dolo de una conducta adecuada a un delito, el menor enfrentará un proceso por ser un adolescente infractor, pero si no se logra determinar este particular, se podría demandar por daños a un menor que si bien su conducta no llega o determinar un delito, tal conducta es llamada a ser resarcida pecuniariamente, empero, primero tiene que determinarse la culpa y dentro de esto si actuó con discernimiento, lo que resulta interesante, ya que, de llegar a determinarse que actuó con culpa ¿Qué procedería? ¿Cómo se llega a cuantificar un daño que pueda pagar un menor?

Podría decirse que, un menor si bien se le llega a determinar responsable de un daño no es tan sencillo el resarcimiento ya que, como menor todavía incapaz, no puede contraer una obligación pecuniaria, no obstante, se podría imputar tal indemnización a los adultos a su cuidado, pero a mi parecer previo

debería también establecerse que los adultos actuaron con negligencia entorno al cuidado cuando el menor produjo el daño, es decir, se debe determinar dos tipos de responsabilidad cuando se trata de un adolescente como agente dañador.

Wilfrido Terán afirma que: “(...) por regla general, únicamente se debe responder de los propios delitos o cuasidelitos, por excepción se responde de los hechos ilícitos ajenos, ocasionados por quienes están a cargo, cuidado o dependencia del civilmente responsable.” (Terán Ortega, 2009, págs. 24-25)

Así mismo, Alessandri amplía tal criterio al mencionar que: “Quien tiene bajo su cuidado o dependencia a una persona que ocasiona daño, no responde del hecho de esta, sino de su propio hecho, que consiste en la falta de vigilancia que respecto de ello tenía que ejercer.” (Alessandri Rodríguez, 2005, pág. 306)

Por tanto, si bien nuestro CC explica que debe existir una responsabilidad de una persona que está a cargo, esto en la práctica se debe llegar a demostrar que tal fue el descuido para llegar a ser negligente.

De igual manera nuestro CC prevé la responsabilidad por daños ocasionados por cosas de nuestra propiedad o de las cuales nos servimos, los apartados 2223 y 2226 del CC establecen que:

“Art. 2223.- El dueño de un edificio es responsable, para con terceros que no se hallen en el caso del Art. 978, de los daños que ocasione la ruina del edificio acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de su cuota de dominio.” (CC, 2005)

Asimismo, en el apartado 2227 del CC prescribe que:

“El daño causado por un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído. (CC, 2005)

Este apartado me genera dudas en cuanto a su última afirmación pues, en el Derecho de Daños es imprescindible escuchar por qué no se pudo evitar el

daño por el animal fiero que esta mi cuidado, ya que, sería privar a una de las partes procesales del Derecho a la defensa, la ley no puede menoscabar tal derecho de una manera tan categórica sin que tenga un elemento razonable importante.

El apartado 2228 establece la responsabilidad por la cosa que se cae o se arroja desde la parte superior de una edificación, situación que se analizó en líneas anteriores, pues se les imputa a las personas que vivan o alquilen en el edificio en partes iguales, salvo que se llegare a establecer que a una de las personas se le había advertido que podía llegar a acontecer tal particular y hubiera hecho caso omiso.

Panoja explica que la culpa hoy en día la culpa ha cambiado su sentido doctrinario al punto en que:

“(…) ha sido despojada de todo componente psicológico, ético o moral, concibiéndosela en términos netamente objetivos. Poco o nada queda de la culpa como aquel comportamiento psicológico del que hablaban los juristas de hace dos siglos. Su contextura ontológica, lisa y llanamente se ha metamorfoseado.” (Pantoja Bravo, Derecho de Daños - Tomo III, 2015, pág. 374)

En mis palabras la culpa se ha transformado en la adecuación de una conducta contraria al canon que la sociedad considera ideal, es decir, por su naturaleza no llega de ninguna manera a constituir un delito, pero las consecuencias deben ser reparadas en la medida de su intencionalidad; su experiencia como ser humano; su capacidad cognitiva y también a mi criterio se debe valorar los elementos económicos que tiene en su posesión para una eventual indemnización.

Es por todas esas consideraciones que la tendencia mundial del Derecho ha propuesto cambiar hasta el nombre, en base a los nuevos criterios de interpretación de las presunciones de negligencia y las nuevas clasificaciones de culpa que se describió en páginas anteriores.

### **El Daño. –**

Existen varias definiciones de lo que es el daño, esto dependiendo desde que óptica, corriente o autor se explique, es así que, para efectos de esta

investigación, se verá las definiciones de los autores más cercanos a nuestra realidad normativa.

Andrade explica que el daño es:

“Quien infringe un daño tiene el deber de repararlo, nos establece el CC. Es necesario determinar la acción u omisión, el nexo causal y el daño principalmente. Ante el daño es que se pueden activar las acciones civiles por responsabilidad, afín de obtener las indemnizaciones que correspondan, esto es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual.” (Andrade Torres, 2022, pág. 104)

Si bien, no existe un corolario de acciones u omisiones en las cuales se pueda establecer cuando procede una reparación por daños o perjuicios, nuestra ley no define que es daño y de cierta manera nos da la amplitud para que, las cortes puedan tener la capacidad de desarrollar el daño en base a las circunstancias que se presenten en cada caso.

