

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

Daños en el Derecho de Familia en el Ecuador

Tania Alexandra Irigoyen Arboleda

Luis Parraguez, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, Mayo de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Daños en el derecho de familia”

Tania Irigoyen Arboleda

Dr. Luis Parraguez
Director y Presidente del Tribunal

Dr. Farith Simon
Informante

Dra. Ana Carolina Donoso
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows four handwritten signatures in blue ink, each positioned over a horizontal dotted line. The signatures are: 1. A large, stylized signature at the top, likely belonging to Dr. Luis Parraguez. 2. A signature with several vertical strokes, likely belonging to Dr. Farith Simon. 3. A signature that appears to read 'Ana Carolina Donoso', likely belonging to Dra. Ana Carolina Donoso. 4. A signature at the bottom, likely belonging to Dr. Luis Parraguez.

Quito, 15 de Mayo de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA: "Daños en el derecho de familia"
ALUMNO: Tania Irigoyen Arboleda

EVALUACIÓN

a) Importancia del problema presentado

El tema abordado por la estudiante es de innegable importancia y llena un considerable vacío en nuestro medio. Ampliamente desarrollado en otros países, como Argentina y España, en Ecuador no ha tenido presencia doctrinaria ni jurisprudencial, a pesar de que existe un marco regulatorio, como es el de la responsabilidad extracontractual, que es perfectamente aplicable para enfrentar y resolver la resarcibilidad de los daños ocasionados al interior de la familia, entre los cuales destacan por su importancia y frecuencia, los que se originan como consecuencia de la falta de reconocimiento o reconocimiento tardío de la relación parento-filial, por la nulidad del matrimonio y por el divorcio, que son los eventos potencialmente dañosos de mayor relieve y frecuencia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada
por la investigadora

La hipótesis que sirve de guía al trabajo es de suyo trascendente, con mayor razón en nuestro país. Enfoca perfectamente la importancia del problema y puede suscitar la atención y un tratamiento más sostenido y profundo en la doctrina y jurisprudencias nacionales.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos
y materiales empleados

La estudiante ha hecho una investigación seria y satisfactoria, revelando un auténtico interés en el tema, para lo cual ha utilizado una bibliografía importante y adecuada a las exigencias de su hipótesis de trabajo. Lamentablemente, una vez más, la ausencia de suficiente literatura y sentencias nacionales han conspirado para incorporar al análisis una visión desde la perspectiva local.



d) Contenido argumentativo de la investigación
(justificación de la hipótesis planteada),

Es notorio que alrededor del tema del trabajo se dan cita una serie de prejuicios y posturas dogmáticas que oscurecen un tratamiento jurídico de rigor técnico. Una visión marcadamente conservadora de la familia, de su visión y misión y del estatuto jurídico-social de sus miembros, de raíz generalmente confesional, ha sido históricamente un obstáculo para adecuarla al progreso de las ideas. El discurso de ha valido de la pertinaz recurrencia a la "crisis" del orden familiar, tomada la expresión como sinónimo de ruptura decadente, de pérdida de los valores supuestamente estables, lo que ha mi opinión ha deformado el auténtico sentido de "crisis" como momento de cambio, propio, necesario e inevitable de toda institución humana.

La autora del trabajo, que pone en evidencia la robustez de sus convicciones, ha sorteado con éxito aquellas dificultades, presentado una buena argumentación con adecuado uso de la normativa vigente para poner la cuestión en sintonía con la disciplina moderna del sistema de derechos.

La hipótesis, bien elegida y correctamente planteada, a mi juicio ha sido finalmente comprobada por la tesista.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo
del desarrollo de la investigación

La estudiante ha cumplido debidamente las tareas encomendadas por el suscrito en las distintas reuniones de trabajo. Se ha mantenido en sus ideas matrices, consciente de que es **su trabajo**, pero a la vez ha sido permeable a la dirección cuando se le han planteado argumentos sustantivos y metodológicos que le han parecido convincentes.

Por lo expuesto considero que la tesina de la señorita Irigoyen puede ser presentada para su defensa.

Abril 2014



Luis Parraguez R.
DIRECTOR

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: 
Nombre: _____
C. I.: _____

Fecha:

Dedicatoria:

A mi madre Mónica Arboleda por formarme en base a la libertad, igualdad e independencia, por tu paciencia y sacrificio.

A mi padre Dr. Javier Irigoyen por su generosidad, esfuerzo y apoyo incondicional.

A mi hermano Dr. José Irigoyen gracias por ser mi guía, por el conocimiento brindado y por exigirme constantemente.

A mi hermano Nicolas Irigoyen por la comprensión y el cariño que me das todos los días.

A mi novio Juan José Hidalgo por creer en mí, por estar en los malos y buenos momentos, por combatir las suposiciones.

Agradecimientos:

Especial agradecimiento a mi Director de tesis y profesor Dr. Luis Parraguez por sus enseñanzas, por proporcionarme material para desarrollar este trabajo, por mostrarme mis capacidades y mis errores.

A los profesores de la Universidad San Francisco de Quito, principalmente al Dr. Vladimir Villalba, al Dr. Farith Simon por los conocimientos impartidos. y la Dra. Daniela Salazar por su ayuda en los aspectos metodológicos de este trabajo.

A José Rafael Bustamente Crespo, por su tiempo, y dedicación para ayudarme a ser mejor.

A mi cuñada, Karla Benavides por su colaboración.

A mi gran amiga Nazareth Ramos por impulsarme a alcanzar este objetivo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad establecer la aplicabilidad de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia, basados en el artículo 2229 del Código Civil, que indica que todo daño debe ser reparado. La naturaleza especial y los caracteres que se le han otorgado al Derecho de Familia han dificultado la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en esta materia. El contenido ético, la prevalencia de un interés supraindividual, la limitada autonomía de la voluntad que hallamos en esta rama del Derecho genera posturas doctrinarias y jurisprudenciales contrarias a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual; posturas que desvirtuaremos a través del estudio realizado en la presente tesina, demostrando que lo adecuado es prevenir y reparar los hechos ilícitos ocasionados entre los miembros de una familia.

ABSTRACT

This work aims to establish the applicability of tort liability in family law, based on Article 2229 of the Civil Code, which states that any damage must be repaired. The special nature and the characters that have been granted to family law, have hindered the application of tort liability in this matter, the ethical content, the prevalence of a supra-individual interest, the limited autonomy that we find in this branch of law generates doctrinal and jurisprudential positions contrary to the application of tort liability, positions that we will contradict in this thesis, showing that is appropriate prevent and remedy damages incurred among family members.

INDICE

INTRODUCCIÓN	11
CAPÍTULO I.....	14
1.1. DERECHO DE FAMILIA Y SU APROXIMACIÓN AL DERECHO DE DAÑOS	14
1.1.1 Responsabilidad Jurídica.....	14
1.1.2 Responsabilidad Civil.....	15
1.1.3 Responsabilidad Civil Extracontractual	17
1.1.4 Hecho ilícito.....	21
1.1.5 Elementos del hecho ilícito.....	22
1.1.6 Enfoque del problema de la prescripción de la acción de Indemnización por daños y perjuicios en materia civil extracontractual.....	30
1.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO DE DAÑOS	31
1.3. NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO DE DAÑOS Y SU APLICABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA	37
1.3.1 Teoría del Riesgo.....	37
1.3.2 Declinación del elemento de “Antijuricidad”.....	39
1.3.3 Daños Punitivos.....	40
CAPÍTULO II.....	42
2.1 DIFERENTES POSTURAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DE FAMILIA	42
2.1.1 Tesis Negativa.....	42
2.1.1.1. Postura ética o moral.....	42
2.1.1.2. Postura Contractualista.....	43
2.1.1.3. Postura Positivista o de Especialidad del Derecho de Familia.....	44
2.1.1.4 Postura Sociológica.....	45
2.1.1.5. Doctrina de Inmunidad Familiar.....	46
2.1.2. Tesis Positiva.....	46
2.1.2.1. Postura admisoría	47
2.1.2.2. Síndrome del espejo	47
2.2. CASOS EN LOS QUE SE PRETENDE UNA REPARACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS DE UN MIEMBRO DE FAMILIA A OTRO.	50
2.3. DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO.....	51
2.4 DAÑOS DERIVADOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	56
2.4.1 Caso Xavier Eugenio Crespo Rosales en contra de Nathaly Korchak Pesantez: Error en cuanto a la identidad del otro contrayente.....	60
2.5 DAÑOS POR LA FRUSTRACIÓN DE VISITAS DE PADRES A HIJOS.	66
2.6 DAÑOS POR TRANSMISIÓN DE SIDA A LOS HIJOS Y TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES EN GENERAL.	67
2.7 DAÑOS DERIVADOS DE LA NEGATIVA A RECONOCER AL HIJO EXTRAMATRIMONIAL.....	70
CAPÍTULO III.....	76
3.1 NUEVA PERSPECTIVA DE LOS DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.....	76
3.2 DEL PROCESO DE DAÑOS EN EL DERECHO DE FAMILIA.	78
3.3 LEGITIMACIÓN	80
3.4 VALORACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	82
3.5 VALORACIÓN DAÑO MORAL EN EL DERECHO DE FAMILIA	83
3.6 JURISPRUDENCIA EXTRANJERA SOBRE LA VALORACIÓN DE DAÑO MORAL EN EL DERECHO DE FAMILIA.....	89
3.6.1 Sentencia Argentina: Caso G. M. L. Contra U. J. D.	89
3.6.2 Sentencia Española: Caso Elvira contra Braulio.....	90
3.6.3 Sentencia Argentina: Caso C. R. A. M. Contra D. N. S., L. C.	92
3.7 VALORACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL.....	94
3.8 ¿NECESIDAD DE ESTABLECER UN MARCO LEGAL PARA EL TEMA EN EL ECUADOR?	96
CAPITULO IV.....	98

CONCLUSIÓN	98
BIBLIOGRAFIA	101
PLEXO NORMATIVO	105
JURISPRUDENCIA	107

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual se cimenta en el principio general *neminem laedere*, entendido como que nadie debe causar daño a otro. En el Ecuador, este principio ha sido recogido por el Código Civil, artículo 2229 que señala: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.

Este deber jurídico de reparar se ha originado por el incumplimiento de una obligación, “un deber de conducta tipificado en una ley”¹, que produce un daño. El sistema de atribución de responsabilidad civil extracontractual en el Ecuador se basa en la culpa y dolo, es decir que el incumplimiento deber de conducta establecido en la ley se debe a la negligencia o la intención de ocasionar el daño, un cuasidelito o delito civil.

La jurisprudencia ecuatoriana ha expresado que para que exista responsabilidad extracontractual deben concurrir los siguientes elementos: “ a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño”².

Como podemos ver, los criterios que reglan la responsabilidad civil extracontractual son generales y aplicables a una variedad de situaciones, lo que nos hace preguntarnos si ¿todos los daños deben ser reparados?. A nuestro entender, siempre que concurren los elementos antes descritos por la jurisprudencia se genera automáticamente el deber jurídico de reparación. Esto responde a los fines y a la lógica interna de la responsabilidad civil extracontractual, así Barros dice: “Los fines y valores son el elemento dinámico del sistema de responsabilidad, pues permiten

¹ Rodríguez Grez, Pablo. La Responsabilidad Extracontractual. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p.11.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia de 19 de Marzo del 2013. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730.

discernir la regla correcta en el contexto institucional de una práctica doctrinaria y judicial. Por eso, en razón de esta lógica interna, no es un despropósito afirmar que una decisión es conforme a derecho aunque el caso no pueda subsumirse en una regla ya formulada”³. Consideramos extremadamente valioso, encontrar en la responsabilidad civil extracontractual un mecanismo amplio que permita que la decisión judicial sea tan trascendental, que vaya configurando cuáles deben ser las conductas del ser humano, donde subyace el deber de cuidado, en base a los intereses jurídicos protegidos existentes en el ordenamiento jurídico.

Creemos que este elemento dinámico del que habla Barros, hace posible que los valores jurídicos y la finalidad del Derecho estén siempre presentes pese al constante cambio en el que vivimos, producto de la modernización, la modificación del comportamiento humano, entre otros aspectos.

Otra de las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual es la prevención de los daños. Al exigir al que ocasiona el daño, una indemnización para reparar el hecho ilícito cometido, se deja en claro los costos que conlleva esa conducta; es así que las personas toman una actitud preventiva que evita el cometimiento de daños.

En base a lo anterior, podemos decir que el sistema de responsabilidad civil se va desarrollando a través del hecho ilícito civil. Han llamado nuestra atención aquellos hechos ilícitos que surgen en las relaciones familiares, puesto que la doctrina y la jurisprudencia en países como Argentina, España, Francia –y en un único fallo en el Ecuador– han expuesto las dificultades al considerar la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia, lo que ha desembocado en que se presenten dos posturas: la postura admisoria, que en base al principio de no dañar no le interesa que exista un vínculo familiar entre la víctima y el dañador, se aplica de todas formas la regla de responsabilidad civil; mientras que la postura negativa considera que tiene relevancia jurídica en la responsabilidad civil extracontractual que el hecho ilícito sea cometido por un miembro de la familia a otro

³ Barros Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p.37.

miembro integrante de la misma, por lo cual, no debe aplicarse la regla general de la responsabilidad.

De ahí que surge la materia de nuestro estudio en la presente tesina, la que radica en determinar si es aplicable la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia, tomando en consideración las particularidades que lleva inmersa esta rama del Derecho.

El Derecho de Familia tiene una especial relevancia, la familia es una institución natural y social, es el núcleo de la sociedad, el reflejo de la ideología de un grupo social, por ello es que atraviesa siempre transformaciones. Los aspectos que regula el Derecho de Familia son las relaciones más importantes y trascendentales en la vida de las personas, son los vínculos entre padres e hijos, cónyuges; siendo tan importante esta rama del Derecho no me explico por qué no debe estar revestida de los beneficios que envuelve el sistema de responsabilidad civil extracontractual.

Por ello, analizaremos en el primer capítulo conceptos generales, tanto del Derecho de Daños como el Derecho de Familia, expondremos los argumentos por los cuales consideramos que debe aplicarse la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia. Posteriormente, en el segundo capítulo, se explicará tanto la postura admisorio como la negativa, los casos en que se ha pretendido una reparación derivada de hechos ilícitos dañosos entre miembros familiares. Para finalmente, observar en el tercer capítulo algunos aspectos procesales, tendencias en el Ecuador sobre el tema, y la valoración de los daños; con la finalidad de presentar un trabajo investigativo suficiente que logre establecer la admisibilidad del Derecho de Daños en el Derecho de Familia en el Ecuador.

CAPÍTULO I

1.1. Derecho de Familia y su aproximación al Derecho de Daños

Este primer capítulo tiene como finalidad establecer los argumentos por los cuales considero aplicable la responsabilidad civil extracontractual y en consecuencia el Derecho de Daños, en tres temas concretos de Derecho de familia en el Ecuador: el divorcio, los casos de nulidad del matrimonio y la filiación; para lo cual haré una introducción sobre las principales instituciones y los conceptos generales del Derecho de Daños y la responsabilidad civil, con el afán de determinar posteriormente la procedencia de las mismas en los casos mencionados; haciendo así un acercamiento a ambas ramas del Derecho.

1.1.1 Responsabilidad Jurídica

Para empezar con el análisis de las disciplinas jurídicas que deseo abordar en este trabajo, considero necesario introducir el tema, mediante la frase expuesta por LUIS PARRAGUEZ, en su manual, debido a que ésta resalta la importancia de la responsabilidad jurídica, elemento substancial y origen de esta tesis:

La necesidad en que se encuentran las personas de reponer el perjuicio ocasionado por un hecho o acto suyo no es sino una consecuencia de su propia condición de persona, tan inseparable de ella como lo es la misma capacidad u otro atributo cualquiera de los sujetos de derecho. Por ello se plantea que la responsabilidad jurídica es una especie de atributo negativo de la personalidad.⁴

De esta frase quiero advertir que el tema que trato lleva consigo la esencia de lo que implica ser para el derecho o en otras palabras la capacidad de ser *sui iuris*, que no es otra cosa que “la concurrencia de ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensables para el desenvolvimiento de ella como sujetos de derechos”, así definen Alessandri, Somarriva y Vodanovich a los atributos de la personalidad⁵. Es fundamental dilucidar que existen dos tipos de atributos: positivos, ya que otorgan derechos primordiales y la posibilidad de poderlos ejercer por sí

⁴ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 3.

⁵ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuel y Vodanovic H., Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 403.

mismos, como son la capacidad, el nombre, la nacionalidad, domicilio etc.; y un atributo negativo, denominado así por configurarse una obligación para la parte que ha ocasionado un daño, como es la responsabilidad⁶.

En el momento en que se mantiene o se plantea que los individuos de una familia no deben responder por los daños causados a uno de sus miembros, se está atentando contra el sujeto de derechos, pues es desnaturalizado al quitarle una de sus características esenciales, como es la responsabilidad jurídica. Al respecto de la responsabilidad jurídica como atributo negativo de la personalidad PARRAGUEZ manifiesta:

Hemos visto que la personalidad implica la existencia de ciertos atributos o propiedades sin los cuales no es posible hablar de persona en sentido jurídico. Pero aquellas que acabamos de revisar constituyen lo que podríamos llamar *propiedades positivas*, en el sentido que se expresan en beneficios asociados a la calidad de persona. De la misma manera esa calidad lleva aparejada una *propiedad negativa*, gravosa para los sujetos, que resulta como una contrapartida lógica de esos atributos positivos. Esta propiedad negativa es precisamente la *responsabilidad jurídica*⁷.

De la cita debemos destacar que la responsabilidad jurídica es una propiedad particular de las personas, independientemente de sus vínculos jurídicos; en otras palabras, esta propiedad no se desvanece al momento de casarse, de tener hijos o de divorciarse. Dentro de las relaciones familiares la responsabilidad jurídica es indispensable, como un componente para limitar el actuar de los individuos al ámbito de lo justo.

1.1.2 Responsabilidad Civil

La responsabilidad jurídica tiene diversas modalidades, existe responsabilidad penal, administrativa, laboral, y la que concierne a nuestro tema, responsabilidad civil, “se traduce, invariablemente, en el deber de indemnización y restitución a cargo del autor del perjuicio y, por otro lado, la pretensión de indemnización que asiste al

⁶ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 4.

⁷ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 4.

perjudicado”⁸. En palabras de Larenz: “la obligación de indemnización tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo en sus bienes.”⁹ Rozo por su parte explica las funciones de la responsabilidad civil:

El sistema de la responsabilidad civil ha sido creado para satisfacer toda una serie de exigencias. 1 Sancionar la conducta de quien ocasiona un daño o perjuicio, 2 Prevenir que se repitan determinados hechos; 3 Reparar los daños ocasionados, procurando, en lo posible, reconstituir la situación anterior a la producción del daño (llamada situación quo ante); 4. Distribuir equitativamente las pérdidas patrimoniales de cada sujeto, las cuales, en últimas se reflejan en la sociedad civil en su conjunto¹⁰.

Al mencionar la cuarta función de la responsabilidad jurídica, en mi opinión, Rozo está enfocando el tema desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, puesto que concibe a la responsabilidad como un método de distribución de pérdidas. Sobre esto, Calabresi mantiene que la responsabilidad civil es un sistema, un conjunto de reglas que establecen criterios de distribución de costos generados por accidentes¹¹; de ahí que la función principal de la responsabilidad civil es la reducción de estos costos, concluye expresando que el sistema más adecuado de responsabilidad civil es aquel que logre una distribución eficiente¹². Es necesario acotar que esto implica la reducción de costos de los accidentes, la reducción de costos de los daños y su prevención; por ello, para perfeccionar el sistema de responsabilidad civil en el Ecuador es indispensable determinar la aplicabilidad de la responsabilidad civil en los casos de Derecho de Familia, ya que estaríamos incentivando una conducta, la cual se resume en que no se tolere el cometimiento de daños o perjuicios dentro de las relaciones de familia.

Sobre esta perspectiva de análisis económico del derecho, López nos trae la hipótesis del individualismo metodológico, definido por Schäfer, como “la suposición de que todos los hombres persiguen sus propios intereses, la mayoría de veces

⁸ Aguiar, Hugo. *Derecho Civil de las Obligaciones*. Ecuador: Universidad Católica, 2012, pp. 88-109.

⁹ Larenz, Karl citado por: Dino Alfredo Samper Cortés. *Requisitos y fundamentos de la responsabilidad civil*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1983, p.12.

¹⁰ Rozo Sordini, Paolo. *El Daño Biológico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002, p.22

¹¹ Se debe entender por accidentes a los sucesos indeseados por la víctima que producen daños.

¹² Calabresi, G. *El Costo de los Accidentes (análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*. España: Editorial Ariel, 1984.

egoístamente y que proceden racionalmente para la consecución de su objetivo”¹³. Para López, el daño es visto como un costo que alguien debe asumir, y según cuál sea esa regla, quien los soportará será la víctima, el victimario, ambos o un tercero como puede ser el seguro, el Estado o un garante. Lo importante de esta perspectiva es entender que el daño debe ser soportado por el causante, de otra forma el daño es transferido a otro patrimonio y se produce la externalización; al contrario, cuando el daño es indemnizado por el causante, el costo se internaliza, el daño es asumido por aquel que lo ha causado¹⁴.