Andrade citando a Larenz explica que: “el daño es aquel menoscabo como consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya que sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.” (Andrade Torres, 2022, pág. 104)

El jurista colombiano Juan Carlos Henao explica que el daño es: “La alteración negativa de un estado de cosas existente (...) es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima.” (Henao, 1998, pág. 84)

El mismo autor explica que: “Hablar de las condiciones de la existencia de los daños significa simplemente hablar de los elementos necesarios para que el daño exista.” (Henao, 1998, pág. 87)

La doctrina francesa enuncia que: “(...) es tradicional afirmar que, para que el perjuicio sea indemnizable debe ser personal, directo y cierto.” (Rougevin-Baville, 1992, pág. 139), sin embargo, Henao contradice argumentado que debe prescindirse de la característica de directa porque:

“Plantea un problema de imputación. En efecto el daño directo se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. Por ello tal característica habrá de ser estudiada en el tema de imputación del daño.” (Henao, 1998, pág. 87)

Como ya se ha desarrollado, la imputación del daño va paralelamente con la causalidad, esto resulta en la responsabilidad subjetiva el tema más complejo de todo lo que respecta un daño.

Hernán Corral pone de manifiesto que:

“Para que exista responsabilidad civil es menester que el hecho ilícito haya causado daño (...) La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho en este sentido que, para que un hecho culposo cause responsabilidad civil es indispensable que cause daño y se pruebe su monto.” (Corral Talciani, 2003, pág. 137)

El problema con esta esta definición de daño es que, entienden a la responsabilidad en términos mercantiles, por lo que, es complicado entender bajo este criterio al daño moral pues, si bien, debe establecerse una indemnización pecuniaria, la moral no tiene en si un valor monetario.

Ahora bien, si ya resulta complicado el establecer el daño, el nexo causal y aún más una indemnización, la CNJ ha desarrollado un precedente importante en relación a los profesionales de la salud, pero en realidad podría ser aplicado para todos los profesionales.

“(...) estaba legalmente obligado a informar adecuadamente a la paciente sobre su condición y a brindarle la oportunidad de ser ella quien elija a qué tratamiento desea someterse (...) es decir, toda la información medicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es en definitiva lo que representa su finalidad propia y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como futuro. (...) Lo relevante es que se hubiera ofrecido a la familia posibilidades de usa su derecho en un supuesto legal diferente, con unas condiciones diferentes y con una información diferente. Y por ello existe la posibilidad de una decisión diferente.” (Daño Moral - Maria Augusta Aguirre Troya vs Blum Pinto Bernardo, 2015)

Este proceso nos da un precedente importante sobre la responsabilidad que tienen los profesionales, es decir, esto a mi criterio puede ser utilizado para cualquier tipo de profesión, inclusive hasta para los profesionales del Derecho que no informen a sus clientes sobre los posibles desenlaces que puede traer una determinada acción judicial, mediación, transacción, etc.

## **El Daño Moral. –**

Es así que llegamos al daño moral, con el caso antes citado, resulta una pequeña muestra de lo complicado que es establecer una indemnización por daño moral, ya que, se trata del derecho que tenía una persona a información para tomar una decisión, ahora bien, esto solo es uno de los varios escenarios que tiene el daño moral y para comenzar es preciso definir ¿Qué es el daño moral?

Los jurisconsultos franceses fueron los primeros en utilizar el término *domages morales*, Vásquez explica que:

“(…) entendiendo al daño como el mal o perjuicio producido a una persona y aumentado el término moral, en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano. De manera general es entendido como un perjuicio sufrido en la psiquis de una persona, como la modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este hecho perjudicial.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 102)

En Colombia, la jurisprudencia ha definido así al daño moral:

“El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso, o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño.” (Corte Suprema de Justicia de Colombia , 2009)

En especie, el daño moral proviene de la lesión de los derechos de la personalidad, la salud e integridad, esto resulta un tipo de daño que debe ser resarcido de una manera distinta a la de cualquier daño, es decir, no comprende la órbita exterior del individuo.

“En sentido análogo, su reparación es singular e individual y no se contiene en la de otros daños, respecto de los cuales se distingue por su especificidad al recaer únicamente en los sentimientos y afectos, a consecuencia del quebranto de derechos, intereses o valores de naturaleza, ya patrimonial, bien no patrimonial, con los cuales no se confunde.” (Isaza Posse, 2020, pág. 90)

Es así que, existen dos posiciones, una el cual el daño moral es producto de la pérdida o daño de la cosa y la segunda en la cual, es producto del sufrimiento en la integridad física.

De manera usual en las acciones civiles por daño moral, los jueces han sido reacios al querer establecer un daño moral por la pérdida o daño de una cosa material, sin embargo, Isaza explica que:

“(…) hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, siempre que, como sucede en relación con toda clase de perjuicios, aquellos sean demostrados en el proceso.” (Isaza Posse, 2020, pág. 91)

Ahora bien, respecto del daño a las personas la doctrina colombiana ha establecido que es:

“(…) necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo.” (Isaza Posse, 2020, pág. 95)

A manera de colofón de este capítulo, es preciso explicar que para la procedencia del daño moral deben concurrir tres elementos:

- “1. La existencia de un hecho ilícito.
2. La relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño
3. La valoración de los daños.” (Andrade Torres, 2022, pág. 108)