Actualmente en el Ecuador, no se siguen acciones de daños y perjuicios en contra del padre o la madre que no reconocen a su hijo, o incumplen su obligación legal de proporcionarle alimentos, vivienda etc.; tampoco se sigue esta acción en contra del cónyuge adúltero, o aquel cónyuge que infiere injurias graves, tiene una actitud hostil, entre otros hechos ilícitos, en estos casos ¿quién está soportando los costos de los daños que se han causado?. Es claro que actualmente son los perjudicados los que soportan el costo de los daños y de una u otra forma, al no limitarse estas conductas, se externalizan en toda la sociedad.

Es fundamental acotar, como bien indica Gómez Pomar: “el Derecho de Daños funciona a través de las reglas de responsabilidad civil, que imponen a una persona, normalmente el causante del daño, la obligación de indemnizar los daños causados a la víctima.”¹⁵. Veámos a continuación cuáles son estas reglas.

1.1.3 Responsabilidad Civil Extracontractual

Primero, debemos decir que la responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual, siendo esta última el factor *sine qua non* para el presupuesto de

¹³ Schäfer, Hans Bernd; Ott, Claus, *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 61. Esto es lo que se conoce como REMM (Resourceful evaluating maximising man)

¹⁴ López, Edgardo. *Introducción a la responsabilidad civil*. Disponible en: <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> citando a: Posner, Richard, “Rational choice, behavioral economics and the law”, en *Stanford Law Review*, vol. 50, p. 1551. Y Schäfer, Hans Bernd; Ott, Claus, *Manual de análisis económico del derecho* trad. de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991, p. 61. Esto es lo que se conoce como REMM (Resourceful evaluating maximising man)

¹⁵ Gómez, Fernando. *Conceptos Fundamentales del Derecho de Daños*. España: Universitat Pompeu Fabra., p. 5. Disponible en: http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T12008.pdf

daños en los casos de Derecho de Familia. Acerca de la división de responsabilidad civil en extracontractual y contractual, Freyre y Beristaín indican:

Algunos autores señalan que el origen de la división existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se encuentra en el antiguo Derecho Romano, al señalar que mientras en la Ley de la XII Tablas la responsabilidad era contractual, en la Ley Aquilia, era extracontractual, de allí que en el Digesto y en la Institutas se les legislara separadamente.

En realidad, resulta más exacto acotar que si bien aquello significó el hito inicial en el que se fundaron ambas responsabilidades, su diferencia conceptual fue elaborada por los glosadores y los postglosadores, posición que luego sería adoptada por el Derecho Francés y por los códigos que se basaron en el Código Napoleón.¹⁶

Si bien existen diversas apreciaciones sobre la división expuesta, este tema ya ha sido resuelto por la legislación ecuatoriana al ser aceptada la división de responsabilidad en extracontractual y contractual; ahora bien, la mencionada cita también enfoca otro asunto de importancia, la responsabilidad civil extracontractual tiene como antecedente la Ley Aquilia y por ende el principio *neminem laedere*, Castresana, autora del libro *Nuevas lecturas de responsabilidad aquiliana*, comenta que: “la Escuela de Derecho Natural, y particularmente Grocio y Pufendorf son quienes asignan la máxima amplitud semántica al concepto de daño resarcible (...)”¹⁷:

Con Pufendorf el principio *neminem laedera* adquiere una importancia extraordinaria: figura *inter officia* absoluta que cada hombre debe ejercitar y desarrollar en relación con los demás “*primum locum obtinet, ne quis alterum laedat*”¹⁸. El *damnum* termina identificándose con la *laesio* tanto corporal como aquella que afecta el *anima*¹⁹.

Por este principio debemos entender –entonces– que nadie debe causar daño a otro, esta regla general se ha impregnado en el artículo 2214 del Código Civil del Ecuador, norma que establece: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le

¹⁶ Castillo Freyre, Mario y Rosas Berastain, Verónica. “La Atomización de la Responsabilidad civil (o como el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil)”. En *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI*. Vega, Yuri y García Domingo (coordinadores). Perú: Editorial Moreno S.A., 2010, pp. 81- 112.

¹⁷ Castresana, Amelia. *Nuevas Lecturas de Responsabilidad Aquiliana*. España: Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 82.

¹⁸ G. P Masseto. *Responsabilit  extracontrattuales*. p. 1120. Citado por: ver supra nota 5.

¹⁹ Castresana, Amelia. *Nuevas Lecturas de Responsabilidad Aquiliana*. España: Ediciones Universidad Salamanca, 2001, pp. 1159-1161.

impongan las leyes por el delito o cuasidelito” y el artículo 2229: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”²⁰. Con estos artículos, además de observar la normativización del principio *neminem laedera*, se aprecia el sistema contemporáneo que el Ecuador maneja de responsabilidad extracontractual, un modelo normativo de reparación de daños derivado de la visión francesa, Corral da luces respecto a este tema:

Los modelos normativos de reparación de los daños causados por comportamientos indebidos no contractuales son básicamente dos: aquellos que utilizan la técnica de disponer una regla general y abstracta prohibiendo inferir daño a otro y reservando a la labor judicial el precisar en concreto qué hechos pueden tener cabida dentro de ese principio general; y aquellos que prefieren tipificar ya a nivel normativo o legal, con mayor o menor amplitud, los comportamientos precisos que generarán el deber de responder.²¹

Una gran parte de los ordenamientos jurídicos actuales siguen el modelo adoptado por el Código Civil francés, que enuncia como marco general de toda la regulación de la responsabilidad civil una norma que actúa como cláusula general, a la que deberán reconducirse los supuestos específicos: todo hecho del hombre que haya causado daño a otro obliga al culpable a repararlo (art. 1382). Nada se dice sobre qué daño y cómo debe ser causado para que imponga responsabilidad. Se trata sólo de la recepción legal del principio general de que nadie debe causar un daño a otro: *alterum non laedere*.²²

Según lo citado podemos decir, que el artículo 1382 del Código Civil francés es una pilar del sistema de la responsabilidad extracontractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, adicionalmente, sobre esta disposición normativa se realizó una tesis fundamental acerca de la responsabilidad civil, como nos dice Quintero de Prieto²³. Tesis que nos ayudará a enfocar cuál es la fuente de responsabilidad civil extracontractual, pero sobre todo, será un argumento fundamental para establecer la viabilidad de la responsabilidad extracontractual en el Derecho de Familia.

²⁰ Código Civil de la Republica del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

²¹ Di Majo, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2ª edic., Milano, 1993, pp. 164 y ss. Citado por: Corral, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 94-96.

²² Corral, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 94-96.

²³ Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización: Manual de Responsabilidad Civil*. Colombia: Leyer Editorial, 2000, p. 10.

Quintero indica que Sainctelette “construye toda su teoría a partir de un concepto diferencial de la culpa, una contractual y otra extracontractual”²⁴, sobre esto se construye la división esencial de las responsabilidades. Cuando el hecho viola una norma de carácter contractual por ende estamos ante una culpa contractual, hay una violación a un deber nacido de un convenio, un negocio jurídico, lo que está en riesgo son los intereses privados de los contratantes. Por el contrario, cuando el hecho viola el deber legal, cuestiona el orden público, estamos ante la culpa extracontractual.

Las obligaciones emanan de fuentes diversas. “La fuente de la obligación de indemnizar en el caso de la responsabilidad extracontractual es la ley misma; la relación obligacional contractual nace exclusivamente de la culpa. Este raciocinio lo teje Sainctelette con apoyo en el Código Civil francés, en su artículo 1382”²⁵. El discernimiento enunciado, en mi opinión, es un argumento que respalda la aplicabilidad de la responsabilidad civil extracontractual en los casos de Derecho de Familia, ya que las leyes en el Ecuador son claras al expresar las obligaciones de un padre o madre respecto a sus hijos, así como los deberes y obligaciones entre cónyuges y las causales por las cuales se puede llegar a un divorcio o darse la nulidad del matrimonio. En consecuencia, cuando se incumplen estas obligaciones se transgrede el deber legal, y se atenta contra orden público, por lo cual se origina inmediatamente la responsabilidad civil extracontractual por los daños que este incumplimiento produce. No podríamos en ningún caso mantener que por darse dentro de una relación filial, el incumplimiento no debe tener las consecuencias impuestas por la responsabilidad civil.

Prima facie, parecería ser que la responsabilidad extracontractual nace entonces de la culpa, sin embargo es oportuno observar qué dice nuestra legislación al respecto; el artículo del Código Civil del Ecuador 2184, referente a la fuente de la responsabilidad extracontractual, dice: “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que

²⁴ Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización: Manual de Responsabilidad Civil*. Colombia: Leyer Editorial, 2000, p. 11. “Por el año de 1884 Sainctelette encuentra que la responsabilidad contractual y la extracontractual son instituciones jurídica irreductibles y profundamente diferentes, esencialmente diversas. El belga construye toda su teoría a partir de un concepto igualmente diferencial de la culpa. Sobre la concepción de dos estructuras irreductibles de culpa.(.)”

²⁵ Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización: Manual de Responsabilidad Civil*. Colombia: Leyer Editorial, 2000, p. 11.

nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito²⁶(el subrayado es mío).

Propiamente, es el hecho ilícito civil, delito y cuasidelito, la fuente de responsabilidad extracontractual ya que trae como consecuencia la obligación de reparar el daño injusto causado; “esta obligación tiene por objeto una prestación destinada a enmendar, compensar o, en ciertos casos, neutralizar o mitigar, en la medida de lo posible, el daño causado”²⁷. En palabras de Ospina:

La responsabilidad civil se funda en el máximo postulado del derecho el cual es no perjudicar a otro injustamente y que traduce en el deber que pesa sobre toda persona, por el hecho de vivir en sociedad, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que en el ejercicio de sus numerosas actividades y derechos no lesione injustamente a otro, deber que incluye el leal y diligente cumplimiento de las obligaciones concretas, voluntariamente contraídas o impuestas por la ley. La violación de este deber compromete la responsabilidad del agente y le acarrea, en consecuencia, la obligación de indemnizar los daños causados²⁸.

1.1.4. Hecho ilícito

Considero necesario profundizar sobre el hecho ilícito, para lo cual tomaré la definición y caracteres establecidos por Alessandri, Somarriva y Vodanovich:

El hecho ilícito civil, el que genera obligaciones, se define como el hecho doloso o culposo que causa a otro daño injusto. *Doloso* es el hecho cometido u omitido con intención de dañar; *culposo* es el hecho cometido u omitido por negligencia o imprudencia. *Daño* es todo detrimento menoscabo que un sujeto sufre en su persona o sus bienes. También puede decirse que *daño* es todo detrimento o menoscabo que un sujeto sufre en sus derechos patrimoniales o extrapatrimoniales. *Injusto* es el daño que no tiene justificación jurídica alguna.²⁹

²⁶ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 2184. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

²⁷ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuele, Vodanovic H., Antonio. *Tratado de las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 33

²⁸ Ospina F., Guillermo. *El régimen general de las obligaciones*. Colombia: Editorial Temis.1976, p. 117.

²⁹ Alessandri R., Arturo, Somarriva U., Manuele, Vodanovic H., Antonio. *Tratado de las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 34.

Cubides Camacho enfoca el tema del hecho ilícito como origen de la responsabilidad civil extracontractual, realizando primero un acercamiento al hecho jurídico (ilícito) como fuente no voluntaria de las obligaciones, establece que los elementos del hecho jurídico son la tipicidad del hecho o su consagración por una norma legal y la involuntariedad de sus efectos –como es la indemnización o la sanción por un delito–, para posteriormente, distinguir al hecho ilícito civil como hecho imputable dañoso o ilícito civil, el cual define de la siguiente manera: “todo hecho que como consecuencia del dolo, de la culpa o del riesgo asumido por una persona, produce daño a otra”³⁰. Adicionalmente explica, que es esencial que el hecho ilícito produzca un daño, puesto que sin el no nace la obligación de reparar los perjuicios causados, lo cual según el autor, es la esencia de la responsabilidad; adicionalmente, el hecho dañoso debe ser atribuible a una persona que sea capaz de responder. Concluye diciendo que la responsabilidad es el efecto del daño imputable y por esta razón se contrae la obligación de reparar los daños, derivada del hecho ilícito o imputable dañoso.

1.1.5. Elementos del hecho ilícito

Según Barros³¹ para que exista responsabilidad civil extracontractual debe haber un hecho imputable, supone la voluntariedad del sujeto para actuar, la conducta libre, se requiere que el sujeto sea capaz; es decir, pueda discernir que es lo correcto, solo ahí puede imputarse responsabilidad a una persona. Adicionalmente, según sea el régimen de responsabilidad civil extracontractual, debe presentarse el requisito de la culpa, o si el sistema es objetivo; importa solo el resultado.

En el Ecuador la responsabilidad se atribuye por culpa, en otras palabras, la conducta es ilícita cuando hay una intención o negligencia en la producción del daño, para Barros: “en el derecho moderno, la culpa es un criterio genérico de responsabilidad, que comprende el ilícito intencional (dolo) y el no intencional (negligencia o imprudencia). Lo característico de las dos formas de culpa es precisamente su generalidad”³².

³⁰ Cubides, Jorge. *Obligaciones*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. 2005, pp. 285-291.

³¹ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 63.

³² Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 76.

El sentido de la culpa se traduce en el deber de cuidado y diligencia que deben tener las personas, estándares de conducta³³ dice Barros. En el derecho civil la culpa expresa el principio de responsabilidad por la inobservancia del deber de cuidado, la obligación de indemnizar nace por incurrir en un comportamiento contrario a la conducta que ha determinado una disposición normativa³⁴. Pero no basta con incurrir en negligencia o dolo ya que necesariamente debe haber como resultado de esa intencionalidad o imprudencia, la producción de un daño; condición indispensable para la responsabilidad civil extracontractual, cuya finalidad es la indemnización o reparación del daño patrimonial o una compensación en el caso del daño moral. Sobre el Daño Barros indica:

Si bien existe una tendencia hacia la formulación de un concepto general de daño en las codificaciones civiles, el concepto ha adquirido dos concreciones diferentes. En los sistemas jurídicos donde sólo el daño antijurídico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un derecho subjetivo para que haya lugar a la indemnización. Por el contrario, en una definición en sentido amplio, que se remonta a las Siete Partidas, el daño ha sido definido como todo detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona³⁵.

Finalmente, el último requisito de la responsabilidad civil extracontractual es la causalidad, considerada como el nexo que debe mediar entre el hecho ilícito y el daño. No debe entenderse que este nexo puede ser meramente accidental, debe existir una relación causa y efecto entre el hecho y el daño, como explica Barros, “los efectos dañinos consecuentes del hecho del demandado sólo son atribuidos a ese hecho en la medida que exista entre ambos una relación sustancial.”³⁶

En concordancia con lo explicado, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que para que exista responsabilidad extracontractual deben concurrir los

³³ Se debe tener en cuenta el argumento pragmático de que la responsabilidad por negligencia, si se la compara con la responsabilidad estricta, plantea serios problemas probatorios, aumenta la incertidumbre acerca del resultado de los juicios e incrementa los costos de la administración de justicia. Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 79

³⁴ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 78.

³⁵ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 220.

³⁶ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 373

siguientes elementos: “a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral y d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño”³⁷.

Vale destacar que la jurisprudencia deja una cierta apertura, en la que ampara la posibilidad de que la ley puede determinar además de la culpa y el dolo otro elemento semejante para que se configure la responsabilidad extracontractual, este razonamiento permitiría que sea viable la postura manejada por López Herrera frente a la aplicabilidad del Derecho de Daños en el Derecho de Familia, quien menciona:

La naturaleza de la indemnización de daños y perjuicios en materia de derecho de Familia no deviene de un contrato, no es indispensable que concurren los requisitos de la responsabilidad del hecho ilícito, y así mismo tampoco están sujetos a las reglas de responsabilidad civil extracontractual en todos los casos; por lo que se le da un tratamiento según un sector de la doctrina como una acción de indemnización peculiar, *sui generis*³⁸.

Posteriormente analizaremos con mayor detenimiento este postulado, ya que el fin de esta tesis es determinar si son aplicables las normas actuales que tenemos en Ecuador sobre responsabilidad civil en los casos mencionados de Derecho de Familia (filiación, divorcio, nulidad del matrimonio), por lo cual la hipótesis que mantengo sería contraria a la de López Herrera, en principio.

Ahora bien, es importante analizar que ha determinado sobre el hecho ilícito la jurisprudencia ecuatoriana, en referencia al elemento subjetivo enseña:

El dolo generador del delito civil, como la culpa constitutiva del cuasidelito de la misma especie, deben consistir en actos o manifestaciones de la voluntad positivos y formalmente determinados a causar el daño que se reclama. Es de la esencia de la culpa la previsibilidad. Hay ausencia de culpa cuando el hecho ilícito no ha podido ser previsto racionalmente³⁹.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia de 19 de Marzo del 2013. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12. Página 3730.

³⁸ López Herrera, Francisco. *Derecho de Familia*. Venezuela: universidad católica Andrés bello, 2005, p. 234.

³⁹ Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 4. Pág.. 1005. (Quito, 1 de septiembre de 2000)

También ha establecido que el delito y el cuasidelito, son hechos ilícitos que causan daño y para poderlos diferenciar es necesario saber, que existe un delito cuando hay intención de dañar, mientras que el cuasidelito es un hecho culpable en el que a diferencia del delito no hay malicia, dolo, o la intención positiva de inferir injuria; lo que existe es descuido, imprudencia, impericia, negligencia o falta de debido cuidado.

La jurisprudencia es clara al mencionar la consecuencia directa del cuasidelito, una obligación civil fundada en la responsabilidad sujeta a la presencia de ciertas condiciones como es la existencia de un daño, la relación de causalidad entre la culpa y el daño y la capacidad del sujeto activo. Sobre el daño, definen que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio material, moral, patrimonial o extrapatrimonial⁴⁰.

Tanto la culpa como el dolo son manifestaciones encaminadas a provocar un daño que deben ser determinables. El dolo es claramente identificable, ya que hay una intención de ocasionar un perjuicio; pero en el caso de la culpa debemos hacer un mayor acercamiento, por lo cual es pertinente enfocar el tema desde la llamada graduación de la culpa, Rozo nos dice “(...) se debe establecer que dentro del ilícito extracontractual tendría relevancia la culpa levísima, (a diferencia de lo que pasa en el campo del incumplimiento contractual), esta regla se resumiría en el brocardo “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*”⁴¹. Veámos si dentro de nuestro ordenamiento jurídico es aplicable lo expuesto por dicho autor. El artículo 29 del Código Civil del Ecuador dice:

Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: Culpa grave, negligencia grave, 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. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en

⁴⁰ Corte Superior. Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil. Sentencia de 12 de Noviembre 1990. Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10. Pág. 3048.

⁴¹ Rozo Sordini, Paolo. *El Daño Biológico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002,.

la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro⁴².

Como podemos observar, los diferentes grados de culpa en el Código Civil ecuatoriano, se han propuesto siempre desde la perspectiva de la presencia de un contrato, pero ¿qué pasa en los casos extracontractuales?. Sin ánimo de dar una opinión precipitada, podríamos decir que el legislador ha previsto estos grados de culpa en los negocios jurídicos. Ante esto considero necesario dilucidar si son aplicables estos grados en materia de responsabilidad extracontractual. En primer lugar, debe comentarse que los grados de culpa han sido ampliamente criticados en la doctrina, por ejemplo, Ospina sostiene:

Sería muy conveniente modificar el sistema del código Civil en este punto, descartando la artificiosa y empírica teoría de la prestación de las culpas, para establecer, en su lugar, un sistema conforme al cual todo deudor debe quedar obligado, ni mas ni menos a comportarse como una persona normalmente juiciosa y diligente, como un buen padre de familia. Mientras esta reforma no se establezca, el problema importantísimo de la responsabilidad contractual continuará entregado a la arbitrariedad de los jueces, llamados por el sistema vigente a clasificar la conducta de los deudores en tres categorías separadas entre sí por líneas sutilísimas y de ordinario inasibles.⁴³

La cita que antecede nos hace preguntarnos ¿cuál es el propósito o sentido de la norma que establece los diferentes grados de culpa? Ante esto, considero oportuno traer las consideraciones de Cubides Camacho, quien defiende que su utilidad radica en que esta norma recoge la realidad del comportamiento humano; también resalta la importancia de la equiparación de la culpa grave y el dolo y trae a colación el artículo 1604 del Código Civil colombiano,⁴⁴ para comentar que la función de esta norma es establecer en qué medida son los contratantes responsables, según la ventaja o utilidad que perciban del contrato. "...Se responde únicamente de la culpa grave cuando el contrato sólo produce beneficios para la otra

⁴² Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 29. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

⁴³ Ospina F., Guillermo. *El régimen general de las obligaciones*. Colombia: Editorial Temis.1976.