La CNJ ha expresando dentro de la causa 17230-2016-06352:

“El hecho probado causó angustia y humillación pública. Añade que para llegar a un cálculo ponderado se necesita un punto referencial para establecer la reparación económica, considera que el actor no dejó de producir completamente. Bajo estos parámetros, considerando que la

ponderación del monto por indemnización de daño moral debe atender a la gravedad del daño, que su carácter es meramente reparador, más no sancionador, se observa la evolución de la canasta familiar vital, conforme aparece en sitio web INEC, durante los dieciséis años que el actor permaneció en la Central de Riesgos.” (Marcelo Vaca Navas vs Banco del Pichincha, 2019)

La indemnización debe guardar consonancia con el principio de proporcionalidad, es así que el juez debe buscar una cuantificación del daño atendiendo a hecho en razón de las circunstancias y por último debe llevar implícito el carácter reparador más no sancionador.

### **CAPITULO III**

#### **LAS TEORIAS DE CAUSALIDAD EN EL DAÑO MORAL PARA LA IMPUTACIÓN DEL MISMO Y CUANTIFICACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN. –**

Para la investigación que nos ocupa, estas teorías están orientadas a analizar hasta qué punto es responsable un agente dañoso por un hecho ilícito que, si bien, no llega a constituir un delito, si merece ser resarcido en el campo civil de acuerdo a las circunstancias que acompañan a la responsabilidad subjetiva.

La doctrina penal reconoce por lo menos a 35 teorías de la causalidad, dentro lo que ocupa al Derecho de daños se aplicación puntualmente tres:

- La teoría de equivalencia de condiciones;
- La teoría de la causalidad adecuada; y
- La teoría de la imputación objetiva.

#### **Teoría de la equivalencia de condiciones. –**

Esta teoría considera que: “como causa de un hecho a toda condición que, si es mentalmente suprimida, ocasiona la desaparición del resultado.” (Vásquez Pauta, 2021, pág. 54)

Según esta corriente: “(...) por la indivisibilidad material del resultado, todos los hechos que de alguna manera coadyuvaron a que el resultado fuera tal y como es, deben ser considerados al mismo tiempo causa de todo el resultado.” (Melchiori, 2020 , pág. 38)

Por tanto, esta teoría le da valor a todos los hechos que hicieron posible el resultado dañoso tiene el mismo valor y lo que busca es establecer el alcance del actuar humano y que relación tienen con el resultado.

“El nexo causal, entonces, debe resolverse mediante un esfuerzo por desentrañar la realidad de las cosas. Con ayuda de las ciencias auxiliares se determinará, ante un daño, qué sujeto ha interpuesto una condición necesaria para su producción. Aquí el derecho no toma ninguna decisión: recibe los hechos tal cual lo han podido desentrañar las ciencias empíricas.” (Melchiori, 2020 , pág. 39)

Todas las circunstancias que acompañan al hecho deben ser tratadas en conjunto para la imputación a un agente dañoso, son de carácter indivisible pues, cada una depende de la otra para su existencia.

Luis Jiménez explica en síntesis que:

(...) se considera la indivisibilidad del resultado, y se niega que pueda separarse una condición del conjunto de antecedentes para dotarle, a él solo, de la eficiencia de la causa única porque no es posible atribuir a cada uno de esos antecedentes una parte ideal en la producción del resultado. En la consideración objetiva de los hechos se nos aparecen, pues, todas las condiciones como igualmente necesarias para el resultado y de esa idéntica naturaleza esencial se deduce el principio de que toda condición causa todo el resultado.” (Jiménez de Asúa, 1951, pág. 476)

Esta teoría es sumamente criticada pues, no permite el establecimiento de concausas, lo que no permite de ninguna manera determinar en que medida, mayor o menor, tiene influencia un agente dañoso, el papel que tiene la víctima en el resultado del hecho.

Es decir, “(...) toda consecuencia es imputable a todo sujeto (incluso las consecuencias remotas); no habría razón para atenuar la responsabilidad, pues equipara las condiciones todas son igualmente relevantes; y, finalmente, permite confundir causalidad con culpabilidad.” (Trigo Represas & López Mesa, 2004, pág. 597)

Principalmente lo que esta teoría ha hecho es tratar de acercarse más al resultado, es decir, al daño, que, a los hechos mismo, esto entorno a que, se trataría de reparar el daño y no detenerse mucho medir el dolo o la culpa.

Es decir:

“El juez se encontrará en grado de probable en alto grado, en otros términos, el juez se encontrará en grado de afirmar que es probable que la conducta del agente constituya *coeterisparibus* una condición necesaria del evento: donde la palabra probable apunta a indicar la probabilidad lógica, o credibilidad razonable, del enunciado que se ha formulado.” (Melchiori, 2020 , págs. 43-44)

Por lo que, exige como requisito una probabilidad cualificada para luego imputar ese daño, es decir, que científicamente se logre probar que, el supuesto

agente dañador, materializó esos hechos con su accionar, esto sin considerar, la previsibilidad o la experiencia común y además esta probabilidad no exige certeza.

El juzgador tantea a ciegas una responsabilidad únicamente aplicando una formula, se podría decir matemática para llegar a establecer que, tal acción del agente dañoso probablemente causo el daño y, por tanto, debe responder indemnizando a la víctima.