⁴⁴ Artículo 1604. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útil es al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.*

parte; se responde de la culpa grave y de la leve cuando el contrato produce beneficios para ambas partes; y se responde de toda culpa grave y de la leve cuando el contrato sólo reporta beneficios para sí⁴⁵. El artículo 1604 mencionado también se encuentra en el Código Civil del Ecuador por lo cual este razonamiento es aplicable a nuestra realidad:

Art. 1563.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.⁴⁶ [El resaltado es mío]

Retomando la problemática jurídica planteada –la culpa en la responsabilidad extracontractual– considero pertinente observar el criterio que mantiene al respecto el autor Diez-Picazo y cómo enfoca el problema. Para Diez-Picazo la cuestión radica en determinar cuál es el criterio que se debe utilizar en la responsabilidad civil extracontractual, es el estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, es decir, solo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad; o por el contrario, cualquier tipo de culpa genera responsabilidad⁴⁷. El autor comenta que existen diversas opiniones que respaldan ambas tesis; autores como Baudry-Lacantinerie y L. Barde (*Traité Théorique et Pratique du Droit Civil*, volumen 13, p. 1.096) consideran que en materia de delitos y cuasidelitos no hace falta que se alcance cierto grado de gravedad para que se origine responsabilidad, esto se fundamenta en el artículo 1383 del código civil francés que establece que la falta más ligera basta para que se incurra en la responsabilidad prevista en el artículo 1382. Esta norma responde al aforismo *In lege Aquilia et culpa levissima venit* al igual que al principio de Domat: “Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que

⁴⁵ Cubides, Jorge. *Obligaciones*. Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1996, PP. 230-231.

⁴⁶ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 1563. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005

⁴⁷ Diez Picazo, Luis. “La culpa en la Responsabilidad extracontractual”. En *Anuario de Derecho Civil* Núm. LIV-3, Julio 2001.

se debe saber u otras faltas parecidas, por ligeras que puedan ser, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia u otra falta dio lugar a ellas”. Este principio se reprodujo en el artículo 1383 del Código Civil francés. Diez-Picazo finaliza comentando que al tratar la doctrina de Domat, Bertrand de Grenouille en su discurso (Tribunado y el Tribuno Tarrible) ante el Cuerpo Legislativo, objetó lo mencionado por Domat, por ser injusto castigar a un hombre que no tuvo la intención de ocasionar un daño.⁴⁸ El autor establece que la respuesta a la objeción está en el principio de orden público, la ley no puede colocar en la misma balanza al que se equivoca y al que sufre. En conclusión, en la responsabilidad civil extracontractual no cabría, por lo antes mencionado, los grados de culpa.⁴⁹

Considero aplicable el criterio conservado por Diez-Picazo ya que no existe, en nuestro ordenamiento, una disposición expresa que establezca lo contrario en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Finalmente, cuando los componentes descritos: elemento subjetivo, nexo causal, daño y antijuridicidad se unen y generan el hecho ilícito; nace en el mundo jurídico una obligación, como expone la catedrática Roca: “esta obligación jurídica tendrá como todas, un acreedor y un deudor: el acreedor es la víctima del daño, quien lo ha sufrido en su persona o en su patrimonio; el deudor es aquel que lo ha producido con su conducta o bien la persona que sea responsable.”⁵⁰

La autora concluye –a partir de lo indicado– que en el Derecho de Daños se estudia preferentemente cómo surge la obligación de reparar, adicionalmente expone las diferentes características de esta obligación, diciendo que es una deuda de valor, es ilíquida y no es personalísima. Señala que las deudas de valor son deudas de dinero, el dinero funciona como un equivalente o sustitutivo, no tiene la característica de ser *intuitio personae* ya que la acción de reclamación es subrogable; y el crédito que surge como efecto directo del daño puede ser transmitido entre vivos y por causa de muerte. Finalmente, es una obligación ilíquida porque el monto que ha de fijarse por la reparación de los daños se realiza en un momento procesal

⁴⁸ Cabría preguntarse si esta consecuencia no es demasiado exagerada y si no hay algo de injusticia en castigar a un hombre por una acción que participa únicamente de la debilidad o de la desgracia y a la cual su corazón y su intención eran absolutamente ajenos

⁴⁹ Diez-Picazo, Luis. “*La culpa en la Responsabilidad extracontractual*”. En Anuario de Derecho Civil Núm. LIV-3, Julio 2001.

⁵⁰ Roca, Encarnación. *Derecho de Daños*. España: Editorial Tirant lo Blanch. 1998, p. 171.

determinado y para ello debe llevarse a cabo la determinación de los daños producidos y su valoración. Este tema será abordado posteriormente cuando nos adentremos a la valoración de los daños en el derecho de familia en el capítulo tercero de la presente tesina.

Hasta aquí, hemos tratado de profundizar en los conceptos generales del Derecho de Daños con miras a aplicarlos dentro de las relaciones familiares, hemos hecho un acercamiento a la responsabilidad jurídica, la responsabilidad civil extracontractual, el hecho ilícito, la culpa, el dolo, la obligación de reparación; por lo que es esencial que determinemos, ¿qué es el daño y cuándo debe repararse? GHERSI utiliza el diccionario de la Lengua Española para obtener el concepto del daño, el diccionario establece los siguientes sinónimos: perjuicio, menoscabo, dolor. Tres elementos que los definirá de la siguiente forma: “el perjuicio está relacionado conforme a la misma fuente con el gasto o detrimento material o ganancia dejada de obtener; el menoscabo, apunta a la disminución o deterioro o causar mengua en la persona o en sus cosas; el dolor, situación aflictiva interior o exterior en el cuerpo o en los sentimientos”⁵¹. A partir de esto, define al daño: “implica la pérdida o modificación de algo existente, material e inmaterial presente o futuro (...)”⁵², para el autor estos son niveles de lesión a las que habría que agregar las molestias, según el Diccionario de la Lengua Española: una perturbación, falta de comodidad o inquietud de ánimo, esto es un nivel menor que el daño y por lo tanto es soportable y en la mayoría de casos no reparable, siendo parte de la convivencia social.

Gherzi explica que existen ciertos requisitos para que se produzca la reparación del daño, estos condicionamientos son:

1. Que el daño provenga del ámbito de otro sujeto por sí, como conducta propia, de sus dependientes, por máquinas, actividad, tecnología, etc.
2. Que posea una manifestación externa.
3. Que sea jurídicamente relevante, lo que se ha denominado certidumbre jurídica.
4. Que se lesione un derecho o un interés jurídicamente protegido.

⁵¹ Gherzi, Carlos coordinado por: Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables*: Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 51.

⁵² Gherzi, Carlos coordinado por: Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables*: Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 52.

5. Que quien lo sufra tenga legitimación para reclamar la reparación.
6. Que a quien se le reclame sea legitimado pasivo.
7. Que esté determinado o sea determinable, presente o futuro.
8. Que no se frustre su reparación.
9. La prueba de la existencia de daño y su extensión⁵³

A partir de la configuración del daño como reparable, debe investigarse la relación de causalidad y el factor de atribución, decisión del ordenamiento jurídico de cómo fundar la reparación de daños; de tal forma que al establecerlos en sí mismo comportan un elemento restrictivo del derecho, a ser reparado.

1.1.6 Enfoque del problema de la prescripción de la acción de Indemnización por daños y perjuicios en materia civil extracontractual.

El Artículo 2235 del Código Civil del Ecuador determina que: “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”⁵⁴ Considero que el plazo establecido para la extinción de la acción por daños es apropiado; sin embargo, parece necesaria una reforma para poder establecer la forma de cómputo del plazo, esto tiene especial relevancia en casos como un hecho ilícito continuo, donde la fecha de perpetración del acto se prolonga indeterminadamente en el tiempo, el delito se renueva permanentemente, o en casos de un hecho ilícito que produce un daño diferido, el daño se manifiesta con posterioridad a la comisión del hecho ilícito⁵⁵. Resulta también importante en los casos donde existe un perjuicio inicial y posteriormente se generan nuevos hechos ilícitos dañosos, esto ¿implicaría una nueva causa generadora de responsabilidad? ¿Cómo debe realizarse el cómputo cuando el daño es cometido diariamente por distintos ilícitos?

El artículo 2235 en su sentido literal se refiere a que el plazo de cuatro años se debe contar desde la comisión del hecho culpable o doloso, es decir que el criterio no

⁵³ Ghersi, Carlos coordinado por: Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables*: Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 55-57.

⁵⁴ Código Civil de la República del Ecuador, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005

⁵⁵ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 925.

considera el momento en que se produce o se conoce del daño como factor para iniciar el computo. En mi opinión el plazo de prescripción debe calcularse desde que el daño se manifiesta y pueda ser conocido por el responsable, creo que el criterio de perpetración de acto no es adecuado, ya que se debe tomar en cuenta no sólo la ejecución del hecho ilícito sino al efecto dañoso, de lo contrario no tendría sentido comenzar el calculo sin tener todos los requisitos para que se genere la responsabilidad civil extracontractual; sólo ahí nace la obligación de reparación.

Siguiendo este criterio, en los casos de daños continuos, sólo cuando cesa el daño puede comenzar a correr la prescripción, esta es la posición de BARROS “sólo cuando el daño se haya dejado de renovar y sus efectos dañinos se hayan consumado, es posible sostener que se ha perpetrado la acción”⁵⁶. Si se trata de diferentes hechos ilícitos dañosos, debemos entender que el plazo de prescripción comienza a correr independientemente para cada hecho ilícito siempre y cuando haya cesado el daño. En caso que estemos ante un mismo hecho ilícito, que se realice periódicamente, lo lógico sería comenzar a realizar el cómputo tomando en cuenta el último hecho ilícito y los efectos dañosos que por ello haya sufrido la víctima.

1.2. Evolución del Derecho de Familia y su proyección en el Derecho de Daños

Medina analiza la evolución del Derecho de Familia y la influencia que ha tenido en esta rama el Derecho de Daños. Explica que durante el siglo XIX y hasta inicios del siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre ellos; esto debido principalmente a los criterios que se han manejado, como era la autoridad que tenía el pater familias, la concepción de la patria potestad como un conjunto de derechos, la desigualdad entre la mujer y el marido, en definitiva, la existencia de una estructura jerarquizada basada en el dominio del pater familias; los niños solo eran considerados en la letra de la ley. Por otra parte, se concebía a la familia como una estructura unitaria, además de percibir el Derecho de Familia como una rama del Derecho autosuficiente⁵⁷.

⁵⁶ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 925.

⁵⁷ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal- Culzoni Editores, 2008, pp 18- 22.

Actualmente esas consideraciones han cambiado, como explica Medina “No existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar”⁵⁸. La familia no debe ser considerada como un sujeto de derechos, son sus miembros los que deben ser protegidos, más allá de la institución de la que forman parte.

Se prioriza, entonces, la personalidad y autonomía del sujeto familiar respecto del grupo, existe una igualdad entre los cónyuges, la patria potestad es vista como una función. En sí, desaparecen las desigualdades; además, la autora advierte que se ha desechado completamente la concepción de especialidad del Derecho de Familia, teoría fundamental para impedir la aplicación de los principios de la responsabilidad civil en materia de Derecho de Familia.

Lo mencionado es concordante con la realidad del Derecho de Familia en Ecuador donde hemos presenciado esta evolución. Al igual que en otros países, las estructuras familiares tradicionales han cambiado, así como la sexualidad y la procreación; es normal observar uniones de hecho heterosexuales u homosexuales, familias monoparentales, parejas que buscan tener hijos a través de la reproducción asistida. El ordenamiento jurídico ha tratado esta realidad. Por ejemplo en nuestra constitución el artículo 67 establece:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes⁵⁹.

Distingo en esta norma constitucional, la búsqueda del legislador por mantener la igualdad entre los miembros de la familia y también la aceptación de diferentes tipos de familias.

Adicionalmente, el artículo 68 indica: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el

⁵⁸ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal- Culzoni Editores, 2008, p. 21.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de Octubre de 2009.

lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio”⁶⁰.

Esta disposición otorga los mismos efectos que tiene el matrimonio a las uniones estables y monogámicas de cualquier tipo. Por último nuestra constitución enfoca a la familia en el artículo 69 en el que determina:

Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.
2. se reconoce el patrimonio familiar inembargable en la cuantía y con las condiciones y limitaciones que establezca la ley. Se garantizará el derecho de testar y de heredar.
3. el Estado garantizará la igualdad de derechos en la toma de decisiones para la administración de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes.
4. el Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefas y jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones, y prestará especial atención a las familias disgregadas por cualquier causa.
5. el Estado promoverá la corresponsabilidad materna y paterna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.
6. las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.
7. no se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella.⁶¹

De las normas constitucionales expuestas, vemos que ya no se considera la familia como grupo unitario, se ha tomado una nueva perspectiva basada en los individuos que conforman el grupo familiar y la protección de sus derechos.

Como podemos notar, la normativa ecuatoriana ha tratado de resolver nuevas situaciones sociales; sin embargo, existen todavía algunos aspectos que nuestro ordenamiento y doctrina no han enfocado, al contrario de Argentina, en el Ecuador no se ha tratado el tema del Derecho de Familia como una rama autosuficiente; para la

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 68. Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de Octubre de 2009.

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69. Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de Octubre de 2009

autora argentina Medina ésta es una concepción retrógrada que se ha superado en su país, intentemos esclarecer este aspecto en nuestra realidad.

En el Ecuador las normas que regulan los aspectos internos y externos de la familia se encuentran en el Código Civil, por lo que no se le ha dado un tratamiento autónomo al Derecho de Familia, en oposición a la situación de Bolivia, Panamá, Cuba y Costa Rica que tienen un Código de Familia. Indudablemente, esto tiene un aspecto positivo, ya que al separar las normas que regulan la situación de la familia se obtiene una mayor organización del ordenamiento jurídico, en palabras de Parraguez “le proporcionan un autentico perfil al sistema”⁶². Por lo tanto, se puede distinguir cuáles disposiciones del Derecho Civil son aplicables a esta rama del Derecho y cuál sería su alcance. En apoyo a esta concepción, Parraguez, establece que el Derecho de Familia tiene un componente social que puede chocar con el individualismo del Código Civil, además indica:

La connotación privatista del derecho familiar se ha ido desdibujando progresivamente en la medida que el interés social penetra en sus regulaciones a través de múltiples normas de orden público en cuyo vértice encontramos los preceptos de las propias Constituciones Políticas modernas que se ocupan de consagrar los principios rectores de la institución familiar.⁶³

El autor expone que la incidencia de lo público se da por el interés social que reside en el Derecho de Familia, por ser esencialmente extrapatrimonial; a diferencia de otras ramas civiles, contratos y obligaciones, donde el interés patrimonial es lo que prima. Por lo cual sostiene que la tendencia metodológica contemporánea está encaminada hacia la autonomía del Derecho de Familia.

La importancia de este tema en la presente tesina radica en que si se considera como una rama autónoma al Derecho de Familia, no serían aplicables las normas de responsabilidad civil, debido al principio de especialidad. Algunos consideran que para la familia hay un régimen especial de deberes, derechos y responsabilidades específicas, si se introducen normas de otro tipo el Derecho de Familia se

⁶² Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 28.

⁶³ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 28.

desnaturaliza⁶⁴. En el Ecuador, no se podría aplicar la teoría de la especialidad debido a que el ordenamiento jurídico trata a la familia como una parte integrante del Código Civil, como ya se ha aludido anteriormente, adicionalmente esta teoría de especialidad se contraponen a la concepción de que el Derecho es unitario.

Por otra parte, no coincido con la postura citada, fundamentalmente porque “el Derecho Público y Derecho privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo público y lo privado”⁶⁵. No tiene sentido que hayan campos que en el Derecho Privado, se fundamenten en el valor de la autonomía, ya que actualmente estamos ante un *ius novum*, como explica Llamas, donde las normas del Derecho Público y Privado interactúan, en base al principio de solidaridad.⁶⁶

Ya no interesa determinar si estamos ante Derecho Privado o Público, debido a la interacción mencionada, y sobretodo, porque podemos encontrar intereses individuales y sociales en cada rama jurídica, reconociendo que hay algunas más sensibles al Derecho Público que otras. Esto se lo conoce como socialización del Derecho Civil, se protege los intereses sociales, los intereses de los miembros de la sociedad más débiles, los valores colectivos imperantes, los intereses individuales. LLAMAS, termina explicando la indicada postura de la siguiente manera:

El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los fenómenos colectivos, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual. Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas, “de la “cooperación humana”, que caracterizan a toda actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado social y democrático de Derechos, las viejas y nuevas instituciones que lo integran⁶⁷.

⁶⁴ Marín García de Leonardo, Teresa. Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales en Daños en el Derecho de Familia. España: Arazandi. 2006. p. 151.

⁶⁵ Llamas Pombo, Eugenio. *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*. Argentina: Rubinzal-Culzoni. 2002. pp. 106 y ss.

⁶⁶ Se cede el interés individual y la autonomía de la voluntad por el interés social.

⁶⁷ Llamas Pombo, Eugenio. “Prevención y Reparación. Las Dos Caras del Derecho de Daños” . en el libro *La Responsabilidad Civil y la Problemática actual*. Coordinado por: Moreno Martínez, Juan Antonio España: Editorial Dykinson, S.L. 2007, p. 450.

Podemos decir que las ideas arcaicas sobre el Derecho de Familia son el principal obstáculo para impedir que se pueda aplicar la responsabilidad en el Derecho de Familia; sin embargo, como se ha expuesto, son concepciones que la misma norma se ha encargado de rechazar.

Como ya ha sido señalado por la doctrina un sinnúmero de veces, la institución familia como tradicionalmente fue concebida no ha podido funcionar ya que no responde a las necesidades del individuo ni a la realidad social, pese a que el Estado la considera como el núcleo de la sociedad, poco se ha hecho para tratar de solucionar los problemas que la institución enfrenta. Esta crisis por la que pasa la familia, en mi opinión, puede ser remediada a través de la aplicación de la responsabilidad civil como una medida no sólo punitiva ante el incumplimiento de los deberes legales de los miembros del grupo familiar, sino como una medida preventiva, que aprovecha el interés social inmerso en el Derecho de Familia, para sacar adelante un modelo fracasado; atacando principalmente a cuestiones como el incumplimiento de la obligación de dar educación o alimentos al hijo, o la infidelidad, en general cualquier hecho antijurídico ocasionado entre los miembros del grupo familiar.

Es importante recalcar que la aplicabilidad de la responsabilidad civil puede ayudar en cierta forma a fortalecer a la familia, sin embargo es necesaria una reforma en todo sentido. Las situaciones que deben atenderse implican cambios sociológicos, económicos, jurídicos, ya que nos enfrentamos al desempleo, delincuencia, falta de acceso a las necesidades básicas, educación, salud, etc.

Finalmente la aseveración de ser el Derecho de Familia una rama esencialmente extrapatrimonial, se desvirtúa, porque detrás de la *afectio maritalis* y los sentimientos que engloban el tema, están los intereses individuales de cada miembro de la familia, que entre otras cosas responden a necesidades patrimoniales. La institución es una forma de organización económica del Estado, y las obligaciones originadas por este vínculo familiar al ser incumplidas son plenamente calculables y resarcibles como forma de indemnización y reparación. No podríamos mantener que es esencialmente extrapatrimonial, puesto que una de las teorías en contra de la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia se apoya en esta consideración para

sostener que las obligaciones derivadas de este vínculo son éticas, morales más no jurídicas.

Se ha tratado de presentar la situación actual de la familia para situarnos en qué condiciones nos encontramos, veámos ahora, cuáles son las nuevas tendencias en el Derecho de Daños y si son aplicables al Derecho de Familia.

1.3. Nuevas tendencias en el Derecho de Daños y su aplicabilidad en el Derecho de Familia.

1.3.1 Teoría del Riesgo

Existe un abandono de la idea de la culpa para pasar a la idea del riesgo como factor de atribución de responsabilidad, Corral explica:

La teoría fue formulada en Alemania por Mataja (1888), en Italia por Orlando (1894) y en Francia por Saleilles y Josserand (1897). Según esta teoría, quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias si el riesgo llega a producir un daño; quien con su actividad irroga un daño, debe repararlo, haya o no dolo o culpa de su parte⁶⁸.

En el Ecuador, la responsabilidad objetiva –como también se conoce a la aplicación de la teoría del riesgo– es una figura utilizada en los casos de Derecho Ambiental al respecto nuestra constitución ha determinado:

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. [el subrayado es mío]

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

⁶⁸ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2011, p. 89.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles.

El elemento subjetivo o la intención del agente pierde importancia, ya que el que esta a cargo de una actividad riesgosa debe responder por el daño proveniente de dicha actividad, lo que necesita ser probado es el daño y el nexo causal. Es importante mencionar que debe determinarse expresamente cuáles son las actividades a las que se les aplicará este tipo de responsabilidad; generalmente se han considerado actividades riesgosas aquellas que involucran aparatos, mecanismos o sustancias peligrosas.

Los vínculos familiares y las relaciones que derivan de esto, según la referida teoría, no pueden ser consideradas como una actividad riesgosa, por lo cual, no podríamos mantener que la responsabilidad objetiva es aplicable al Derecho de Familia. La culpa y el dolo son esenciales para determinar responsabilidad civil en estos casos, de igual manera como podemos verificar, en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido claramente en qué casos se aplica la responsabilidad objetiva refiriéndose únicamente a los daños ambientales; y por otra parte en la Ley Reparación Víctimas Judicialización Violaciones Derechos Humanos⁶⁹, artículo 2, el Estado ecuatoriano ha reconocido una responsabilidad objetiva en las violaciones de derechos humanos documentadas por la Comisión de la Verdad, para reconocer a las víctimas que sufrieron violaciones a sus derechos. Se podría decir, siguiendo la postura de Abeliuk, que las presunciones de responsabilidad que la ley establece se asemejan a la responsabilidad objetiva, puesto que la culpa o la intención del sujeto no son relevantes en estos casos⁷⁰.