En esta teoría juega un rol fundamental la prueba, tal es así que:

“De todas las formas de aproximación basadas en la probabilidad científica corresponde mencionar aquí a quienes les basta, al menos al juzgar ciertos casos, una probabilidad cualificada. Este juicio es en realidad un juicio sobre las pruebas aportadas al proceso, es decir, importa un criterio de valoración de la prueba en relación a los hechos, y no se aplica únicamente en materia causal por daños en el marco de la responsabilidad extracontractual.” (Melchiori, 2020 , pág. 46)

Por lo que, un proceso por daño moral, aplicando esta teoría, básicamente tendría varios problemas pues, en base a las pruebas aportadas por las partes, el juzgador tendría que llegar a determinar una responsabilidad en base a quien aportó la o las pruebas fundamentales que hagan presumir al juez que, tal daño merece ser indemnizado por el agente dañoso, sin embargo, trasladando esto a un caso puntual se podría citar el siguiente ejemplo:

“(…) conlleva a la obviedad tal, como que quien tiene la cosa, o habilita un inmueble y en él se produce el evento dañoso, en principio y salvo que se acredite causus, inexistente en el litigio, habrá de pechar con el resarcimiento del daño o lesiones que se produzcan, a quienes, como los fallecidos, bien ajenos estuvieron, por completo, en esa onda expansiva de contacto con aquellas cosas (...) Se integra así el presupuesto de causalidad de probabilidad razonable y, por ende, por la inversión del onus probandi, se obtiene el actuar culpabilísimo de la responsabilidad que se declara, que por tanto dista de la objetiva y no pugna con la clásica del reproche culpabilísimo, del que, claro es, no cabe acusar a la propietaria del piso que fue por completo ajena a la citada causa productora del incendio.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2002)

El magistrado aplicó una probabilidad cualificada, esta es una manera de determinar la causa de un hecho, en palabras de Andrés Melchiori: “(…) el juez

recurre a la postura en el plano de la determinación de la causalidad.” (Melchiori, 2020 , pág. 48)

Puede existir una crítica sobre este punto, ya que, se juega con probabilidades si bien razonables, pero no certezas, el juez atribuye una responsabilidad civil en base a presunciones y cabe recordar que un juzgador debe fallar entorno a “más allá de toda duda razonable”, por tanto, un tribunal de alzada podría encontrar una falta de motivación en la sentencia por el haber reconocido una responsabilidad utilizando una plataforma de probabilidades por presunciones.

Tal es la crítica sobre esta teoría que, dentro la administración de justicia los jueces tienen varios criterios, por ejemplo, dentro de un proceso judicial de daños, los padres de una menor demandaban a un hospital porque su hija al nacer tenía 84% de incapacidad cerebral debido al parto, los juzgadores de instancia y apelación rechazaron la demanda, sin embargo, en casación los jueces tuvieron el siguiente razonamiento:

“Las Sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada el demandante que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte médico ginecológico omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del cómo y porqué de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación , 2002)

Sin embargo, si es defendible esta teoría en base a que, de lo que se trata es por un lado de que, una persona o personas que cometen una acción deben responder por ella y la víctima tiene derecho a que, los daños que se le haya cometido sean reparados.

Entorno a la cuantificación del daño moral dentro de esta teoría, todos los involucrados en el daño pagan, es decir, desde la enfermera o asistente que estuvo en el parto hasta el médico ginecólogo u obstetra que atendió el parto.

Es decir, esta teoría le interesa corroborar el daño, los hechos concatenados que lo causaron y quienes fueron el o los responsables y por tanto, si tiene o tienen la obligación de responder por el daño.

Como se pudo apreciar esta teoría cree que cada acción es producto de la anterior, es decir, sin la una no podría haber existido la otra y por lo tanto, todos los involucrados son igualmente responsables de los daños, es así que, todos deben pagar en partes iguales lo que el juzgador a su buen criterio disponga.

El daño moral tiene en su naturaleza una difícil cuantificación, sin embargo, en el ejemplo que nos ocupa se debe valorar el sufrimiento de los padres de la menor y el de la menor para posterior cuantificar la indemnización.

Dentro de la investigación se logró demostrar que en ningún caso se puede establecer un precedente obligatorio para cuantificar daños por unos determinados hechos. Cada caso es especial y de tratamiento autónomo, las teorías en la causalidad nos ayudan a imputar el daño a un agente dañoso pero cada caso tiene sus determinadas aristas que no hacen posible establecer un precedente para un daño bajo exclusivas circunstancias, sin embargo, las teorías en la causalidad del daño nos ayudan a determinar a él o los responsables y por tanto, en base a los responsables, determinar el pago de daños.

A manera de colofón las probabilidades de un hecho son fundamentales para determinar el daño, cuando se aplica esta teoría, cobra esencial importancia la prueba y la valoración que hace el juzgador.

Mi crítica a esta teoría es en el sentido de que, no se puede idealizar escenarios que nunca pasaron en base a probabilidades, por un lado, sí, es cierto que se puede más o menos establecer que determinadas acciones causan determinado resultado, sin embargo, mi criterio muy personal es que, no se puede valorar situaciones que nunca se materializaron el mundo y por tanto, creo que en suma esta teoría se pregunta ¿Qué hubiera pasado si...?

## **Teoría de la causalidad adecuada. –**

Esta teoría en la práctica se traduce en que: “se adecua a la causa que habitualmente genera el resultado: el hecho que habitualmente genera el resultado será tenido como causa adecuada. Esa posibilidad que se hace habitual o probabilidad se determinan por la experiencia” (Melchiori, 2020 , pág. 56), considerando lo que normalmente hace una persona diariamente, es decir, según la experiencia cotidiana, lógicamente va a depender de cada persona en sí y de la sociedad en la que se desenvuelve; además otro autor explica que: “(...) no requiere, pues, absoluta certeza, ni en principio, probabilidad científicamente acreditada.” (López Mesa, 2008, pág. 863)

Esta argumentación se contrapone con la anterior teoría analizada pues, la anterior valora la probabilidad, en cambio esta da prevalencia a la experiencia, es decir, aquí lo que se valora es en base a las vivencias personales diarias la responsabilidad por un hecho.

Esta teoría no solo tomo como precepto a la experiencia, sino también se explica que dentro de la experiencia existen otros componentes: “adaptación, previsibilidad, regularidad, prognosis retrospectiva o juicio retrospectivo de previsibilidad.” (Melchiori, 2020 , pág. 56)

Dentro de la adecuación o adaptación de la acción, este elemento de la teoría de la causalidad adecuada, hace referencia a: “(...) a que el resultado de la acción debe ajustarse a lo esperable para esa acción del sujeto, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos.” (Melchiori, 2020 , pág. 56)

Es decir, se trata de lógica, en el sentido de que, una determinada acción produce una consecuencia, por ejemplo: si una persona lanza una piedra a un carro, no se puede esperar que tal vehículo explote producto de la piedra.

Melchiori lo llama un juicio de idoneidad, para tal proceso se debe determinar la previsibilidad de las consecuencias, la doctrina lo llama: “ex post facto de la previsibilidad del acaecimiento del resultado en razón de las condiciones precedentes.” (Melchiori, 2020 , pág. 56)

Por lo que, para mirar al pasado y adaptar los hechos a la previsibilidad de las consecuencias, a este proceso lógico se lo define como: “prognosis retrospectiva al realizar un análisis prospectivo-retrospectivo causal y otros diciendo que es un juicio retrospectivo de probabilidad, de previsibilidad.” (Melchiori, 2020 , pág. 57)

Esta resulta una probabilidad, pero a diferencia de la anterior teoría ya analizada, esta no le interesa la certeza científica en la probabilidad, es decir, es una probabilidad no científica.

“Si la acción u omisión del presunto agente era por sí misma apta para provocar el daño según el curso ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente le daño será objetivamente imputable al agente.” (Mazeuad & Mazeuad, 1978, pág. 321)

Cuando se llega a este punto, es preciso mencionar que, “existe un problema en la determinación causal para la teoría de la causalidad adecuada implica un inconveniente de regularidad estadística, que por lo tanto requiere una pluralidad de casos.” (Zavala de González, 1999, págs. 255-256)

Es así que, se llega al concepto de regularidad, es decir, debe existir una habitualidad frente a una acción, sin aquello no puede existir previsibilidad, debe existir una repetición de consecuencias frente a una acción.

“Ahora bien, qué criterios se deben utilizar para analizar esa adecuación, es decir desde qué punto de vista debe verse esa previsibilidad, es algo sobre lo que los autores no son contestes. (...) al ilustrar de modo genérico la relación entre previsibilidad y adecuación, que el sujeto no podía no debía conocer. Lo que trae más controversias es precisamente el modo de juzgar ese deber de conocer y hasta cuando se le exige a un sujeto poder” (Melchiori, 2020 , pág. 58)

Es así que, antes de imputar un daño a un agente es preciso valorar si el presunto agente dañador conocía las implicaciones de sus acciones al momento de actuar, “(...) el parámetro de conducta puede ser lo que conoce un hombre medio; o lo que conoce un experto y ambas pueden considerarse al momento del hecho o al momento del juzgamiento, según sea el caso.” (Melchiori, 2020 , págs. 58-59)

La jurisprudencia argentina ha desarrollado esta teoría en sus fallos argumentando:

“(…) pronunciándose en análogos términos la STS 12-11-93 que estableció que, si bien la culpa o negligencia tiene marcado sentido jurídico, la determinación del nexo causal entre la acción u omisión y el daño debe inspirarse. En la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, con abstracción de todo exclusivo doctrinal, considerando en cada supuesto si el acto antecedente se presenta con virtualidad suficiente para del mismo se derive el efecto dañoso producido, atendiendo no solo a las circunstancias personales, de tiempo y de lugar, sino además al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el demandado obró con el cuidado, atención y perseverancia adecuados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio; añadiendo que si no hay acción u omisión que impulse a actuar para impedir un daño previsible, tampoco hay conducta calificable no puede surgir la obligación de reparar, pues otra cosa implicaría que la simple y gratuita imputación de parte crease responsabilidad.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación , 2011)

A comparación de la teoría anteriormente analizada, en esta se analiza la experiencia del agente dañoso, es decir, se comprueba el daño y además se analiza al agente dañoso en el sentido que, sus acciones determinan un resultado, pero tal accionar era plenamente conocido por el agente y, por tanto, conocía las consecuencias de su accionar.