Es importante advertir que varios autores han criticado esta teoría, entre los cuales se encuentra Planiol, quien piensa que es inadecuada por lo siguiente:

- 1º) Porque suprime el elemento moral, que es esencial en toda responsabilidad;
- 2º) Porque paraliza la iniciativa privada e inhibe la actuación particular,
- 3º) Porque

⁶⁹ Ley Reparación Víctimas Judicialización Violaciones Derechos Humanos. Publicada el en Registro Oficial Suplemento 143 de 13 de diciembre del 2013.

⁷⁰ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 210. *Las presunciones de derecho de responsabilidad, como las del Art. 2341(Nº 276), y 2327 (Nº 282) del Código están muy cercanas también a la responsabilidad objetiva, pues el autor no obtiene nada con probar que no hubo culpa de su parte; la ley niega derecho a esa prueba.*

tiende a convertirse en una responsabilidad por seguro, lo que trae mayor descuido y mayores accidentes.⁷¹

1.3.2. Declinación del elemento de “Antijuricidad”

Esta tesis parte de la teoría de lo injusto, “lo injusto o antijurídico se presenta cada vez que se quebrante una norma jurídica” como establece Abeliuk, quien adicionalmente explica:

El sistema jurídico reacciona de diversos modos frente a la violación de las normas de derecho, según su gravedad, y la sanciona criminalmente cuando es ella mayor y llega a ser atentatoria a la convivencia social, y exclusivamente por la vía civil si no alcanza tal grado de conmoción. Pero ello no quita que en todo quebrantamiento jurídico, aun cuando sólo provoque un daño a un particular, exista comprometido un interés general, cual es el respeto que se debe al ordenamiento de derecho.⁷²

Generalmente se ha considerado que el elemento de antijuridicidad debe existir para configurar la responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, algunos autores consideran que esto limita y entorpece el sistema, debido a que existen actos que a pesar de no transgredir la norma, generan daños. Por lo cual debe prescindirse de la concepción de antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil.

El elemento de antijuridicidad tiene otro enfoque, como la necesidad de que se establezca la ilicitud de la conducta a través de una disposición jurídica, por lo tanto, para esta teoría debe siempre existir una norma en la que se pueda respaldar el perjudicado para que pueda tomar una acción ante el daño que se le ha ocasionado. Esta concepción es contraria a la nueva tendencia donde algunos tratadistas observan una limitación a la protección del perjudicado que debe ser indemnizado a toda costa.

Dentro del Derecho de Familia, la declinación de la antijuridicidad podría ser de gran ayuda, sobre todo porque no se ha reglamentado varias obligaciones dentro de las relaciones de familia y se las considera como deberes morales o éticos; a través del desvanecimiento de la antijuridicidad se podría acceder a la reparación del daño más

⁷¹ Planiol, Marcel, y Ripert, George, *Traité pratique de Droit Civil Français*. Francia: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930, t. VI, N° 480, pp. 664 y ss.

⁷² Abeliuk Manasevich, Rene. *Las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2009, p. 209

fácilmente, y dejar a criterio de los jueces, la existencia de responsabilidad civil en estos casos. Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, en el Ecuador, la jurisprudencia ha determinado que para que exista responsabilidad civil, el hecho o acto debe ser contrario a las normas legales o reglamentarias, por lo cual actualmente la tesis expuesta no procedería. Alguna reforma que admita su aplicabilidad aún no ha sido discutida.

1.3.3 Daños Punitivos

Hemos hablado de las funciones del Derecho de Daños y la responsabilidad civil, una de ellas es la función sancionadora, la búsqueda de castigar a aquel que injustamente ha causado daño a otro a través de obligarle a resarcir o indemnizar al perjudicado. Tradicionalmente se ha considerado que la indemnización debe darse en la medida que el afectado vuelva al estado anterior en el que estaba antes de haber sido perjudicado, se trata de eliminar la consecuencia del daño ocasionado. En oposición a la postura tradicional, “los daños punitivos tienen como finalidad sancionar mediante la imposición de una especie de castigo económico privado, a aquel que sea declarado culpable de comportamientos maliciosos que causen detrimento a otros miembros de la comunidad”, así lo explica PALADINI.⁷³ Es fundamental mencionar que esta figura pertenece al *common law*, los propósitos de los daños punitivos son alejar a la sociedad como al culpable del cometimiento de actos que generen daños, y afirmar el derecho del lesionado. El autor PALADINI considera que dentro del ilícito endofamiliar los daños punitivos son propicios, indicando que debería incluirse una cláusula general en materias conexas a la crisis familiar, respecto a la incorporación del daño punitivo, con el fin de reprimir conductas de mala fe, deslealtad consciente y el incumplimiento de las obligaciones conyugales y aquellas propias de los padres en la crianza de los hijos. Adicionalmente, comenta que en Italia los fallos de los jueces sobre los casos de familia disimulan los intentos de sancionar el incumplimiento de las obligaciones de lealtad, fidelidad y respeto.⁷⁴

⁷³ Paladini, Mauro. “La Responsabilidad Civil en la Familia ¿hacia los daños punitivos?”. *Revista Iusta* No. 36 (2012), pp. 150-152. Perú: Universidad Santo Tomás

⁷⁴ Paladini, Mauro. “La Responsabilidad Civil en la Familia ¿hacia los daños punitivos?”. *Revista Iusta* No. 36 (2012), pp 151. Perú: Universidad Santo Tomás.

Al igual que en Italia, nuestro sistema resarcitorio romanista no permite actualmente una figura como la de los daños punitivos; a pesar de ello, valdría la pena proponer esta concepción y una posible reforma del ordenamiento para viabilizar este tipo de indemnizaciones.

Hemos enfocado algunas nuevas tendencias sobre responsabilidad civil extracontractual y su aplicabilidad en el Derecho de Familia en el Ecuador, con la intención de realizar una investigación actualizada y que no sólo enfoque lo tradicional sino también las disquisiciones generadas a partir de la hipótesis que mantenemos.

Después de haber realizado un análisis de la responsabilidad extracontractual es preciso proyectar, a continuación, todo lo mencionado en los casos específicos de Derecho de Familia que estudiaremos en la presente tesina, como son el divorcio, la nulidad del matrimonio y determinados casos dentro de las relación paterno-filial; teniendo presente que el Código Civil, en su Título Cuarto, regula la responsabilidad civil extracontractual, donde se establece “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito⁷⁵. La norma es clara, es aplicable a cualquiera que ha cometido un hecho ilícito, por lo tanto no es posible admitir en el Ecuador es improcedente el uso de responsabilidad civil extracontractual dentro del Derecho de Familia.

⁷⁵ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 2214. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

CAPÍTULO II

En este segundo capítulo expondré las diferentes posturas que existen sobre la aplicación de la responsabilidad civil en el Derecho de Familia; posteriormente realizaré un análisis sobre los casos en los que comúnmente se ha pretendido una indemnización de daños, con especial referencia a los daños derivados del divorcio, daños derivados de la nulidad del matrimonio, daños por transmisión de enfermedades a los hijos, daños por la frustración de visita de padres a hijos y daños derivados de la negativa de reconocimiento a un hijo. En conclusión, veremos en este capítulo, cómo se proyecta la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia.

2.1 Diferentes posturas sobre la responsabilidad en el derecho de familia

Es fundamental exponer cuáles son las principales posturas acerca del tema que tratamos en la presente tesina⁷⁶.

2.1.1 Tesis Negativa

No debe aplicarse las normas generales sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia de acuerdo a las siguientes posturas:

2.1.1.1. Postura ética o moral

Sostenida por autores como Bilbiloni, Díaz de Guijarro⁷⁷; consideran que la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil en el Derecho de Familia constituye un acto contrario al orden moral: “Ello constituiría una indignidad; sería

⁷⁶ Girardi, Adriana. “Daños en el Derecho de Familia”. *En Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, diciembre 2001, p. 14.

⁷⁷ Díaz de Guijarro, Enrique. “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio”. *En Revista Jurisprudencial de Argentina*. 1983-III-625.

pretender lucrar con la deshonra, actitud que no coincide con la moral, las buenas costumbres (...)”⁷⁸.

Bilbiloni manifiesta estar en contra del resarcimiento en las relaciones de familia por oponerse a la idea de curar heridas morales con dinero, considera que esta clase de acciones “tienen tal carácter que levantan, al principio, una especie de repulsión instintiva” adiciona que “la conciencia moral se subleva ante semejantes reclamos”⁷⁹. Mientras que Mizrahi considera que: “el cónyuge hace mérito de las miserias de la vida conyugal para cobrarse en dinero su deshonra (...) y la acción por la cual se pretende lucrar con la deshonra es contraria a la moral y las buenas costumbres”⁸⁰

2.1.1.2. Postura Contractualista

Autores como Llambias son partidarios de esta postura, la cual se traduce en negar la posibilidad de plantear acciones resarcitorias en el ámbito extramatrimonial. Los deberes conyugales, la fidelidad no pueden ser consideradas obligaciones en sentido técnico ya que no tienen una apreciación pecuniaria; el autor sostiene que la prestación constitutiva siempre debe ser patrimonial, de lo contrario no se puede hablar de una obligación *strictu sensu*⁸¹.

Igualmente, Carrasco ha sostenido que si la prestación no fuese apreciable en dinero, el acreedor no tendría la obligación en su patrimonio, ni su patrimonio experimentaría daño alguno, por causa de su inejecución; por tanto, si la obligación no tiene un contenido patrimonial, no se trata de una obligación *stricto sensu*. Los deberes de fidelidad y de asistencia no constituyen, por tanto, obligaciones en sentido propio. No procede extender el concepto de obligación a deberes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, por que ello deforma la visión del deber matrimonial cuando se proyecta para su infracción el sistema de sanciones de tipo

⁷⁸ Borgonovo, Oscar. “Daños en las relaciones de Familia”. En *Derecho de Daños: Daños en el derecho de familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Darío. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, pp. 31-34.

⁷⁹ Bilbiloni, Juan. *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*. Argentina: Abeledo. 1929, p.510.

⁸⁰ Mizrahi, Mauricio, Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. pp.488-489

⁸¹ Llambias, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Argentina: Perrot. 1967, p. 27.

resarcitorio propio del régimen de las obligaciones.⁸² Siguiendo esta postura ABELIUK afirma que:

El legislador establece también los deberes específicos que él mismo suele calificar de obligaciones, aunque no lo son técnicamente, por ello preferimos conservar la designación de deberes específicos, a falta de otra denominación mejor. Tales son la mayor parte de los deberes de familia que rigen las relaciones no pecuniarias, entre padres e hijos, cónyuges entre sí, etc. Se diferencian fundamentalmente de las obligaciones propiamente tales en que, por el contenido moral y afectivo suponen, no son susceptibles de ejecución forzada ni de indemnización de perjuicios.⁸³

2.1.1.3. Postura Positivista o de Especialidad del Derecho de Familia

Para ciertos autores como Vidal Taquini, Mizrahi, entre otros; el hecho de que no exista una norma expresa sobre el resarcimiento de daño patrimonial o moral, –en los casos de Derecho de Familia– confirma que no puede aplicarse la responsabilidad civil extracontractual o contractual dentro de las relaciones familiares. A esto ha de agregarse, que no existe tampoco en el ordenamiento jurídico argentino, una remisión de las normas generales de responsabilidad civil al Derecho de Familia (al igual que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano)⁸⁴.

Explican los autores Casals y Ribot que el silencio del legislador en este ámbito hace que resulte improcedente el régimen general de daños y perjuicios en el Derecho de Familia, “esto obedece a una decisión de política jurídica coherente con los principios que informan al Derecho de Familia actual y que recurrir al derecho daños resulta contradictorio con esta decisión”⁸⁵

⁸² Carrasco Alarcos, Claudia. “El daño derivado del divorcio y de la separación personal”, en *VII Congreso Internacional de Derecho de Daños: Responsabilidades en el siglo XXI*, realizado en Buenos Aires octubre 2002, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en: www.aaba.org.ar.

⁸³ Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 1993, p.56

⁸⁴ Borgonovo, Oscar. “Daños en las relaciones de Familia”. En *Derecho de Daños: Daños en el derecho de familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Darío. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, pp. 31-34.

⁸⁵ Casals, Miguel, Ribot, Jordi. “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”. España: Bill Atkin. 2010, p. 337-365. Publicado en: *The international survey of family law*. Disponible en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unav.edu%2Fmatrimonioyfamilia%2Fb%2Fuploads%2F30030_Martin-Ribot_ADC2011_Danos.pdf&ei=6XUiU9XRHcGN0AHppoCgAw&usq=AFQjCNHWPNJcscP54B5XHUWIEsgP9Ni1lg&bvm=bv.62922401,d.dmQ

Por otra parte, esta postura plantea que al ser el Derecho de Familia, una rama autónoma se ha previsto sanciones específicas para cada supuesto, como es la desheredación, revocación de donaciones, entre otras⁸⁶. El tratadista Díaz de Guijarro coincide también con esta postura por la ausencia de preceptos particulares que sustenten el resarcimiento del daño en las relaciones familiares⁸⁷. El argumento de la especialidad del Derecho de Familia también fue desarrollado por Borda en el plenario de las Cámaras Civiles de Buenos Aires el 20 de septiembre de 1994 indicando:

El principio de especialidad que domina el derecho de familia y las características propias de la institución del matrimonio atiende a una particular realidad fundamental de convivencia que no permite aplicar normas que son propias del ámbito negocial o relativas a la responsabilidad por los actos ilícitos⁸⁸.

En la doctrina española autores como Roca, han sostenido que ante el incumplimiento de los deberes conyugales sólo es posible administrar las medidas expresamente previstas en el ordenamiento; entre las que se cuenta la separación, el divorcio, la desheredación, básicamente por que el legislador civil había prescindido de toda idea de culpa en el ámbito matrimonial⁸⁹.

2.1.1.4 Postura Sociológica

Son afines a esta postura Grosman, Molteni, entre otros⁹⁰. Argumentan que no debe aplicarse la responsabilidad civil extracontractual, ya que esta promueve que no haya una solución pacífica de los conflictos, por ejemplo en el caso del divorcio, las personas podrían optar por el divorcio por causales, sobre el divorcio por mutuo

⁸⁶ Borgonovo, Oscar. “Daños en las relaciones de Familia”. En *Derecho de Daños: Daños en el derecho de familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Darío. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, p. 32.

⁸⁷ Díaz de Guijarro, Enrique. “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad del matrimonio”. Argentina: en *En Revista Jurisprudencial de Argentina*, 1983, p. 625.

⁸⁸ Argumento desarrollado por Delfina Borda en el Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, 20 de septiembre de 1994, se puede ver su voto en *Revista La Ley Argentina*, (1994-E-560)

⁸⁹ Roca Trias, Encarnación. “La responsabilidad civil en el derecho de familia, venturas y desaventuras de cónyuges y padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”. En *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*. Coordinado por: Moreno Martínez, Juan Antonio. España: Editorial Dickinson, 2000, p.547.

⁹⁰ Girardi, Adriana. “Daños en el Derecho de Familia”. En *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, diciembre 2001, p. 14.

consentimiento, por la expectativa de una indemnización patrimonial⁹¹. Así mismo, esta postura considera que la aplicación de la responsabilidad civil podría incidir en una baja en la tasa de matrimonios; así lo expresó en Argentina un juez de primera instancia de San Isidro, quien negó el resarcimiento que una esposa reclamaba al ser abandonada por su cónyuge, debido a que este no quiso enfrentar embargos y reclamos de acreedores, dejando a su esposa a cargo de esta situación⁹².

2.1.1.5. Doctrina de Inmunidad Familiar

Se desarrolló en los sistemas de *Common Law* por los Tribunales Estadounidenses, denominada “interspousal immunity”, esta doctrina actualmente no está vigente, debido a la ley “Married Womans Act” de 1898. Consistía en prohibir que los cónyuges se demanden entre ellos, principalmente porque al casarse la identidad de la mujer se fundía con la de su esposo, ambos eran considerados ante la ley como una sola persona⁹³.

Es importante mencionar esta doctrina, porque a pesar de que ésta no fue originada en los sistemas de Civil Law, actualmente al tratar el tema de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, se habla de la inmunidad familiar con frecuencia, para señalar la ideología que estipula que el rol de cónyuge o padre otorga privilegios que impiden que pueda presentarse demandas de daños en su contra.

2.1.2. Tesis Positiva

Criterio que admite la reparación por daños causados en el Derecho de Familiar, según las siguientes posturas.

⁹¹ Borgonovo, Oscar. “Daños en las relaciones de Familia”. En *Derecho de Daños: Daños en el derecho de Familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Darío. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, p. 33.

⁹² Cámara primera Civil y Comercial de San Isidro. Sala I. 13 de mayo de 1998

⁹³ Ver en: <http://www.peoples-law.org/node/431> “Originally posted by Anonymous on Jul 23, 2010, last updated by Dave Pantzer on May 29, 2013”; <https://www.jud.ct.gov/lawlib/Notebooks/Pathfinders/SpousalImmunity/spousal.pdf>

2.1.2.1. Postura admisoría

El régimen de responsabilidad civil extracontractual, y en general los fundamentos de la reparación, proceden contra cualquier hecho ilícito ya que son actos contrarios a las disposiciones legales, esto no excluye al derecho de familia; por tanto, las causales de divorcio y nulidad de matrimonio imponen violaciones a las obligaciones legales generadas por el matrimonio, así mismo sucede con el incumplimiento de los deberes parentales. Al transgredir el ordenamiento jurídico, estas actuaciones pueden generar daños susceptibles de ser resarcidos conforme a las normas generales sobre la responsabilidad civil extracontractual, consagradas en el Código Civil en materia de reparación de daños. En esta postura coinciden los autores Mazzinghi, Mosset Iturraspe, Medina, Cecchini, Belluscio, Kemelmajer de Carlucci, entre otros⁹⁴.

No es necesario que exista una norma expresa que remita las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual al Derecho de Familia, ya que existe un principio de Derecho común por el cual se entiende que todo hecho realizado por una persona que ocasiona un daño a otro debe ser reparado.

Para el autor Colombo la responsabilidad debe ser aún mayor cuando están en juego intereses superiores del núcleo familiar, aquellos que pueden afectar la estructura esencial y el honor de sus miembros⁹⁵.

2.1.2.2. Síndrome del espejo

“Consiste en aplicar a una disciplina definida por su especialidad, instituciones reflejas de otras instituciones del derecho civil”⁹⁶. Quienes respaldan esta posición reconocen que no existe una norma expresa que establezca la indemnización por daños y perjuicios derivados de las relaciones familiares, hay una especie de laguna o

⁹⁴ Borgonovo, Oscar. “Daños en las relaciones de Familia”. En *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Darío. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, p. 34. Esta aseveración se puede comprobar con los textos realizados por los autores, Graciela Medina. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal- Culzoni, 2008. Prólogo de Jorge Mosset Iturraspe; Belluscio, Augusto; Kelmermajer de Carlucci, Aida y Zannoni, Eduardo. *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*. Argentina: Hammurabi, 1983. Cecchini, Francisco y Saux, Edgardo. *Daños entre cónyuges*. Argentina: Zeus, 1994. Mazzinghi, Jorge. *Derecho de Familia*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1972.

⁹⁵ Colombo, Leonardo A., “Indemnización del daño producido por el adúltero y su cómplice por causa de adulterio”. *Revista La Ley* No. 89. p. 708

⁹⁶ Borgonovo, Oscar. *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de familia*. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003, p. 47

vacío legal dentro del Derecho de Familia en este aspecto, por ello hay que apoyarse en otras instituciones del Derecho Civil, como la responsabilidad extracontractual. Al respecto, Zannoni comenta que los principios generales de la responsabilidad son eventualmente aplicables al derecho de familia por analogía⁹⁷.

Como he explicado anteriormente, la postura que mantengo en esta tesina es la de admisibilidad, abrazo la tesis positiva ya que el sistema de responsabilidad civil extracontractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano parte de una norma general y un principio de derecho común que es adaptable a diferentes situaciones, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la responsabilidad extracontractual establecidos por la ley.

El Derecho de Familia debe enfrentarse a la concepción que trajo la Constitución del 2008 en el Ecuador, donde la familia ya no es considerada como una unidad. Lo importante, en la actualidad, son sus miembros aisladamente considerados, lo esencial es proteger a los individuos de la familia, y no hay mejor manera que coadyuvando para que ellos tengan la posibilidad de interponer acciones, como la de daños y perjuicios, en caso de que sufran detrimentos morales o patrimoniales.

Por otra parte, al enfocar el tema desde la postura moral, los partidarios de esta tendencia no han tomado en cuenta que si bien la moral es uno de los medios de control social, no es lo mismo que el Derecho; y por lo tanto la violación de las reglas de conducta que impone la moral tiene otras consecuencias, diversas a las originadas por violación de las reglas que impone el Derecho, esto gracias a que en la actualidad podemos distinguir las normas jurídicas de los mandatos religiosos, preceptos morales o las exigencias establecidas por la costumbre⁹⁸.

Bodenheimer profundiza sobre esta discusión, trae a colación la diferencia entre moral y Derecho establecida por Kant y Thomasius “consiste en que el Derecho regula las relaciones externas de los hombres, en tanto que la moralidad gobierna su

⁹⁷ Zannoni, Eduardo. *Derecho de Familia*. Argentina: Astrea, 1981, p. 175.

⁹⁸ Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007, p. 96.

vida íntima”⁹⁹; las normas morales no se pueden imponer con medios externos de coacción, la garantía de cumplimiento queda a discreción de cada individuo y su conciencia. Por el contrario el Derecho reina como órgano supremo de control social¹⁰⁰, “En su forma pura el Derecho solo puede prevalecer en una sociedad donde sea el único elemento de control coactivo externo del Estado”.¹⁰¹

La moral insta una serie de valores supremos que varían según la sociedad e individuos dentro de la misma. Algunas veces la moral se ve reflejada dentro del Derecho, como por ejemplo cuando la intención de las personas tiene un grado de relevancia. Es así, en el Derecho Penal o el Derecho de Daños, en estos casos los valores o la moralidad se han juridificado y por la tanto estamos ante normas de Derecho, pero aquellas normas morales que no han sido absorbidas por el sistema jurídico pertenecen al reino de la conciencia individual como establece Bodenheimer¹⁰².

Dicho esto, si los argumentos de los partidarios de la postura negativa, se basan en que admitir la responsabilidad extracontractual en la relaciones de familia atenta contra sus valores, es una posición que carece de fundamento jurídico. No podemos llevarnos por aspectos tan subjetivos, a su vez, esto implica poner a la moral al mismo nivel que el Derecho, lo que transgrede al principio de Imperio de la Ley, el Estado de Derecho y consecuentemente deviene en una desorganización del Estado y apoyo al cometimiento de ilícitos civiles entre los miembros de una familia.

Sobre la posición contractualista, cabe decir que -contrario a lo que sostienen sus seguidores-, la jurisprudencia argentina, española, italiana, entre otras, ha aceptado la responsabilidad civil extracontractual en casos de Derecho de Familia, ha podido valorar los daños causados entre sus miembros y ha dictaminado que las obligaciones que se generan por este vínculo son jurídicas. Esto lo veremos más adelante cuando observemos, en la práctica, cómo se aplica el Derecho de Daños en el Derecho de Familia.

⁹⁹ Kant, Immanuel y Thomasius, Christian (1665-1728) citados por Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007, p. 96.

¹⁰⁰ Doctrina del Estado de Derecho.

¹⁰¹ Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007, p. 100

¹⁰² Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007, p. 101

Finalmente, acerca de la postura sociológica, debemos decir que esta se basa tan solo en supuestos, el mantener que la aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual en el Derecho de Familia puede reducir la tasa de matrimonios no tiene ningún sustento, no hay estudio alguno que pueda probar esta alegación. Y en el caso no consentido, en que exista una persona que decida no contraer matrimonio porque no quiere ser responsable de los daños que ocasione, considero adecuado que la responsabilidad civil extracontractual sea un limitante que reduzca la tasa de este tipo de nupcias.

2.2. Casos en los que se pretende una reparación por daños causados de un miembro de familia a otro.

Según Medina¹⁰³ en el Derecho de Familia el tema de la responsabilidad tiene dos aspectos, el interno y el externo; el primero se refiere a hechos antijurídicos cometidos entre los integrantes de la familia y el segundo se relaciona con terceros, ya sea por que un tercero ocasiona un daño a un miembro de una familia, o por que el miembro de la familia es el autor del hecho ilícito cometido hacia un tercero, son ejemplos del aspecto externo la responsabilidad ocasionada por muerte del hijo, cónyuge, padre por mala práctica médica. Medina comenta: “no es igual causar la muerte en un accidente de tránsito a un hombre soltero que a uno legalmente casado, ni a un concubino, miembro de pareja homosexual, ni a un guardador de hecho”¹⁰⁴.

Contrario a esta posición, creemos que no existe el aspecto externo del que habla la autora, es decir, en mi opinión no es un caso de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia el hecho ilícito cometido por un tercero a un miembro de una familia, este es simplemente un caso de responsabilidad civil extracontractual. Por lo cual la presente tesina se ocupa sólo sobre el aspecto interno, dentro del cual existen abundantes casos en que se podría admitir la responsabilidad civil extracontractual en el derecho de Familia. De la investigación realizada, las siguientes son las situaciones donde mayormente se pretende una reparación por el daño ocasionado de un miembro del grupo familiar a otro y donde se ha optado con más frecuencia por la postura admisoría.

¹⁰³ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 41.

¹⁰⁴ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 42.

2.3. Daños derivados del Divorcio.

En Francia, desde el 2 de septiembre de 1837, en un fallo de la Corte de Casación, Sala Criminal; se resolvió condenar al pago de daños y perjuicios al cónyuge culpable de adulterio y a su cómplice. Posteriormente la Corte de Montpellier el 10 de noviembre de 1897, extendió la obligación de reparar a quien hubiera incurrido en cualquier hecho constitutivo de causal de divorcio. Consecutivamente se reformó en 1941 el Código Civil estableciendo en el artículo 301, párrafo segundo:

Independientemente de todas las otras reparaciones debidas por el esposo contra el cual el divorcio ha sido pronunciado, los jueces pueden conceder al cónyuge que ha obtenido el divorcio, daños e intereses por el perjuicio material o moral causado a él por la disolución del matrimonio.¹⁰⁵

En el año de 1948 por una ley de 29 de mayo se modificó el artículo 311 del Código Civil para admitir la indemnización por daños tanto materiales como morales derivados de la separación personal¹⁰⁶.

En Argentina también se sostiene una tesis favorable sobre la reparación de daños en caso de divorcio. La Cámara Nacional en lo Civil, el 20 de septiembre de 1994 (IV-549) indicó que la ausencia de normas particulares en la materia no puede ser aducida para inhibir la indemnización, el principio de especialidad no constituye obstáculo para aplicar principios de la responsabilidad civil. Adicionalmente, se expuso en este fallo, que la reparación de daños se halla condicionada a que los hechos que fundaron el divorcio tengan una fuerza dañadora muy punzante, en el prestigio, en las esencias comunes espirituales, en lo físico y orgánico¹⁰⁷.

En Uruguay, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 Turno de Montevideo, de seis de marzo de 1989 declaró que:

La responsabilidad extracontractual ofrece un marco adecuado para las reclamaciones por daños y perjuicios sufridos por la conducta del ex cónyuge declarado culpable en el

¹⁰⁵ Código Civil Francés. Art. 301

¹⁰⁶ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La Ley, 2001, p. 170

¹⁰⁷ G., G.G. contra B. de G., S.M.

juicio de divorcio por adulterio, pues la responsabilidad aquiliana nace cuando se produce el deber genérico de no causar daño a otro, daño que puede abarcar todas las variantes que pueden producirse con motivo de las relaciones humanas; por ello si el divorcio como hecho humano, provoca un daño gratuito a uno de los cónyuges, éste tiene derecho a ser indemnizado.¹⁰⁸

Por otra parte, el Código Civil portugués en su artículo 1792¹⁰⁹, ha previsto que el cónyuge culpable del divorcio o separación debe reparar los daños morales sufridos por el otro esposo con motivo de la sentencia, debiendo la acción de indemnización ser deducida junto con la de divorcio. De igual forma, el artículo 16 de la ley griega sobre divorcio del año 1920, admite la reparación por daño moral, la cual fue reformada en 1946 estableciendo que si el hecho que ha causado el divorcio ha sido ejecutado en condiciones que comportan una grave ofensa al esposo no responsable por el divorcio, el tribunal puede obligar al cónyuge culpable a pagar una suma de dinero para reparación moral al otro¹¹⁰. El Código Civil de México para el Distrito Federal ha dispuesto en el artículo 288¹¹¹ que cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios, el culpable responderá por ellos como autor de un hecho ilícito.

Finalmente, en el Código de Familia de Bolivia, en el artículo 144, se indica que independientemente a la pensión de asistencia a que se refiere el artículo 143¹¹², el

¹⁰⁸ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2 Turno de Montevideo, 6 de marzo de 1989, ED, 139-396.

¹⁰⁹ Código Civil de Portugal. Artículo 1792. Decreto Ley No. 47 344 de 25 de Noviembre de 1966. (Reparação de danos não patrimoniais) 1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)

¹¹⁰ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La Ley, 2001, p. 173.

¹¹¹ Código Civil de México. Artículo 288. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. por Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928. Últimas reformas publicadas DOF 24-12-2013 “En los casos de divorcio necesario, el juez, tomando en cuenta las circunstancias del caso y entre ellas la capacidad para trabajar de los cónyuges, y su situación económica, sentenciará al culpable al pago de alimentos en favor del inocente.

En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato. El mismo derecho señalado en el párrafo anterior, tendrá el varón que se encuentre imposibilitado para trabajar y carezca de ingresos suficientes, mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Cuando por el divorcio se originen daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ellos como autor de un hecho ilícito.”

¹¹² Código de Familia de Bolivia. Publicado el 18 de Agosto de 1972. “Artículo 143. (Pensión de asistencia). Si el cónyuge que no dio causa al divorcio no tiene medios suficientes para su subsistencia, el juez le fijará una pensión de asistencia en las condiciones previstas por el artículo 21.

cónyuge culpable puede ser condenado por resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio. Siguiendo este pensamiento, el Código Civil Peruano admite como facultad del juez en su artículo 351¹¹³, la reparación por daño moral, cuando los hechos que originan el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente¹¹⁴.

Como podemos ver, son varios los ordenamientos jurídicos que han aceptado la viabilidad de la reparación del daño material y moral por divorcio, algunos lo hacen mediante una norma específica, y en otros casos vemos que no es necesario que exista norma expresa, porque los jueces admiten las normas generales sobre responsabilidad civil extracontractual al originarse daños por el divorcio. En Ecuador, no existe una disposición que faculte al cónyuge inocente a pedir una indemnización por daños materiales o morales ocasionados por el cónyuge culpable a raíz del divorcio; en la jurisprudencia tampoco he podido encontrar un fallo en este sentido. Sin embargo, hubo una iniciativa para aplicar la responsabilidad civil extracontractual en el caso de divorcio en el Ecuador; está se plasmó en el proyecto No. 21-504 de Código de Familia de fecha 26 de julio del 2000, por la comisión especializada permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud la Familia. En la exposición de motivos se indica:

El proyecto introduce el derecho a demandar resarcimiento de daños y perjuicios en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio fundado en alguna causal que importe la culpabilidad de un cónyuge. Para este efecto se ha considerado que, habiendo mala fe en el evento de nulidad y culpa en el de divorcio, se dan los presupuestos de ilicitud que están en la base de la responsabilidad aquiliana y que justifican la indemnización.¹¹⁵

Esta obligación cesa cuando el cónyuge beneficiario contrae nuevo matrimonio, cuando obtiene medios suficientes de subsistencia o cuando ingresa en unión libre o de hecho. Si el divorcio se declara por culpa de ambos cónyuges, no hay lugar a la asistencia.”

“Artículo 144 (Resarcimiento). Independientemente, el cónyuge culpable puede ser condenado al resarcimiento del daño material y moral que haya causado al inocente por la disolución del matrimonio.”

¹¹³ Código Civil de Perú. Artículo 351. Decreto Legislativo 295 promulgado el 24 julio de 1984. “Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral”.

¹¹⁴ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La Ley, 2001, pp. 171-174.

¹¹⁵ Proyecto No. 21-504, Código de Familia, Comisión Especializada permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud, y la Familia, de 26 de Julio del 2000.

Cabe mencionar que el proyecto introduce el divorcio por decisión unilateral¹¹⁶ la sola voluntad de cualquiera de los cónyuges es suficiente para que proceda el divorcio, en este caso no puede darse la indemnización por daños y perjuicios, es así que el artículo 129 del Proyecto establece “cuando el cónyuge pretenda resarcimiento de daños y perjuicios o privar al otro del derecho a reclamar la prestación de asistencia económica (...) deberá demandar el divorcio por una o más de (...) causales. (...)”¹¹⁷. El artículo 133 del Proyecto determina el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el divorcio de la siguiente manera:

El cónyuge que demande el divorcio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 tendrá derecho para reclamar de aquél que dio lugar a la causal, el resarcimiento de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por el divorcio. Esta pretensión será resuelta en la misma sentencia de divorcio.¹¹⁸

Si bien este proyecto no prosperó y llegó a promulgarse vemos una clara tendencia hacia la postura admisoria de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia en el Ecuador.

En concordancia con lo visto anteriormente, en mi opinión, la responsabilidad por divorcio deber darse en los casos contenciosos, no aplicaría en los divorcios por mutuo consentimiento, puesto que al no haber un cónyuge culpable y un inocente se hace improcedente la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual. Adicionalmente, las partes tienen derecho a divorciarse y no pueden ser sancionados por ejercer este derecho de una manera adecuada, es decir cuando no ocasionen un daño derivado del cometimiento de uno de los hechos ilícitos sancionados por nuestro ordenamiento jurídico.

¹¹⁶ Cabe mencionar que en España se instauró el divorcio por decisión unilateral en el Código Civil, en este ordenamiento se determinó que el divorcio sanción basado en la culpa supone una limitación a la libertad personal, debido a esto la indemnización por daños morales originados del incumplimiento de obligaciones cónyugales se concede por una lesión a derechos fundamentales o principios básicos del matrimonio.

¹¹⁷ 1. Adulterio; 2. Violencia física, psicológica o sexual; 3. injurias graves; 4. incumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio; 5. Actitud hostil; 6. Actos ejecutados con la intención de corromper al otro cónyuge o a un hijo; 7. Alcoholismo o toxicodependencia; y, abandono voluntario e injustificado por más de seis meses. Proyecto No. 21-504, Código de Familia, Comisión Especializada permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud, y la Familia, de 26 de Julio del 2000. Artículo 129.

¹¹⁸ Proyecto No. 21-504, Código de Familia, Comisión Especializada permanente de la Mujer, el Niño, la Juventud, y la Familia, de 26 de Julio del 2000. Artículo 133.

El divorcio contencioso, en el Ecuador, es un sistema causal; esta aseveración se desprende del artículo 110 del Código Civil¹¹⁹, los motivos establecidos por el mencionado artículo, que originan el divorcio, son considerados hechos ilícitos, que al provocar daños, deben ser reparados, así lo explica Mizhari:

(...) Los hechos que configuran las causales subjetivas de divorcio son ilícitos, y por lo tanto, si ocasionan un perjuicio dan nacimiento a la obligación de reparar. Esta obligación se extiende a los casos en que el daño es causa indirecta del perjuicio, como sucede en los supuestos en que el hecho da lugar al divorcio y éste a su vez al perjuicio. Se estaría ante consecuencias mediatas de los hechos ejecutados por el cónyuge culpable, y por los cuales éste debe responder, habida cuenta de que en su conducta debió necesariamente prever que estaba dando derecho al otro esposo a solicitar el divorcio.¹²⁰

Cabe recalcar que ciertas causales como la de impotencia o enfermedad son criticables, puesto que uno de los fines del matrimonio es el auxilio mutuo -sin querer ahondar en las disquisiciones que esto implica- creo que en estos casos y con determinadas enfermedades es discutible si estamos ante un hecho ilícito, puesto que no puede decirse que hay culpa o dolo por el hecho de adolecer una enfermedad grave, incurable, contagiosa o transmisible a la prole, no concibo que una persona

¹¹⁹ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 110. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

Art. 110.- Son causas de divorcio:

1. El adulterio de uno de los cónyuges;
2. Sevicia;
3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;
4. Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;
5. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;
6. El hecho de que de a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;
7. Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;
8. El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;
9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano;
10. La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y,
11. El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse. El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11. de este artículo.

¹²⁰ Mizhari, Luis Mauricio. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. pp. 495-496.

desea tener cáncer por ejemplo o ser impotente. Esto difiere en los casos de SIDA o sífilis, adquiridos por transmisión sexual, donde el cónyuge no solo tiene una enfermedad transmisible a la prole, grave, incurable, sino que a causa de su adulterio padece de esto.

Todo dependerá, en última instancia, del caso concreto que debe ser examinado verificando que concurren todos los requisitos establecidos para determinar que existe responsabilidad; tales como el nexo causal, la antijuridicidad, el daño, etc.

2.4 Daños derivados de la nulidad del matrimonio.

En Argentina, Vélez Sarsfield, al redactar el Código Civil en 1869 vigente desde el primero de enero de 1871, pudo anticipar en el artículo 234 la viabilidad de la indemnización de daños al cónyuge inocente causados por el cónyuge de mala fe y los terceros que hubiesen provocado la nulidad del matrimonio. Esta norma se mantuvo en el Código Civil pese a las modificaciones que sufrió el cuerpo legal por la ley 2393 y la ley 23.515. Actualmente, el artículo 225 del Código Civil Argentino¹²¹ le brinda un tratamiento al tema estableciendo que el cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe.¹²²

Otro país que también ha tratado el tema de daños derivados por la nulidad de matrimonio es España. El artículo 98 del Código Civil¹²³ establece el derecho a una indemnización a favor del cónyuge de buena fe cuando el matrimonio haya sido declarado nulo, siempre y cuando se cumplan los requisitos determinados por el artículo 97¹²⁴ del mismo cuerpo normativo, estos requisitos determinaran el monto

¹²¹ Código Civil de Argentina. Art.225. Ley 340 de 29 de septiembre de 1869.- El cónyuge de buena fe puede demandar, por indemnización de daños y perjuicios al de mala fe y a los terceros que hubiesen provocado el error, incurrido en dolo o ejercido la violencia.

¹²² Novellino, Norberto. *Derecho de Daños: Daños en el derecho de familia*. Argentina: La Rocca, 2000, p. 551.

¹²³ Código Civil de España. Art. 98. Última actualización, publicada el 09/07/2005, en vigor a partir del 10/07/2005. Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

¹²⁴ Código Civil de España. Art. 97. Última actualización, publicada el 09/07/2005, en vigor a partir del 10/07/2005. Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que

indemnizatorio, los mismos son: acuerdos entre los cónyuges, edad, estado de salud, cualificación profesional, probabilidades de acceso a un empleo, dedicación a la familia, colaboración en las actividades profesionales, mercantiles, industriales del otro cónyuge, duración del matrimonio, convivencia, el caudal y medios económicos de los cónyuges y las necesidades, y la pérdida eventual del derecho a una pensión¹²⁵. Siguiendo esta línea, en el Código Civil de Paraguay encontramos el artículo 186,¹²⁶ que establece que el contrayente de mala fe debe indemnizar al de buena fe de todo daño resultante de la nulidad de matrimonio. También el Código Civil peruano prevé en su artículo 283¹²⁷, que son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso de divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios.¹²⁸

Hemos visto como ciertos países indican la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual por la nulidad del matrimonio con una norma expresa, en otros casos podemos identificar una suerte de sanción al contrayente que ocasiona la nulidad del matrimonio, observemos algunos ejemplos.

podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”

¹²⁵ Álvarez, Carlos. *Principios de Derecho Civil*. España: Marcial Pons Editorial. 1997, p.160

¹²⁶ Código Civil de Paraguay. Artículo.186. Ley N° 1183/85 “Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que tenían, o debieron tener antes de la celebración del matrimonio, acerca de la causal que determinó su nulidad.

El esposo que no tuviere la edad necesaria para casarse y el que padeció la violencia al expresar su voluntad serán siempre considerados de buena fe.

El contrayente de mala fe deberá indemnizar al de buena fe de todo daño resultante de la nulidad del matrimonio.”

¹²⁷ Código Civil de Perú. Artículo 283. “Son aplicables a la invalidez del matrimonio las disposiciones establecidas para el caso del divorcio en lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios”.

¹²⁸ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La Ley, 2001,p. 130.

En el Código Civil uruguayo, artículo 211¹²⁹, el cónyuge de mala fe puede recobrar sus bienes propios, pero pierde la mitad de las gananciales y todas las donaciones y ventajas matrimoniales. En el Código Civil de México, artículo 261¹³⁰, la nulidad del matrimonio trae como consecuencia la división de bienes comunes, en caso de que hubiera habido buena fe solo por uno de los cónyuges, todos los bienes repartibles se imputan al cónyuge de buena fe¹³¹.

En el Ecuador, el artículo 94 del Código Civil establece la figura del matrimonio putativo, los efectos del matrimonio surten solo para el contrayente de buena fe, hasta que se declare la nulidad, esto quiere decir que no surte efectos a futuro como explica Parraguez¹³², se entiende de la norma que se refiere al presente y pasado¹³³. El Código Civil ecuatoriano se opone a la celebración del matrimonio de mala fe y reconoce que es un acto reprochable. Habría que decidir, posteriormente, la relevancia de determinar mediante una norma, la necesidad de responder por los daños derivados de la nulidad de matrimonio y cómo afectaría esto a otros casos; ya que en el Derecho Argentino, por ejemplo, autores y jueces han respaldado la tesis

¹²⁹ Código Civil de Uruguay. Artículo 211. La nulidad producirá, respecto de los bienes del matrimonio, los efectos siguientes: 1°. Si hubo buena fe de parte de ambos cónyuges, cobrará cada uno sus bienes, incluso la mitad de gananciales y conservará las donaciones y ventajas pactadas al contraer el matrimonio.

2°. Si hubo mala fe en los dos, se practicará lo mismo, salvo que las donaciones y ventajas pactadas serán nulas.

3°. Si la mala fe estuvo de parte de uno solo, éste recobrará sus bienes propios, más perderá la mitad de gananciales y todas las donaciones y ventajas matrimoniales.