Dentro del daño moral, aplicando esta teoría de causalidad, se podría mencionar el escenario de una persona de 18 años, sin bien, es mayor de edad y capaz de adquirir obligaciones, sin embargo, la experiencia que tiene como ser humano es muy diferente a la experiencia que tiene una persona de 35 o 40 años, por lo que, a mi criterio el juez debe valorar este aspecto al momento de determinar una cuantificación por daño moral.

En base a aspectos de la personalidad de una persona se puede llegar a determinar si es merecedor de pagar una indemnización, esta teoría va hasta más allá, determina que no hay siquiera obligación de reparar si no existe la previsibilidad en el accionar, sin embargo, a mi criterio si se debe obligar a reparar así no exista previsibilidad en aras de procurar es sentido reparador y preventivo del daño moral.

## **Teoría de la imputación objetiva. –**

Sin duda alguna esta teoría fue desarrollada por la doctrina penal y es la teoría mas popular hoy en día cuando se trata de hablar sobre imputación de delitos culposos, para efecto de esta investigación, debe entenderse que la imputación objetiva ayuda a generar en el juzgador una certeza sobre quien es la persona que debe responder por un daño.

“Una primera posibilidad es, pues, limitar el sentido de la imputación objetiva a la restricción del amplísimo alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones. En este sentido la imputación objetiva vendría a ocupar el espacio que, incorrectamente, ocupaba la teoría de la adecuación y se limitaría a ofrecer un correctivo de la causalidad. Pero ya los primeros penalistas que desarrollaron el concepto para el Derecho Penal no solo exigieron para la imputación objetiva la creación de un determinado grado de riesgo, sino que dicho riesgo no fuera permitido.”  
(Mir Puig, 2003, pág. 9)

Sin duda alguna, al analizar las teorías de la causalidad se toman conceptos del Derecho Penal, sin embargo, se debe dejar claro que, si bien, tomamos criterio y aplicamos teorías penales en el Derecho de Daños, los bienes jurídicos que persiguen proteger cada rama son diametralmente distintos.

Entendido ya esa idea, es preciso conocer que es la teoría de la imputación objetiva y como se aplica en el daño moral.

“La teoría de la imputación objetiva es una herramienta para interpretar adecuadamente si el suceso o acontecimiento puesto en marcha por una persona debe ser apreciado como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado. Se busca que el acontecimiento deje de ser estrictamente naturalista, esto es que vaya más allá de ser una suma de datos que no tienen ninguna relevancia jurídica. Desde una óptica del Derecho penal no se plantea la cuestión de lo que una acción o acto ha producido de una manera objetivamente imputable, sino si el acontecimiento por ser objetivamente imputable, constituye en realidad una acción jurídico-penalmente relevante.”  
(Zambrano Pasquel, 2017, pág. 28)

De lo anotado por Zambrano, esta teoría aplicada en el daño moral tiende a valorar un hecho dañoso y a establecer si tal hecho dañoso merece ser

indemnizado por un agente dañoso por constituir un hecho que jurídicamente merece ser resarcido.

Ahora bien, el problema yace en cómo se valora que un hecho dañoso merece ser susceptible de ser indemnizado, para lo cual se debe tomar en consideración el siguiente concepto:

“De acuerdo con una visión correcta, debe decirse que un resultado podrá serle objetivamente imputado a un individuo, cuando el haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, de manera que la imputación objetiva posee dos elementos que son el de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el de la realización de dicho riesgo en el resultado, entendiéndose este último no en un sentido puramente naturalístico, sino como quebrantamiento de las normas.” (Reyes Alvarado, 1992, págs. 961-962)

Es decir, dentro del accionar del agente dañoso debe estar implícito la creación de un riesgo no justificado, por ejemplo: el agente dañoso trabaja en una empresa de gas licuado y ha recibido capacitación de que es peligroso estar con elementos inflamables cerca de los cilindros de gas licuado, sin embargo, hace caso omiso de esta advertencia y juega con fuego cerca de los cilindros, es decir, a pesar de que conoce de los riesgos que su conducta podría traer y jurídicamente constituye un riesgo no permitido el materializar un evento así en el mundo, igual lo hace, esto bajo la aplicación de esta teoría, estaría incurrido en una responsabilidad por daños pues, ha creado un riesgo desaprobado y tal riesgo constituye el quebrantamiento de normas.

Ahora bien, dentro de ese mismo contexto podría ser un empresario que, a pesar de conocer las normas de prevención de accidentes, aún así las ignore, creando así un riesgo no permitido dentro de un ambiente laboral lo que en un ejemplo puede derivar en un accidente de uno de sus empleados, incapacitándolo de manera temporal o permanente, por lo que, respondería por daños tanto materiales como inmateriales por haber hecho propicio un desenlace así.

Es decir, la consideración del riesgo es fundamental para cuantificar un daño moral, por tanto, es preciso establecer hasta que punto creó el agente dañoso un riesgo no permitido y de esa manera el juzgador tiene elementos para

cuantificar una indemnización en base a ese parámetro, ya que, si fuera el caso de que, no generó un riesgo no permitido, sino que tal daño se debió a situaciones que estaban dentro de un riesgo permitido, yo creería que igual debería responder por daños, pero la indemnización obviamente debe ser menor.