¹³⁰ Código Civil de México. Artículo 261. “Declarada la nulidad del matrimonio se procederá a la división de los bienes comunes. Los productos repartibles, si los dos cónyuges hubieren procedido de buena fe, se dividirán entre ellos en la forma convenida en las capitulaciones matrimoniales; si sólo hubiere habido buena fe por parte de uno de los cónyuges, a éste se aplicarán íntegramente esos productos. Si ha habido mala fe de parte de ambos cónyuges, los productos se aplicarán a favor de los hijos”

¹³¹ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La Ley, 2001, p. 131.

¹³² “El matrimonio putativo no produce efectos a futuro respecto de los cónyuges, sino solamente en el presente, mientras subsista buena fe (vgr.: no se haya declarado o reclamado la nulidad) y hacia el pasado. Por ello, las prestaciones y auxilios que se dieron antes de la declaración de nulidad serán válidos, habrá existido igualmente sociedad conyugal y sido legítima la porción conyugal, etc. Todo ello, por cierto, respecto del cónyuge de buena fe o de ambos si lo están.” PARRAGUEZ, LUIS. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

¹³³ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 94. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.- “*El matrimonio nulo, si ha sido celebrado con las solemnidades que la ley requiere, surte los mismos efectos civiles que el válido, respecto del cónyuge que, de buena fe y con justa causa de error, lo contrajo, y respecto de los hijos concebidos dentro de dicho matrimonio. Pero dejará de surtir efectos civiles desde que falte la buena fe por parte de ambos cónyuges. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.*”

negativa argumentado que para que pueda haber una indemnización por los daños, debe existir una norma que viabilice esta posibilidad, como en el caso de la nulidad, para cada una de las situaciones del Derecho de Familia. De lo contrario, es lógico pensar que el deseo del legislador es que se aplique la responsabilidad extracontractual como norma general, aplicable a diversas situaciones.

En el Ecuador, al igual que en otros países, la nulidad es la sanción establecida por el Derecho civil, que recae sobre los actos jurídicos que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley; para que puedan surtir efectos jurídicos. López Olaciregui define a la nulidad como “ineficacia del acto jurídico dispuesta por la ley en razón de defectos constitutivos”¹³⁴, lo cual implica según Zannoni “la privación de los efectos propios del acto”¹³⁵. Dentro del Código Civil Ecuatoriano, la nulidad del matrimonio tiene una naturaleza especial, en la cual no se aprecia la diferenciación entre nulidad relativa y nulidad absoluta como se determina en los demás actos jurídicos. Parraguez ha resumido las causas de la nulidad del matrimonio mencionando que “no son sino las contrapartidas de sus requisitos de validez”¹³⁶ y se contemplan en los artículos 95, 96, 89, 101, 105 y 1490 del Código Civil, estas son:

- 1) La presencia de alguno de los impedimentos dirimentes del artículo 95: impubertad, demencia, matrimonio anterior no disuelto, impedimento de homicidio y parentesco.
- 2) La existencia de algún vicio de consentimiento de los señalados en el artículo 96: error en la identidad, rapto de la mujer, enfermedad mental y amenazas graves.
- 3) La presencia de aquellos impedimentos no contemplados en el artículo 95: matrimonio del púber menor de 16 años (artículo 89); el matrimonio del divorciado antes del año señalado en el artículo 105; y el matrimonio del sordomudo que no puede darse a entender por escrito (artículo 1490).
- 4) La falta de alguna de las solemnidades esenciales del artículo 101¹³⁷.

Es evidente que el cónyuge que celebra el contrato del matrimonio a sabiendas de la existencia de uno de los impedimentos mencionados, comete un hecho ilícito, un acto antijurídico, ya que la conducta se esta oponiendo a la celebración del matrimonio de buena fe. Además que existe un irrespeto a las normas que establecen

¹³⁴ López, Olaciregui, José. “De la nulidad de los actos jurídicos”, en *Revista Lecciones y Ensayos* No. 19”. Argentina, 1960. p. 14.

¹³⁵ Eduardo, Zannoni. *Derecho Civil - Derecho de Familia*. Argentina: Editorial Astrea. 1978, p. 254.

¹³⁶ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 41.

¹³⁷ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja. p. 41.

las causas de nulidad del matrimonio, esta conducta puede ocasionar (nexo causal) tanto daños morales como patrimoniales, ya sea por las expensas derivadas del juicio de nulidad, hasta aquellos detrimentos emocionales que afronta el perjudicado, daños a su reputación, por ejemplo. Esto se aplica de igual manera al cónyuge que tiene la intención (dolo) de realizar el hecho ilícito descrito, como al que ha sido negligente, imprudente (culpa) y ha contraído matrimonio sin tomar en cuenta las conductas que generan la nulidad el acto.

Para que el matrimonio surta sus efectos jurídicos es necesario que se cumplan ciertos requisitos, uno de ellos es que la manifestación de voluntad de las partes que efectúan este acto, debe ser libre y espontánea; esto quiere decir que no existan vicios del consentimiento, puesto que de lo contrario originan la nulidad del matrimonio, es así que el artículo 96 del Código Civil indica:

Es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas:

1. Error en cuanto a la identidad del otro contrayente;
2. Enfermedad mental que prive del uso de razón;
3. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y,
4. Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible¹³⁸

He podido identificar, en la jurisprudencia ecuatoriana, un fallo sobre el error en cuanto a la identidad del otro contrayente, que nos enseña cuál es la postura de los jueces sobre la responsabilidad civil derivada de la nulidad, examinemos a continuación el caso.

2.4.1 Caso Xavier Eugenio Crespo Rosales en contra de Nathaly Korchak Pesantez: Error en cuanto a la identidad del otro contrayente.

En cuanto al error en la identidad del contrayente en el Ecuador, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han tratado de dilucidar ¿qué es lo que se estima por identidad?. Se trata del error en los distintivos físicos de la persona y aspectos como

¹³⁸ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 96. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

el nombre, nacionalidad y otros atributos de la personalidad, o el error puede versar sobre las cualidades de la persona; sobre esto la jurisprudencia ecuatoriana ha dado su respuesta en el caso Xavier Eugenio Crespo Rosales en contra de Nathaly Korchak Pesantez¹³⁹, el recurso de casación se plantea por la errónea interpretación del artículo 96, numeral uno y en consecuencia la falta de aplicación del artículo 1471 del Código Civil que establece:

El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato.¹⁴⁰

La Corte realizó su fallo tomando en cuenta lo que establece la doctrina acerca de la identidad, se apoyaron en Claro Solar y Zannoni para resolver el mencionado caso con el objetivo de mostrar las dos posturas que existen sobre la identidad. Enfocando, a la vez la posibilidad de aplicar en el contrato del matrimonio lo indicado en el artículo 1471. Esta jurisprudencia revela la concepción que existe en nuestro país sobre la aplicación de las normas generales de los contratos en el matrimonio, por ello es parte fundamental de la presente tesina; ya que la hipótesis que planteo defiende que se apliquen los principios y normas generales al matrimonio como contrato y en general a las relaciones que se generan a partir de vínculos familiares, tesis contraria a la sostenida por la Corte. A continuación se expondrán los discernimientos mantenidos en la sentencia en base a lo indicado por Claro Solar y Zannoni.

El autor chileno Claro Solar (*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas, Tomo I*), considera que “el error en general es la falsa noción que nos hemos formado de una persona o de una cosa”¹⁴¹, en el caso del matrimonio menciona que el error puede recaer sobre la identidad misma del cónyuge, o sobre las cualidades que se supone tiene esta persona. Al respecto da el siguiente ejemplo, el autor pretende casarse con María, sin embargo “por un concurso

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador). Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 271-2007. De 14 de Mayo del 2009.

¹⁴⁰ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 1471. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

¹⁴¹ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas*, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942, p. 296

de circunstancias extraordinarias”¹⁴² Julia se presenta ante el Oficial del Registro Civil, y creyendo estar con María contrae matrimonio con Julia. En este caso se configura el error. Por otra parte, dice Claro Solar, se le informa que celebra el matrimonio con una mujer rica, sin embargo, luego descubre que carece de recursos económicos, o pensando que es de familia distinguida, resulta ser de condición humilde, en estos casos existe también un error, comenta Claro Solar. Pese a esto estipula “La ley declara que el error debe ser en cuanto a la identidad de la persona del otro contrayente para que vicie el consentimiento en el matrimonio, de modo que excluye todo error que verse sobre las cualidades de la persona”¹⁴³

En torno a la aplicación del artículo 1471 en los casos de la nulidad del matrimonio por error en la identidad del contrayente, recoge la Corte el siguiente pensamiento de Claro Solar:

en los contratos ordinarios el error sobre una calidad vicia el consentimiento cuando se trata de una calidad esencial del objeto que versa el acto o contrato (Art. 1454) o cuando esa calidad es el principal motivo de una de las partes para contratar y este motivo a sido conocido de la otra parte; pero estos principios son absolutamente inaplicables al matrimonio, en el cual no puede depender de la voluntad de las partes el que tal o cual calidad llegue a ser substancial, y por lo tanto, una condición de validez del matrimonio. Las cualidades que uno de los contrayentes supone en el otro serán, cuando más, motivos determinantes de su voluntad, pero los motivos jamás vician el consentimiento, ni aún en los contratos ordinarios el móvil de la voluntad no impide que la voluntad exista, y si se pudiera alegar el error en los motivos, como vicio de los contratos, desaparecería toda seguridad en las transacciones¹⁴⁴.

Finalmente, la Sala señala -en su dictamen- el análisis de Derecho comparado que Claro Solar realizó, donde el sostiene que existen dos corrientes, una que sigue la visión francesa, al exigir que el error recaiga sobre la persona misma, es el caso de Italia, Holanda, Austria, España y Venezuela; legislaciones que se refieren expresamente al error en la identidad de la persona. Y por otra parte está la corriente que prevé que el error puede recaer sobre la persona o sobre las cualidades personales del otro esposo; dentro de esta tendencia se enmarca el Código Alemán, §1333 "la nulidad del matrimonio puede ser demandada por el esposo que, al tiempo de su celebración, la cometido (i) error sobre la persona del otro esposo o (ii) sobre cualidades personales de otro esposo de tal naturaleza que él no habría contraído

¹⁴² Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas*, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942, p. 296

¹⁴³ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas*, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942, p. 298

¹⁴⁴ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas*, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942, p. 299

matrimonio si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente el matrimonio que contraía"¹⁴⁵ (Luis Claro Solar, Ob. Cit., pág. 300). A partir de esta aseveración la Corte busca en el autor Zannoni un estudio de Derecho comparado más actualizado, quien hace referencia a la doctrina canónica, en sus orígenes, el error en la persona o in personam hace referencia exclusivamente al individuo físico o identidad del contrayente, apartándose del error qualitatis, o error sobre las cualidades del contrayente; por lo cual, habría una celebración válida del matrimonio aunque existiera un error en las cualidades, "a menos que la cualidad del contrayente hubiere sido causa determinante del consentimiento". Posteriormente, Zannoni se refiere a que hay una corriente moderna que es la que acepta como causal de nulidad del matrimonio, el error en la persona como en las cualidades, siempre que estas sean determinantes en el consentimiento. El autor dice que esta tendencia del Código Alemán, ha sido adoptada por el Derecho Español, Italiano, Francés entre otros, que si bien en un inicio acogían que el error solo puede versar sobre la persona, han transformado su criterio para admitir que tanto el error sobre la identidad de la persona, como el que recae sobre las cualidades personales configuran la nulidad. A pesar de esto, anota Zannoni que a nivel latinoamericano la corriente clásica francesa fue la que prevaleció, aunque existen casos como Perú y Brasil que incorporaron de manera expresa el error qualitatis.¹⁴⁶ Por lo indicado, la corte determina que "el Código Civil Ecuatoriano se refiere a la "identidad del contrayente", es decir, únicamente a la personalidad o individualidad física de aquél, mas no a sus cualidades personales o civiles, ya que éstas fueron recogidas taxativamente en el Art. 95 y en el numeral 2 del Art. 96 del Código Civil (...) "¹⁴⁷. Sobre la falta de aplicación del artículo 1471 del Código Civil, estima lo siguiente:

Esta Sala, refiriendo el criterio de Claro Solar, expuesto en el considerando tercero de este fallo, estima que tal precepto no resulta aplicable al matrimonio ya que esta institución tiene normas propias y exclusivas que lo regulan, previstas en el Título III del Libro I de las personas del Código Sustantivo, entre las cuales está el numeral 1 del Art. 96 ibídem, que se refiere expresamente al error y que ya fue materia de análisis en el presente fallo. En tal virtud, se rechaza dicho cargo.

¹⁴⁵ Código Civil Alemán. Artículo 1333. Citado en Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas*, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942, p. 300.

¹⁴⁶ Eduardo A. Zannoni, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo 1, Ed. Astrea, 2a Edición, Buenos AIRES, 1993, Págs. 243, 244, 245 y 248

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador). Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 271-2007. De 14 de Mayo del 2009.

Es importante comentar que el matrimonio es un contrato, así lo establece el artículo 81 del Código Civil: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”¹⁴⁸, en el contrato matrimonio son plenamente aplicables los principios y normas generales del Código Civil sobre los contratos; esto no significa que el matrimonio no tenga un tratamiento especial o que, a la vez de ser un contrato, es considerado una institución. Lo fundamental es entender que no existe norma alguna que establezca que al matrimonio, pese a ser un contrato, no se le aplican las normas de los contratos. Este es el principal problema que enfrenta el Derecho de Familia, considerar que esta rama del Derecho no se rige por obligaciones jurídicas sino morales o éticas, dudar sobre la aplicación del Código Civil en aquellos casos de Derecho de Familia, que no se ha establecido una regla precisa. Concretamente, se enfrenta a la constante búsqueda de desvincular a la familia con el Derecho por el elemento social que lo caracteriza, o darle ciertas prerrogativas equívocamente, que tan solo patrocinan a que haya inconsistencias en el sistema.

Carece de todo sentido decir que dentro del contrato de matrimonio la calidad de la persona con la que se va a contratar no tiene relevancia; obviamente es un aspecto trascendental, substancial en este negocio jurídico, María decide contraer matrimonio con X, porque considera que puede cumplir con las obligaciones que implica el matrimonio, porque X demuestra ciertas aptitudes, cualidades, así mismo por su físico, apellido, nacionalidad, domicilio, profesión, estatus económico; es por demás lógico, que si X no tendría las aptitudes y cualidades que María conoce sobre X, ella no se casaría con él.

Si X miente a María y le hace creer que es un hombre honesto, pero realmente es un timador, esta mujer tiene todo el derecho de ampararse en las normas del Código Civil sobre los contratos y decir que hubo un error en la identidad de la persona con quien deseaba contraer matrimonio, probando que la cualidad de honestidad era determinante para que ella haya celebrado el acto jurídico con esta persona. Además como le han hecho incurrir en un error, puede buscar la nulidad del

¹⁴⁸ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 81. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

acto y adicionalmente la indemnización lógica y correspondiente que deviene de esta actitud. Opinamos que la postura que mantiene que el error en la identidad hace referencia solo al aspecto físico es equívoca, la norma responde tanto al error in personam como qualitatatis siempre que se demuestre que este factor fue determinante para la celebración del acto.

Ahora bien, si hablamos de que la persona quería engañar a su pareja para que contraiga matrimonio con ella, haciéndole pensar o suponer ciertas cualidades; se estarían configurando los elementos de la responsabilidad civil extracontractual, veamos:

a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias.

En este caso la conducta transgrede el artículo 96 numeral 1 ya que la norma ha determinado que el acto jurídico no podrá surtir sus efectos jurídicos en caso que exista error en la identidad de la persona.

b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley.

Hay dolo, cuando la intención del contrayente es mentir sobre sus cualidades para cursarse; o según sea el caso, hay culpa cuando por negligencia o impericia, el contrayente no es prudente en sus actos y no se cerciora que el acto que va a celebrar carezca de vicios.

c) Que exista daño patrimonial o moral.

d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño

Estos elementos dependen de los hechos de cada caso concreto, los daños que se generen así como la relación entre el daño (detrimentos pecuniarios, a la honra, etc.) y el hecho ilícito deberá ser probado y evaluado por los jueces.

Adicionalmente, en el fallo vemos que los jueces ecuatorianos han aplicado la tesis de especialidad y por lo tanto consideran inadecuado aplicar las normas que no estén expresamente previstas para el Derecho de Familia. Como hemos mencionado previamente, esta es una de las principales tesis en las que se fundamentan ciertos tratadistas para negar la aplicabilidad de la responsabilidad civil y, en general, cualquier norma establecida para los negocios jurídicos o el régimen civil en general en el Derecho de Familia.

2.5 Daños por la frustración de visitas de padres a hijos.

Como explica Belluscio “la frustración del régimen de visitas deriva del incumplimiento de dicho régimen por parte de alguno de los sujetos obligados a cumplirlo¹⁴⁹”, Según Rivero el incumplimiento del régimen de visitas se da cuando no se cumple en absoluto, se cumple en partes, o se cumple mal¹⁵⁰. La autora argentina Makianich de Basset señala que ante esta situación hay sanciones civiles y penales dentro del ordenamiento jurídico de su país, adicionalmente indica que las conductas que frustran la relación entre padres e hijos producen daños que deben ser reparados, por dos razones fundamentales, la primera, compensar el equilibrio roto, y la segunda, para inhibir la reiteración de conductas dañosas¹⁵¹. Novellino, por su parte, afirma que tanto los autores como los tribunales argentinos concuerdan en que la frustración de visitas en una situación que constituye un hecho ilícito y como tal, resarcible, el resarcimiento procede tanto para el niño que se le ha privado de la visita del padre o la madre, como para el progenitor¹⁵².

En el Ecuador el Código de la Niñez y Adolescencia trata en su artículo 125 el tema expuesto, la norma establece:

El padre, la madre o cualquier persona que retenga indebidamente al hijo o hija cuya patria potestad, tenencia o tutela han sido encargadas a otro, o que obstaculice el régimen de visitas, podrá ser requerido judicialmente para que lo entregue de inmediato a la persona que deba tenerlo y quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados por la retención indebida, incluidos los gastos causados por el requerimiento y la restitución.

Si el requerido no cumple con lo ordenado, el Juez decretará apremio personal en su contra, sin perjuicio de ordenar, sin necesidad de resolución previa, el allanamiento del inmueble en que se encuentra o se supone que se encuentra el hijo o hija, para lograr su recuperación¹⁵³.

Esta norma indica la posibilidad de demandar daños en el caso de frustración de visitas, además de ello consideramos que establece el deseo del legislador de aplicar la responsabilidad civil en el Derecho de Familia en el Ecuador. Es necesario advertir que a pesar que esta norma viabiliza la reparación de daños en estos casos, no se han planteado acciones judiciales en este sentido en el Ecuador.

¹⁴⁹ Belluscio, Claudio. *En Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Ediciones La Rocca, 2003, Cuarta parte (B), p.255. Coordinado por: Cúneo, Darío.

¹⁵⁰ Rivero Hernández, Francisco. *El Derecho de visita*. España: Bosch, 1997, pp 268-269.

¹⁵¹ Makianich de Basset, Lidia. *Derecho de Visitas*. Argentina: Hammurabi, 1997, p. 185.

¹⁵² Falcón, Enrique, y Novellino, Norberto. “Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente” en *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte (A). Argentina: La Rocca, 2000, pp. 543-547.

¹⁵³ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 125. Publicado en Registro Oficial 737 publicado el 3 de enero del 2003.

2.6 Daños por transmisión de sida a los hijos y transmisión de enfermedades en general.

Si bien existe el derecho de procreación de los padres, este derecho tiene una limitación, radica en la posibilidad de transmitir una enfermedad genética o grave al hijo¹⁵⁴. Uno de los primeros casos que se suscitaron al respecto, es la sentencia Italiana del año 1950, en la que una hija reclama una indemnización a su padre por haberle contagiado de sífilis a su madre durante el período de gestación y por ende haciendo que ella contraiga la enfermedad. El Tribunal de Piacenza¹⁵⁵ encontró responsables solidariamente a ambos padres por el daño ocasionado a la hija.¹⁵⁶

Para entender la importancia de este tema quisiera citar el artículo 24 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre del 1989, ratificado en el Ecuador mediante el Decreto ejecutivo 1330, publicado en el Registro Oficial 400 de 21 de marzo de 1990:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sea necesaria a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
 - f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

¹⁵⁴ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La ley, 2001, p. 53.

¹⁵⁵ Tribunal de Piacenza (Italia). 31 de Marzo de 1951. Foro Italiano, 1951.1.991

¹⁵⁶ Citado por Zannoni, Eduardo. “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida”. *Edición Homenaje a Dr. José Mosset Iturraspe*. Argentina: Ediciones UNL, 1989, p. 627..

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.¹⁵⁷

Consideramos que al emplear la responsabilidad civil extracontractual cuando se generen daños por la transmisión de enfermedades de padres a hijos, estamos asegurando la aplicación del artículo 24 de la Convención, porque se protege el derecho de la salud del niño o niña, y se orienta la conducta de los padres hacia una planificación de la familia responsable. En consecuencia se logra que el niño o niña goce del más alto nivel de salud posible.