Esta última idea va acompañada de las clases de culpa, es decir, si en el ejemplo propuesto, el empresario no generó dentro de su empresa un riesgo no permitido, es decir, les dio capacitación de prevención de accidentes de trabajo a sus empleados, les daba elementos de protección, etc., y el accidente se debió a un desperfecto tecnológico que no se había podido prever, ya que, tal prevención demandaría un esfuerzo extremadamente acucioso, por tanto, esto constituiría una culpa levísima, es así que, se podría determinar una indemnización por daños, pero en menor cantidad de si tal prevención constituía una culpa grave o leve.

Otro punto a considerar es la cuestión de los roles, definida por el alemán Jakobs como:

“La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Admitiendo que hay dos clases de roles, el que se llama roles especiales que cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas como en la relación de padres a hijos, que deben formar una comunidad. Los titulares de estos roles al quebrantarlos deben responder como autores. En el otro grupo están los roles comunes, que aluden al rol de comportarse como una persona en derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. (Jakobs, 1996 , pág. 71)

Por tanto, dentro del contexto del ejemplo del empresario, es menester tomar consideración si el se ha apartado de su rol como jefe de una empresa, que tiene por obligación legal el llevar a cabo todo lo necesario para evitar que la empresa tenga que pagar algún tipo de rubro por concepto de responsabilidad patronal, es así que, en base a el rol que desempeña se puede valorar su nivel de responsabilidad como agente dañoso, es decir, es el juez está encargado de valorar si el empresario se ha apartado de su rol al momento en que aconteció el daño.

Dentro de este contexto la jurisprudencia argentina ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva orientándolo hacia el Derecho de Daños.

Por lo que, a modo de ilustración, en el año 2012 su Corte de casación valoró los siguientes eventos: una entidad organizadora de eventos y una aseguradora respondieron por daño en base a que, un día, la hija pequeña de los demandantes, se precipitó al vacío desde una altura de un tercer piso, resultando con lesiones graves. Esto aconteció mientras disfrutaba de unas vacaciones adaptadas para disminuidos psíquicos en una playa.

Las pruebas aportadas corroboraron que: los monitores de los menores no contaban con formación necesaria; los monitores conocían el temperamento de la niña por lo dicho por lo padres y este evento aconteció el último día de la colonia vacacional; la niña ese día se encontraba en un estado de nerviosismo fruto de que quería marcharse entre los primeros niños, sin embargo, no le fue permitido; fruto de ese nerviosismo los monitores tuvieron la idea de encerrarla sola en una habitación del tercer piso, con el balcón abierto; y la niña al intentar descolgarse del balcón, cayó al vacío.

Los magistrados resolvieron este caso de la siguiente manera:

“Los hechos que se mencionan permiten sentar las siguientes apreciaciones a) hubo una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que, de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente (utiliza elementos para la antijuricidad y hace referencia a la probabilidad). Hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones se produjeron como consecuencia de la caída por la ventana. c) Hay causalidad jurídica atribuibilidad pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado (propio de la teoría de la imputación objetiva) y que era previsible dadas las características de la niña y la forma de solucionar el conflicto que se creó a partir de un estado de nerviosismo y alteración; las medidas de seguridad aparecen como la causa próxima y adecua a producir el daño, por tanto, el juicio de reproche recae sobre la entidad por no haber actuado con la debida diligencia.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación , 2012)

Por tanto, es imprescindible tomar en consideración todos los factores y circunstancias para poder dilucidar en que caso se puede aplicar una determinada teoría de la causalidad en el daño, en el recién citado el ideal era la imputación objetiva.

## **CONCLUSIONES. –**

- Previo querer establecer un proceso por daño moral es preciso instituir ante qué tipo de responsabilidad civil esta tal daño.
- La responsabilidad civil toma varios aspectos de imputación del Derecho Penal para reprochar el daño a un agente dañoso.
- Los daños morales también pueden existir en las responsabilidades pre contractuales y contractuales, no solo en la responsabilidad extracontractual.
- La ponderación del monto pecuniario por indemnización de daño moral debe atender al carácter reparador más no sancionador.
- Las teorías de la causalidad del daño solo pueden ser aplicadas en la responsabilidad subjetiva.
- La indemnización por daño moral si bien queda a discrecionalidad del juez civil, esta no puede ser de ninguna manera ilimitada e inmotivada, sino que, el juzgador debe motivar su resolución en base a todo lo analizado en esta investigación, en especial la causalidad.

## RECOMENDACIONES. –

- Es preciso que, un juzgador civil que tenga a su cargo un proceso por daño moral, recabe información sobre la responsabilidad civil para poder aplicarla al caso en concreto, esto, tomando en consideración que no toda la información sobre la responsabilidad civil es aplicable para el daño moral pues, como se pudo evidenciar la responsabilidad por daños inmateriales tiene un especial tratamiento muy distinto a la responsabilidad civil por daños materiales.
- El juzgador tiene que analizar los elementos de la responsabilidad civil en el daño moral: la culpa, el daño, en este último debe valorar la gravedad del daño, como ha alterado negativamente la vida del sujeto y, por último, como la causalidad y sus teorías inciden en determinar la actuación del agente dañador y el grado de responsabilidad que tiene para posterior llegar a determinar una indemnización monetaria, esto atendiendo al carácter reparador mas no sancionador.
- Naturalmente las teorías de la causalidad analizadas: la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la imputación objetiva deben ser aplicadas para casos en concreto, esto quiere decir que, mediante un ejercicio lógico, el juzgador debe determinar cuál es la teoría a aplicar para el caso en concreto o si simplemente no es procedente la aplicación del mismo.