Una de las enfermedades que se pueden transmitir es el SIDA, en el Ecuador la Ley para la prevención y asistencia del VIH Sida¹⁵⁸ establece en su artículo 11 que “La persona que conociéndose portadora del VIH/SIDA, porque ha sido notificada e informada, en una forma consciente y voluntaria transmite el VIH, a otra persona, con conocimiento de causa, será responsable ante la ley por el daño causado”. En este caso la norma viabiliza la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual, la cual no se limita en casos de filiación, siempre que haya una transmisión consciente de la enfermedad del VIH se origina la necesidad de responder por este acto.

Consideramos que esta postura debe ser aplicada a las demás enfermedades que los padres puedan transmitir a sus hijos, debe repararse cualquier enfermedad grave cuando haya de por medio la intención o conciencia de hacerlo.

Como expresa Sambrizzi, las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Buenos Aires en el año 1991 al tratar el tema, concluyeron que “los padres son responsables frente a sus hijos por las taras hereditarias que aquéllos ocasionan a éstos a raíz de una enfermedad grave de la que aquéllos tuvieron conocimiento”¹⁵⁹.

Para Villaverde, es necesario hacer una distinción las enfermedades genéticas que describe como trastornos causados por mutaciones en genes cuyos productos, ya sea enzimas o proteínas estructurales, no intervienen en la embriogénesis sino en la función postnatal de órganos y sistemas, en estos casos los padres no deben

¹⁵⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 24. Registro Oficial 153 de 25 noviembre 2005.

¹⁵⁸ Ley para la prevención y asistencia del VIH Sida. Artículo 11. Registro Oficial 58 de 14 de abril de 2000.

¹⁵⁹ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La ley, 2001, p. 55.

responsabilizarse, mientras que en las malformaciones congénitas, causadas por factores exógenos, que pueden ser controlados por las personas, como la sífilis, así como agentes infecciosos o químicos, tabaco, drogas, alcohol; sí deben los padres responsabilizarse, ya que pudieron evitar los daños y fácilmente se puede determinar la existencia del actuar doloso o culposo¹⁶⁰.

Otra posición sobre resarcimiento en los casos de transmisión de enfermedades de padres a hijos es la de Eduardo Sambrizzi, “(..) esto implicaría, bajo la pena de hacerse cargo de una indemnización, la prohibición para los padres de tener relaciones sexuales entre sí, dejando de tal manera de lado uno de los fines del matrimonio, como es la generación y educación de los hijos”¹⁶¹ Zannoni sigue esta línea de pensamiento, rechaza la reparación ya que el acto procreador de los padres no puede ser considerado de ninguna manera como acto ilícito, quien además sostiene “que aún cuando fuere moralmente irresponsable, privilegia el sentido a la vida (..)”¹⁶²

Creemos que no estamos ante una prohibición para los padres de tener relaciones sexuales, puesto que pueden llevar a cabo la actividad sin procrear, solo en los casos en que puedan contagiar a sus hijos enfermedades graves; considero que lo que se trata es de velar para que se tome mayor responsabilidad al momento de ejercer el derecho de procreación, y asegurar una vida digna y el derecho de salud a los niños. Y como explica Novellino, se trata del derecho a nacer sanos, implica ponderar el derecho del hijo, por sobre el derecho a la libertad sexual de procreación¹⁶³, criterio que consideramos adecuado por la obligación de tutela del interés superior del niño, teniendo en cuenta su supremacía¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Villaverde, Gabriela. “Daños congénitos. Responsabilidad Civil de los padres”. L.L., 2000-E-1295.

¹⁶¹ Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: La ley, 2001, p. 56.

¹⁶² Zannoni, Eduardo. “El Daño genético y por transmisión de enfermedades”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1, 1994, p. 148.

¹⁶³ Novellino, Norberto. “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos”, en *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte A, “Daños en el Derecho de Familia”. Argentina: La Rocca, 2000, p. 237.

¹⁶⁴ Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Artículo 11. Publicado en la Ley No. 100 en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003. El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin

Para algunos autores, hay que establecer qué enfermedades transmisibles pueden configurar daños; por ejemplo se considera que no debe proceder el resarcimiento cuando el hijo se siente afectado por heredar obesidad, diabetes, enanismo, o cierto aspecto físico. En mi opinión, siempre que exista un daño que pueda ser probado en base a las reglas de responsabilidad extracontractual y en el caso de la transmisión de enfermedades es importante que haya un conocimiento de la enfermedad que se padece, debe haber una indemnización.

Cualquier enfermedad que origine un perjuicio ya sea de orden económico, gastos terapéuticos por ejemplo, o si existe un detrimento moral, rechazo, discriminación, debe procederse a un análisis a cargo de órgano judicial procedente y producto de eso, si es necesario, debe haber un resarcimiento.

Algunos autores consideran que la conducta dañosa no es el acto sexual, radica en la transmisión de enfermedades y se respalda en la prohibición general de no dañar¹⁶⁵. Sobre esto contrario al pensamiento del autor, creo que la conducta dañosa es el acto sexual realizado negligentemente o dolosamente provocando la transmisión de una enfermedad a sabiendas de padecer una afección contagiosa.

2.7 Daños derivados de la Negativa a reconocer al hijo extramatrimonial

Medina, en su libro *Daños en el Derecho de Familia*, expone la tesis positiva y negativa que se da en torno a la aceptación de la indemnización por daño extramatrimonial por falta de reconocimiento al hijo. Realiza una aclaración sobre la tesis negativa o restrictiva, mencionando que es la posición minoritaria, liderada principalmente por el Dr. Petiggiani, juez de la Corte Suprema de Buenos Aires¹⁶⁶. Según la autora los siguientes argumentos son los principales al hablar sobre el presente tema:

Tesis Negativa

1. El reconocimiento es un acto voluntario, no obligatorio, y su no ejercicio no puede generar obligación de reparar.

escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

¹⁶⁵ Maggio, Silvina. "Daños y perjuicios a la descendencia". En *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte B. Argentina: La Rocca, 2003, pp. 772-797.

¹⁶⁶ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 148.

2. El no reconocimiento no se trata de un hecho irreversible, ya que volviendo el progenitor sobre su actitud, puede llegar a establecerse un vínculo perdurable con respecto a su hijo, que el Derecho debe alentar y de ningún modo clausurar, teniendo en cuenta el interés familiar como el del propio menor.
3. La falta de reconocimiento ya tiene sanción en la pérdida del derecho de usufructo de los bienes del hijo y en la indignidad.
4. La aplicación de las normas de la responsabilidad civil podría dar origen a una catarata de juicios
5. Existe específica regulación del Derecho de Familia

Tesis Positiva

1. El reconocimiento, si bien es un acto discrecional, no puede ser realizado arbitrariamente.
2. El niño tiene un derecho constitucional y supranacional a tener una filiación y para tenerla debe ser reconocido.
3. No existe interés del niño a ser dañado ni existe familia alguna entre el no reconociente, la madre y el hijo no reconocido.
4. La indemnización tiene una función reparatoria que no se logra con la pérdida del derecho de usufructo de los bienes de los hijos menores (generalmente inexistentes) ni con la indignidad, que no procede de oficio, requiere petición de parte y puede ser purgada por el transcurso de tres años.
5. La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales del Derecho. Los precedentes son pocos.¹⁶⁷

Veámos si en el Ecuador son aplicables los razonamientos esgrimidos por ambas tesis, tomando en cuenta que lo fundamental es demostrar si el hecho de no reconocer a un hijo es una conducta antijurídica, debemos responder si ¿el reconocimiento es un deber legal?

El reconocimiento es uno de los actos que origina la filiación, el artículo 24 del Código Civil del Ecuador indica:

Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre. (el resaltado es mío)¹⁶⁸

Este artículo prueba el vínculo que existe entre el reconocimiento y la filiación en el Ecuador, a su vez, hace que indagemos más sobre la filiación y la conexión que existe entre esta y el derecho a la identidad que es lo que finalmente esta detrás de

¹⁶⁷ Medina, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 149.

¹⁶⁸ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 24. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

este tema. Por último podemos ver que el argumento de voluntariedad de la tesis restrictiva o negativa es coherente con la normativa ecuatoriana.

La filiación es, según Monroy Cabra, un vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o su madre¹⁶⁹. La Convención sobre los Derechos del Niño mencionan sobre la filiación:

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.¹⁷⁰

Podemos decir, que la falta de reconocimiento de un hijo atenta contra el derecho de identidad, el estado civil, en consecuencia constituye una vulneración a un derecho de la personalidad. Para que esta conducta antijurídica pueda ser reparada debe existir dolo o culpa, es decir que a sabiendas de que es su hijo no quiera reconocerlo porque no quiere que recaigan sobre él, las obligaciones jurídicas que devienen de la filiación. Además debe probarse que la negativa de reconocimiento originó el daño o, en otras palabras, la relación de causalidad.

En este sentido resolvió la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil de Argentina:

Es procedente la acción de daños y perjuicios que la actora interpuso contra su madre porque ésta se resistió a reconocerla espontáneamente cuando se produjo su alumbramiento, pues se ha vulnerado la propia identidad de la accionante y su dignidad personal al ser menoscabada en la consideración social que la persona merece, ya que se vio privada de integrarse en el seno de su propia familia y es sabido que el estado de familia es uno de los atributos de la personalidad.¹⁷¹

¹⁶⁹ Marco Gerardo, Monroy Cabra. *Derecho de Familia y de Menores*. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, séptima edición, 2001, p.45.

¹⁷⁰ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 7, 8. Registro Oficial 153 de 25 noviembre 2005.

¹⁷¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala B. 20 de febrero del 2007. No. 2007-C-569. F.,M. B. c/ R., Z. M. E.

El padre que niega a su hijo un reconocimiento, le está negando el derecho a la identidad, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar, a recibir información acerca de su progenitor, entre otros de los derechos constitucionales que se le han otorgado en el artículo 45 de la Constitución del Ecuador¹⁷². De este hecho ilícito devienen tanto daños morales como patrimoniales. Uno de los daños que pueden originarse es la carencia material o económica que se produce por la falta de un padre o madre, lo que puede perjudicar en la falta de una adecuada educación, vestimenta, nutrición en sí el desarrollo de la personalidad.

Después de haber analizado varios casos en los que se ha admitido la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia, considero relevante traer la preocupación de Casals y Ribot, quienes se preguntan cuáles son los límites de lo resarcible en este ámbito. Al parecer, al aceptar la responsabilidad extracontractual en el Derecho de Familia estamos ante una situación indeterminada; la fuente de obligación es el incumplimiento de deberes parentales o maritales que ocasionan un daño, pero no hay un parámetro que determine qué lesiones son indemnizables; los casos son muy distintos entre sí, además de abundantes¹⁷³. Concordante con lo dicho por los autores, he podido observar que se solicita el resarcimiento en otros países por el hecho de no haber advertido al cónyuge el padecimiento de una enfermedad de transmisión sexual¹⁷⁴, por agresiones sexuales¹⁷⁵; restringir la libertad de

¹⁷² Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

¹⁷³ Casals, Miguel, Ribot, Jordi. “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”. España: Bill Atkin. 2010, p. 337-365. Publicado en: *The international survey of family law*. Disponible en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unav.edu%2Fmatrimonioyfamilia%2Fb%2Fuploads%2F30030_MartinRibot_ADC2011_Danos.pdf&ei=6XUiU9XRHcGN0AHppoCgAw&usg=AFQjCNHWPNJcscP54B5XHUWiesgP9Ni1lg&bvm=bv.62922401,d.dmQ

¹⁷⁴ Se trata del caso en el cual uno de los cónyuges transmite al otro una enfermedad de carácter grave, debiendo determinarse si esa circunstancia lo hace responsable por los daños causados al esposo contagiado. Sambrizzi, Eduardo. *Daños en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2001.p. 64.

¹⁷⁵ Sentencia de la Sección sexta de la Audiencia de Barcelona de 1 de junio de 1999 ponente Dr. Pablo Llerena. Manuel y Concepción se encontraban en trámites de separación conyugal, el 2 de agosto del 97 Manuel se acercó a la casa de Concepción y le manifestó su intención de seguir con el matrimonio,

movimiento, el contacto con el entorno familiar o control de actividades sociales del cónyuge¹⁷⁶, inapetencia sexual del otro cónyuge, infidelidad¹⁷⁷, homosexualidad¹⁷⁸, prácticas sexuales consentidas por ambos cónyuges pero que a uno le resulten inapropiadas o repulsivas¹⁷⁹, falta de apoyo al otro cónyuge como el abandono cuando se presentan dificultades económicas¹⁸⁰, salud, incumplimiento de compartir las tareas domésticas¹⁸¹, frialdad emocional, lesiones infringidas al hijo; por el descuido de atenciones medicas que requiere el embarazo o llevar acabo actividades de riesgo para el feto como fumar, ingerir alcohol, ingesta de estupefacientes¹⁸²; carencia afectiva del hijo extramatrimonial, ocultación de falsa paternidad sobre el hijo¹⁸³, incompetencia de los padres en la tarea de educar, accidente de tránsito ocasionado

ante la negativa el violó a Concepción. Se condenó a Manuel al pago de la suma de 2.000.000 de pesetas por daño moral.

¹⁷⁶ Casals, Miguel, Ribot, Jordi. “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”. España: Bill Atkin. 2010, p. 337-365. Publicado en: *The international survey of family law*. Disponible en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unav.edu%2Fmatrimonioyfamilia%2Fb%2Fuploads%2F30030_MartinRibot_ADC2011_Danos.pdf&ei=6XUiU9XRHcGN0AHppoCgAw&usg=AFQjCNHWPNJcscP54B5XHUWiesgP9Ni1lg&bvm=bv.62922401,d.dmQ

¹⁷⁷ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata (Argentina), Sala II, El 7 de abril de 1983, determinó procedente el daño moral ante la infidelidad del consorte: “La casual de adulterio, que dio pie al divorcio; causa indudablemente daño moral al actor en los términos del art. 1078 del Cód. Civil. Debe así entenderse que ha sufrido daño moral el cónyuge que no solo ve quebrantada la fidelidad conyugal por las relaciones sentimentales de su consorte sino que ello adquiere estado público dentro de su círculo de actuación”

¹⁷⁸ Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 5 de junio de 2006 (homosexualidad del esposo ocultada a la esposa) No. 253511. Es fundamental comentar que no creo que la homosexualidad pueda considerarse un hecho ilícito de ninguna manera, un criterio de esa naturaleza es aberrante. Sin embargo dependiendo del caso, si uno de los contrayentes puede probar como la homosexualidad de su pareja fue ocultada para ocasionarle un perjuicio a su proyecto de vida por ejemplo impidiéndole tener hijos, podría ser procedente la responsabilidad civil extracontractual, todo dependería del caso sobre el cual hay que realizar un estudio en base a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

¹⁷⁹ Rodríguez Guitán, Alma. *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: especial referencia a las relaciones paterno filiales*. España: Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 91.

¹⁸⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires. Sala E. 2 de Marzo del 2005. C. R. A. M. c. D. N. S., L. C. “Resulta procedente el reclamo por daño moral interpuesto contra el cónyuge culpable del divorcio decretado por las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso, pues el haberse hospedado en el inmueble al que concurría el matrimonio los fines de semana en compañía de otra mujer, y poco tiempo después de su retiro del hogar, es susceptible de producir un dolor profundo en la esposa.”

¹⁸¹ García, Cremades. “El reparto de tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”. Revista La Ley No. 7079 de 18 de diciembre del 2008.

¹⁸² Suprema Corte de Michigan, Grondin vs. Grodin, 1980. Daños prenatales causados al hijo por la ingesta de tetracycline durante su embarazo, lo que hizo que su hijo desarrolle una enfermedad en la dentadura.

¹⁸³ Sentencia de la Sección Séptima Audiencia Provincial de Valencia (España) de 2 de Noviembre de 2004. Carlos V.S. contra Adela R.C. y Francisco L.R. (dolo en la ocultación de la verdad biológica al marido).

por madre o padre que afecta al hijo¹⁸⁴, por incumplimiento de la obligación alimentaria.

En mi opinión, no debe haber límites sobre lo resarcible en el ámbito del Derecho de Familia, existen suficientes restricciones morales, e ideológicas como para limitar más aún al Derecho de Familia y la posibilidad de aplicarle a esta rama del Derecho, principios y reglas generales del Derecho Civil. A esto se suma que serán los jueces los encargados de ir fijando los parámetros en base a las normas de responsabilidad civil extracontractual y el análisis de cada situación particular, lo cual sería básicamente el limitante que estimo conveniente.

¹⁸⁴ Suprema Corte de Illinois, Stallman vs. Youngquist, 1988. El padre y el representante legal de menor demandan a la madre por daños al menor durante un accidente automovilístico ocasionado por la madre.

CAPÍTULO III

En este tercer capítulo analizaremos el proyecto reformativo al Código Civil del Ecuador en la parte pertinente a los daños y perjuicios por falta de reconocimiento al hijo. Además trataremos de desentrañar el tema de la valoración de los daños desde la perspectiva del Derecho de Familia, veremos cuáles son los criterios para cuantificar las afecciones patrimoniales y morales en general. Abordaremos algunos temas procesales, en los que existen disquisiciones, como es el caso de la legitimación de los menores. Finalmente, se expondrá una visión sobre la necesidad de construir un marco legal para la aplicación de los principios de responsabilidad civil en el derecho de familia en el Ecuador.

3.1 Nueva perspectiva de los Daños en el Derecho de Familia en el Proyecto de Ley de Reformas del Código Civil del Ecuador.

El 11 de abril del 2012 la asambleísta Silvia Salgado solicitó la incorporación de su propuesta con respecto a la filiación, al debate sobre el Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil relacionado con el libro I. Entre los motivos expuestos por la asambleísta, realiza un crítica al Código Civil vigente tildándolo, en primer lugar, de arcaico:

Contrariamente a lo establecido en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, el Código Civil vigente está concebido y erigido sobre la base de un modelo patriarcal, que refleja, no la protección del derecho de las personas a conocer y portar los apellidos de sus progenitores, como un derecho individual, personalísimo, que concreta una de las libertades más importantes por ser parte del derecho a la identidad, sino que envuelve una visión tradicional, anacrónica, moralista, machista, discriminatoria a las mujeres; sistema heredado del pensamiento sobre la familia, los hijos, y la filiación jurídica del siglo XIX¹⁸⁵

Sobre la reparación de daños al hijo por falta de reconocimiento espontáneo ha propuesto:

Art. Innumerado 28.- Indemnización de perjuicios.- En caso de establecerse la maternidad o la paternidad, el demandado o sus herederos deberán resarcir de los perjuicios materiales o morales ocasionados al hijo por falta de reconocimiento espontáneo, por todo el tiempo que el demandado supo de su relación parental, más las costas del juicio.

Tratándose de la paternidad, este resarcimiento se extenderá a favor de la madre e incluirá los gastos que se originaron durante la gestación y el parto. Para el resarcimiento que se refiere este artículo, el juez valorará las repercusiones concretas que la conducta omisiva ha provocado, al impedir que el hijo obtenga el estado familiar

¹⁸⁵ Asamblea Nacional del Ecuador. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil de abril del 2012.

que debió reclamar judicialmente, como una severa lesión a su derecho a la identidad y su desarrollo integral¹⁸⁶.

La propuesta que ha realizado la asambleísta se limita a los casos de perjuicios originados por falta de reconocimiento espontáneo. Considero que al tratar este tema, tenía la oportunidad de dar una solución a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en todos los casos de Derecho de Familia; y en general al planteamiento del problema, que se resume en la aparente oposición que existe entre el principio de especialidad del Derecho de Familia y el principio que indica que todo daño debe ser reparado.

La postura de Silvia Salgado sanciona duramente al Código Civil actual; sin embargo, al momento de enfrentar disquisiciones como la filiación biológica vs la filiación social y a la aplicación de la responsabilidad civil en todos los casos del Derecho de Familia, se restringe.

En mi opinión, a partir del artículo propuesto, pueden originarse dos posturas; la primera que considerará que los legisladores han abandonado el aparente silencio sobre la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia; se entendería que el Derecho ecuatoriano acoge la postura admisoría en todos los casos. Y la segunda postura, acoplada a la tesis negativa, puede sostener la necesidad de que exista una norma que viabilice la responsabilidad civil extracontractual en cada caso, ya que la intención del legislador es que se de una indemnización de perjuicios solo en el caso expuesto. Estas consideraciones las hago a partir de los argumentos manejados en otros países, principalmente Argentina, por ser uno de los países que más ha desarrollado el tema.

El principio general de la responsabilidad es suficiente para exigir la indemnización siempre que se origine un daño, ya sea en relaciones de familia o en cualquier situación donde se generen hechos ilícitos dañosos. Aparentemente esta opinión se opone a la realidad, de ahí la necesidad del legislador de crear normas para cada caso, esto tal vez sea un producto del sistema legal civilista, que hace a quienes están bajo su régimen, exigir una norma expresa que resuelva cada problema jurídico. En mi opinión no deberían existir normas como la del artículo innumerado 28, puesto que existe un principio general de no dañar que es aplicable siempre que exista un

¹⁸⁶ Asamblea Nacional del Ecuador. Artículo Innumerado 28. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil de abril del 2012.

ilícito dañoso; el querer realizar una norma que remita la responsabilidad civil extracontractual al Derecho de Familia, es aceptar que el principio no es suficiente o hace falta que el legislador establezca en qué casos es aplicable la responsabilidad civil extracontractual, opinión contraria a la hipótesis mantenida en esta tesina.