## **BIBLIOGRAFÍA. -**

- Alessandri Rodríguez, A. (2005). *De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno*. Santiago : Ediar editores Ltda.
- Andrade Torres, Y. (2022). *Práctica Civil y Mercantil* . Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Barragán Romero, G. (1995 ). *Elementos del daño moral*. Quito : Edino.
- Bernal Pulido, C., & Fabra Zamora, J. (2013). *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CC. (24 de Junio de 2005). Código Civil Ecuatoriano. Quito , Pichincha , Ecuador : Registro Oficial Suplemento 46.
- Coello García, H. (2010). *Obligaciones - Tomo II*. Cuenca : Fundación Chico Peñaherrera.
- Comité Delfina Torres Vda. de Concha vs Petroecuador, 0447-2010 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador 19 de Marzo de 2003).
- Corral Talciani, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Santiago : Jurídica de Chile.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia , Exp. 0001-3103-005-2005-00406-01 (Sala de Casación Civil 18 de Septiembre de 2009).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación , ROJ 8802/2002 (Sala de lo Civil 23 de Diciembre de 2002).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación , ROJ 9315/2011 (Sala Primera 30 de Noviembre de 2011).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación , ROJ 3955/2012 (Sala de lo Civil 11 de Junio de 2012).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, ROJ 3060/2022 (Sala de lo Civil, STS 29 de Abril de 2002).
- Daño Moral - Maria Augusta Aguirre Troya vs Blum Pinto Bernardo, Juicio No: 17711-2014-0158 (Sala de lo Civil y Mercantil de la CNJ 7 de Agosto de 2015).
- Ex Corte Suprema de Justicia , Expediente 229, Registro Oficial 43 (Sala de lo Civil y Mercantil 19 de Marzo de 2003).
- García Amado, J. A., & Papayanis, D. (2020). *Dañar, Incumplir y Reparar* . Lima : Palestra.

- Guarderas Izquierdo, E. (2022). *Apuntes sobre Teoría de las Obligaciones*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones .
- Henao, J. C. (1998). *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá : Universidad del Externado de Colombia.
- Isaza Posse, M. C. (2020). *De la cuantificación del daño*. Bogotá : Temis.
- Jakobs, G. (1996 ). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Jiménez de Asúa, L. (1951). *Tratado de Derecho Penal - Tomo III: El Delito*. Buenos Aires : Losada.
- López Mesa, M. (2008). *El mito de la causalidad adecuada*. Buenos Aires : La Ley.
- Marcelo Vaca Navas vs Banco del Pichincha, 17230-2016-06352 (Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia 23 de Septiembre de 2019).
- Mazeuad, L., & Mazeuad, J. (1978). *Lecciones de derecho civil*. París : Jurídicas América-Europa.
- Melchiori, F. A. (2020 ). *Las teorías de la causalidad en el daño*. Barcelona : Bosch Editor .
- Mir Puig, S. (2003). Significado y alcance de la imputación penal. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 05-10.
- Mosset Iturraspe, J. (1997). *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires : Hammurabi.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Teoría General del Delito*. Lima: Jurídica del Pacífico.
- Pallares Rivera, J. (2016). *El Daño Moral y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito : Coboscreative.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de Daños*. Bogotá: Leyer.
- Pantoja Bravo, J. (2015). *Derecho de Daños - Tomo III*. Bogotá : Leyer.
- Resolución 0199-2014 Juicio de daños y perjuicios seguido por PROPHAR S.A. contra la COMPAÑÍA M.S. & DHOME (INTER AMERICAN) CORPORATION, Juicio 215-2014 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia 10 de Noviembre de 2014).
- Reyes Alvarado, Y. (1992). *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*. Bogotá: Temis.

- Rougevin-Baville, M. (1992). *La responsabilité administrative*. París: Collection Les Fondamentaux.
- Terán Ortega, W. (04 de Diciembre de 2009). El daño extracontractual . *Tesis de Maestría en Derecho Procesal*. Quito , Pichincha , Ecuador : Universidad Andina Simón Bolívar.
- Trigo Represas, F., & López Mesa, M. J. (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil: el derecho de daños en la actualidad, teoría y práctica*. Buenos Aires : La Ley.
- Valencia Zea, A. (1990 ). *Derecho Civil - Tomo III, De las Obligaciones* . Bogotá : Temis.
- Vásquez Pauta, P. (2021). *Mutación del Derecho de Daños*. Quito : ONI.
- Zambrano Pasquel, A. (2017). *Imputación objetiva, Opúsculos Penales y Constitucionales*. Guayaquil : Murillo Editores.
- Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de Daños - Tomo IV*. Buenos Aires: Hammurabi.

## **ANEXOS**



**VIVIANA MICHELLE BACUILIMA QUITO** portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **010639745-8**. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“LA DISCRECIONALIDAD DEL JUZGADOR CIVIL AL DETERMINAR EN SENTENCIA UN DAÑO MORAL Y EXPEDIR LA INDEMNIZACION MONETARIA A FAVOR DEL DEMANDANTE”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, **26 de octubre de 2022**

**VIVIANA MICHELLE BACUILIMA QUITO**

**C.I. 010639745-8**