3.2 Del Proceso de Daños en el Derecho de Familia.

Considero que al estar encaminados hacia una postura admisoria de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia, hay algunos aspectos procedimentales que deben ser reglados. Como establece Cúneo, en su artículo Tribunales de Familia, “los problemas familiares presentan características especiales que requieren para su solución la asistencia de instituciones especializadas.¹⁸⁷” En el Ecuador hemos seguido esta línea de pensamiento, por lo que el 8 de Julio del 2013 dispuso el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante resolución 58, publicada en el Registro Oficial Suplemento 31 que:

Art. Único.- Todas las causas activas y pasivas en materia de familia, mujer, niñez y adolescencia que se iniciaron con anterioridad a la creación de las Unidades Judiciales o Juzgados Únicos de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, conocidas por las y los Jueces de lo Civil de la Función Judicial, pasarán, previo sorteo, a conocimiento de las y los Jueces de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.¹⁸⁸

Como observamos, los procesos de familia, anteriormente eran manejados por los juzgados civiles; gracias a la indicada resolución y a la disposición tercera del Código Orgánico de la Función Judicial que estableció un plazo para la implementación de los Juzgados Únicos de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, tenemos un órgano especializado que atiende las siguientes causas:

1. Sobre las materias del Código Civil comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive; así como las materias comprendidas en el libro tercero de dicho Código, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también las notarias y notarios;
 2. Las que se refieren a las uniones de hecho, en base a lo previsto en la ley que las regula;
 3. En los cantones en que no exista juez o jueza de contravenciones o de violencia contra la mujer y la familia, conocer y resolver en primera instancia sobre las materias contempladas en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.
- Cuando se aplicaren las medidas cautelares de amparo previstas en la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, simultáneamente la jueza o el juez fijará la pensión de alimentos correspondiente que, mientras dure la medida de amparo, deberá satisfacer el agresor, tomándose en cuenta las necesidades de subsistencia de las personas perjudicadas por la agresión;

¹⁸⁷ Cúneo, Darío. “Tribunales de Familia”. *En Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*. Cuarta Parte (B). Argentina: Ediciones La Rocca. Coordinado por: Cúneo, Darío., 2003, p. 99.

¹⁸⁸ Resolución del Consejo de la Judicatura 58. Artículo Único. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 31 de 8 de julio del 2013

4. Todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad con la Constitución de la República, los convenios internacionales, el Código de la Niñez y la Adolescencia y más disposiciones legales vigentes, excepto lo relativo a adolescentes infractores.

Conocer y resolver en primera instancia las causas relativas a los adolescentes infractores en los cantones en los que no exista juez o jueza de adolescentes infractores.

5. Las demás que establezca la ley.¹⁸⁹

De la lectura del artículo, se desprende que en caso de buscar una indemnización por daños derivados de la nulidad de matrimonio, divorcio, filiación; el juzgado pertinente para atender estos casos, sería el de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Las normas que establecen las atribuciones de estos juzgados son amplias y por lo tanto su competencia abarca los procesos de Daños en el Derecho de Familia, por ejemplo en el numeral 4 al mencionar “Todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes” le da tal apertura a la competencia de los Juzgados de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia que al basarse las acciones de daños y perjuicios en los derechos de los niños, niñas y adolescentes (identidad, salud, etc.), fácilmente se enmarcan en lo indicado por el mencionado numeral.

Valdría meditar, en una disposición que refleje el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, una de las singularidades del proceso de familia como describe Cúneo; este principio establece que “se deban promover ante el juez que entiende o entendió en el divorcio o separación las cuestiones conexas, (...)”¹⁹⁰ Sería importante establecer, que al momento de la interposición de una demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, se solicite adicionalmente la valoración al juez de los daños morales o patrimoniales derivados del divorcio o la nulidad del matrimonio.

Lo indicado anteriormente resulta importante, ya que únicamente sería procedente la indemnización por daños, cuando haya sido declarada mediante sentencia la nulidad del matrimonio, determinando que no hubo mala fe en ambos contrayentes; el divorcio contencioso, exigiendo de igual forma que se verifique que exista cónyuge inocente¹⁹¹ y, en los casos de daños derivado de la negativa de

¹⁸⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 234. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de fecha 9 de marzo del 2009.

¹⁹⁰ Cúneo, Darío. “Tribunales de Familia”. *En Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*. Cuarta Parte (B). Argentina: Ediciones La Rocca. Coordinado por: Cúneo, Darío., 2003, p. 182.

¹⁹¹ Medina, Graciela. En su libro *Daños en el Derecho de familia* Indica que en el divorcio es muy difícil determinar la culpa y la inocencia ya que generalmente los dos consortes contribuyen al fracaso matrimonial por ello un sector de la doctrina que no compartimos señala que no se puede condena a

reconocimiento al hijo, que se establezca mediante sentencia la maternidad o paternidad¹⁹².

Podemos ver que el Código Civil Español ha establecido expresamente el criterio expuesto en su artículo 98:

El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.¹⁹³ (El subrayado es mío)

3.3 Legitimación

Existe una discusión acerca de los legitimados para demandar la indemnización de daños, en los casos que el afectado sea un hijo menor de edad. Como establece Graciela Medina, consideramos que “el hijo se encuentra legitimado para actuar, porque es él quien sufre el daño. El hijo es el damnificado directo y, por lo tanto, pasible de daño moral y material”¹⁹⁴. El Código Civil del Ecuador dispone que:

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

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes. (el subrayado es mío)

Al ser el menor de edad la víctima del daño moral le corresponde la acción, sin embargo no tiene la capacidad procesal para actuar directa e independientemente en un proceso, así lo ha determinado el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil:

Art. 33.- No pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados:

1. El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría, a no ser que lo hagan por medio de su representante legal o para defender sus derechos provenientes de contratos que hayan celebrado válidamente sin intervención de representante legal; y,

2. Las personas jurídicas a no ser por medio de su representante legal¹⁹⁵. (El subrayado es mío)

La forma en que puede actuar, entonces, el menor de edad, es a través de su representante legal, quien será el encargado de realizar los actos procesales a favor del representado, el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil ha determinado que

resarcimiento alguno cuando la culpa es compartida. Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 62.

¹⁹² Sambrizzi, Eduardo. Daños en el Derecho de Familia . Argentina: La Ley, 2001,p. 124.

¹⁹³ Código Civil de España. Art. 98. Última actualización, publicada el 09/07/2005, en vigor a partir del 10/07/2005. Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

¹⁹⁴ Medina, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Argentina: Rubinzal-Culzoni. 2008, p. 163.

¹⁹⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 33. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 58 el 12 de julio del 2005.

son los padres del hijo menor los encargados de representarlo legalmente, y en caso de que haya un motivo que imposibilite a ellos será un curador especial o *ad litem*:

Art. 34.- Los que se hallen bajo patria potestad serán representados por el padre o la madre que la ejerza; y los demás incapaces que no estuvieren bajo patria potestad, tutela o curaduría, por el curador que se les dé para el pleito. El hijo menor de edad será representado por el padre. A falta por cualquier motivo de éste, le representará la madre, lo mismo que cuando se trate de demanda contra el padre. De estar incursos el padre y la madre en uno de los casos anotados, será representado por su curador especial o por un curador ad litem.

Estas normas son semejantes a las establecidas en el ordenamiento jurídico argentino; a pesar de ello, en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹⁹⁶ se ha forjado un opinión contraria a la representación en lo casos de daños y perjuicios, la autora Graciela Medina expone la disertación realizada en el fallo de la siguiente manera:

La acción que se otorga al hijo para accionar por daños y perjuicios es personalísima, porque el acto de dirigirse contra el progenitor formulándole un reclamo patrimonial por su conducta, supuestamente antifuncional, reviste también dicho carácter y, por tanto no puede ser ejercitado por un representante legal sino únicamente por el propio interesado. En principio y dada la inmadurez que la ley presume en los menores sean impúberes o adultos, la acción no podrá ejercitarse hasta haber ingresado el hijo en su mayoría de edad, pero atento a que los menores adultos tienen capacidad de discernir conforme nuestra ley (art. 921 del Cód. Civ.) los mismos podrán, excepcionalmente, con autorización judicial (art. 264 quáter, párr. final; 282 y 285, Cód. Civ.), comparecer en juicio como actores promoviendo demanda por indemnización de daños y perjuicios contra su padre¹⁹⁷.

Como ya lo anticipamos, nuestra postura es contraria a la mantenida en la jurisprudencia examinada por Medina, aceptar esto sería propiciar la indefensión de los menores; no hay que olvidar que las acciones de daños y perjuicios prescriben en cuatro años, por lo que, el creer que los hijos deben accionar sólo al momento de alcanzar la mayoría de edad, es equivalente a decir que se debe esperar la prescripción de la acción. Consideramos que los menores deben actuar representados legalmente como ha indicado el artículo 33 y 34 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente es fundamental revisar el artículo 108 del Código de la Niñez y Adolescencia, debido a que nos basamos en esta norma para mantener la posición expuesta, la cual determina que:

Se suspende la representación legal tratándose de actos, contratos o juicios en los que exista o pueda existir intereses contrapuestos entre el hijo o la hija y quien o quienes la

¹⁹⁶ Suprema Corte de Buenos Aires, de 10 de Noviembre de 1998, "D.M.R. c/S., A.F." Ac. 64.506, del 17 de Noviembre de 1999, No. 6168.

¹⁹⁷ Medina, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 163-164.

ejercen. En estos casos ejercerá la representación el padre o la madre que no se encuentre en conflicto de intereses, o el curador especial que nombre el Juez si el interés los inhabilita a ambos¹⁹⁸.

3.4 Valoración del Daño en el Derecho de Familia

Antes de entrar a realizar un análisis sobre la valoración de los daños en el Derecho de Familia, considero fundamental tratar algunas cuestiones previas que nos darán ciertas pautas para abordar el tema.

A lo largo de esta tesis hemos utilizado el término daños y el término perjuicios como equivalentes, técnicamente hay que realizar una precisión, para lo cual nos apoyaremos en la jurisprudencia colombiana:

El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó¹⁹⁹.

Si bien entendemos la disimilitud en los términos daños y perjuicios, en la doctrina suele tomarse como sinónimos. Es así que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, explica que el daño en la doctrina viene a ser lo mismo que el perjuicio, una injuria a un interés jurídico protegido, por lo que se utiliza los términos indistintamente²⁰⁰.

Por otra parte al hablar del daño recurrimos siempre a las palabras indemnización, resarcimiento, reparación, la doctrina discute si estos términos son sinónimos o cabe hacer una diferenciación entre ellos, algunos autores han considerado que los términos son equivalentes, otros consideran que es necesario hacer una distinción que radica en que uno de los términos se utiliza para la reparación del daño material (resarcimiento) y el otro del daño moral (reparación)²⁰¹. Esta diferenciación se la realiza generalmente en la práctica, la doctrina ha utilizado indistintamente los tres términos para referirse al “remedio de carácter pecuniario para

¹⁹⁸ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 108. Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003.

¹⁹⁹ Consejo de Estado Colombia, 31 de Julio de 1958, extracto visible en las pp. 167-168 de los Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167, citado por: JC HENAO,

²⁰⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No. 229-2002, de 29 de Octubre 2002, caso No. 31-2002. Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs Petroecuador y otros, publicado en Registro Oficial 43 de fecha 19 de marzo 2003.

²⁰¹ Guerrero, Sofía. *Límites de la cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2009.

establecer el interés dañado”²⁰². Coincidiendo con esto, en la presente tesina hemos usado como sinónimos la indemnización, resarcimiento, y la reparación para indicar como establece De Cupis que “mediante el resarcimiento se pretende equilibrar los intereses afectados en la medida que fueron perjudicados, se trata, pues de un mero acto de reparación, del restablecimiento de las cosas al estado que se encontraban antes del hecho ilícito que ocasionó el daño.”²⁰³

El daño, como ya se ha indicado, se clasifica en moral y patrimonial; a continuación analizaremos cómo se ha valorado el daño ocasionado dentro de las relaciones de familia, en base a la jurisprudencia extranjera, a la par, veremos cuáles son los criterios de cuantificación y valoración del daño que se han manejado en el Ecuador según las disposiciones normativas pertinentes y la jurisprudencia disponible.

3.5 Valoración Daño moral en el Derecho de Familia

Lo primero que se debe saber es si realmente estamos ante un daño moral, una lesión a un interés extrapatrimonial, como explica Pablo Rodríguez Grez²⁰⁴, para lo cual observaremos las siguientes características del daño moral:

- a) El daño moral se deriva de la lesión a un interés jurídicamente protegido por la norma, por lo que no es autónomo;
- b) Depende de la lesión a un derecho subjetivo;
- c) Lesiona intereses extrapatrimoniales, que no conforman derechos en sí mismos;
- d) No puede valorarse con parámetros objetivos, ya que el daño moral afecta a cada persona de manera particular según su esfera íntima.
- e) El daño moral afecta a la víctima de la violación legal y a las personas allegadas a la víctima²⁰⁵.

²⁰² Pérez Duarte, Alicia Elena y Noroña. “Daño Moral”, *Revista Derecho Comparado* No. 53, p. 629. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/53/art/art4.pdf>

²⁰³ De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. España: Editorial Bosch, 1975, p. 751.

²⁰⁴ Grez Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 312

²⁰⁵ Grez Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 312.

Habiendo determinado que existe un daño moral es necesario referirnos al método de valoración establecido en el ordenamiento jurídico de cada país. En el Ecuador, el artículo 2232 del Código Civil ha dejado a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización para reparar daños morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. La disposición normativa nos lleva a concluir que en nuestro país el carácter de la indemnización no es punitivo sino resarcitorio, ya que se busca la reparación del daño, no establecer una sanción; o en otras palabras, una indemnización excesiva, es así que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador comenta:

La misma ley considera que se trata de una indemnización reparatoria, aun que es claro que en muchos de los casos los daños causados no son rigurosamente reparables, pero aún en estos casos se trata de compensar económicamente, los sufrimientos, la angustia, la ansiedad, las humillaciones padecidas por quien fue víctima del daño.²⁰⁶

Adicionalmente, del artículo citado se desprende que la valoración se realiza en base a la prudencia del juez, por ende en nuestro país es el método judicial es el que prima al momento de valorar los daños; no existe un método legal o convencional. Vale preguntarse si la prudencia es un parámetro subjetivo de apreciación, debemos entonces entender ¿qué es la prudencia? El concepto de prudencia o *phronesis*, en el pensamiento griego tenía una triple función: deliberar bien, hablar bien, y obrar como es debido²⁰⁷, para Platón la prudencia era la sabiduría práctica direccionada a la vida moral y política, aquella cualidad que impera en el buen Estado, por que en este impera el buen consejo.²⁰⁸ Aristóteles consideró que “la prudencia es necesariamente un hábito práctico verdadero, acompañado de razón, con relación a los bienes humanos”²⁰⁹, por su parte Santo Tomás de Aquino, consideró la prudencia como la virtud fundamental reguladora de todo el comportamiento humano digno del hombre y la define como “la recta razón en el obrar”²¹⁰. Santiago M. Ramírez, estudia de forma detallada el sentido etimológico de la palabra prudencia, como providencia, discreción o discernimiento y llega a la conclusión de que etimológicamente significa: un pensamiento o un juicio maduro, ponderado, cuerdo, mesurado, no improvisado ni

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No. 127-02 de 14 de junio del 2002, en el caso No. 335-2001, Feliz Salame Azuriaga en contra Filanbanco S.A.

²⁰⁷ Zarate Torres, Fermin. “La prudencia judicial”. *Revista Alegatos* No. 74, México, enero-abril 2010.

²⁰⁸ Platón, *La República o de lo justo*, en *Diálogos*, tercera edición. México: Porrúa, 2007, p.87.

²⁰⁹ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, Éxodo, México, 2005, p. 31

²¹⁰ Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, Católica, Madrid, MCMLVI., t. VIII, 2-2q. 47a.1, p. 19.

precipitado, en orden a evitar un mal o conseguir un bien en el que el hombre pone todo su empeño. Y esto, evidentemente, es un acto de la razón, no del apetito²¹¹.

Es notorio que existen diversos significados sobre la prudencia, algunas definiciones con tendencias morales o políticas. Enfoquemos ahora a la prudencia en relación con la justicia, Fernando Quintana Bravo ha elaborado un profundo estudio en su libro *prudencia y justicia en la aplicación del Derecho* y desarrolla la cuestión de la siguiente manera:

Se requiere de la prudencia para apreciar el conjunto de cada suceso, el examen de las consecuencias de aplicar un principio con exclusión de otro, la consideración de los fines y la *ratio*. Una “aplicación mecánica” no sólo no es deseable, es a mi juicio imposible. La aplicación es siempre correspondencia entre un precepto y un caso, a través de un complejo proceso. La llamada justicia legal queda supeditada a la interpretación; es ésta la que decide el sentido atribuible a una legislación. La prudencia va fijando los límites de la interpretación y decidiendo la aplicación; como esto va haciéndose caso a caso, será también prudencial la determinación de las similitudes que justificarían la formación de un precedente. Se llega así a un punto en donde lo correcto, lo razonable y lo justo son convergentes. Se logra así un continuo entre la dimensión ética interna y la dimensión jurídica externa. Puede decirse, entonces, que entre el Derecho como lo exterior y la moral como lo interno se ha establecido una concordancia que es la que posibilita la prudencia.²¹²

De lo anterior observamos que la prudencia engloba entonces, la ponderación de principios; una adecuada interpretación, debidamente motivada, buscando un fin justo. A esto hay que acotar, que la prudencia también abarca conocimiento, experiencia y conciencia de los efectos de mantener un determinado razonamiento, en palabra de Platas Pacheco:

La prudencia es la virtud que compromete a la persona del juez en todos sus actos de manera que a fuerza de vivir adquiere experiencia tanto de las consecuencias como de la trascendencia de sus decisiones profesionales, nadie nace prudente es necesario que el juez dedique tiempo a conocerse para lograr por la vía del estudio y la percepción serena, los cambios en los hábitos, en las disposiciones y aptitudes para conseguir ser una persona íntegra, competente en la ciencia del Derecho y prudente en la toma de decisiones plasmadas en cada sentencia que dicta impactando significativamente en la sociedad²¹³.

²¹¹ Ramírez, Santiago. *Introducción al tratado de la prudencia*. Madrid: BAC, 1956, p. 16.

²¹² Bravo Quintana, Fernando. *Prudencia y Justicia en la aplicación del Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de la Américas, 2009, p. 109.

²¹³ Platas Pacheco, María del Carmen. “Prudencia Jurisprudencial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia”. Disponible en: www.flamagistrados.org/doc/Conferencia_magistral_prudencia_jurisprudencial_judicial_en_la_encrucijada_de_la_desconfianza_oralidad.doc

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en la resolución No. 210-2003 de 22 de Julio del 2003 en el caso No. 114-2003, se pronunció sobre la prudencia judicial estableciendo que es la aplicación de las reglas de la sana crítica:

En nuestro sistema jurídico queda a la prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual significa que lo hará aplicando las reglas de la sana crítica, lo cual a su vez conduce a que se estime que el monto máximo de la pretensión del actor, de la cual no puede exceder, es la que ha fijado en su demanda. Si la demanda es oscura en cuanto a la determinación del máximo de la pretensión del actor, el juez la ha de interpretar de acuerdo a las reglas de la sana crítica, teniendo presente el papel que desempeña la fijación de la cuantía en nuestro ordenamiento legal²¹⁴

La valoración del daño moral en el Ecuador, en general, deber realizarse aplicando la prudencia; es decir, conocimiento, motivación, sana crítica, entre otros. En los casos de la valoración de daños en el Derecho de Familia, la cuantificación debe seguir las pautas indicadas, puesto que no existe un tratamiento especial para valorar el daño derivado de hechos ilícitos dañosos cometidos entre miembros de una misma familia.

Para determinar la cuantía de reparación del daño moral se han utilizado en general dos criterios que considero importantes puesto que pueden aplicarse en la valoración de daños ocasionados en el Derecho de Familia. El primero establece que “se debe realizar un análisis del dolor y sufrimiento desde tres perspectivas, la sociológica, la económica, y la cultural”²¹⁵; es necesario saber la situación del afectado para poder efectuar una reparación satisfactoria. El segundo, habla sobre el proyecto de vida. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maria Elena Loayza Tamayo contra Perú, ilustra el denominado "proyecto de vida", que atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”²¹⁶

Adicionalmente a estos criterios, el autor Pablo Rodríguez Grez ha resumido ciertos juicios de valoración del daño moral de la siguiente manera²¹⁷:

I. Doctrina que determina el daño moral en relación al daño patrimonial.

²¹⁴Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en la resolución No. 210-2003 de 22 de Julio del 2003 en el caso No. 114-2003, George Rodamis contra Guisepppe Torri Olivar.

²¹⁵Gandolla, Julia Elena. “La ardua tarea de cuantificar los daños”. En *Revista de Derecho de Daños*. Determinación de Daños. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 226.

²¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Maria Elena Loayza Tamayo contra Perú.

²¹⁷Grez Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 2010, pp. 328 y ss.

La valoración del daño moral que debe realizar el juez se basa en la valoración del daño patrimonial sufrido por la víctima. No coincidimos con esta opinión, carece de sentido poner en la misma balanza afecciones extrapatrimoniales y materiales.

II. Doctrina que determina la cuantía del daño moral en función de la gravedad de la falta.

La gravedad del ilícito y la intensidad indican el monto que deberá resarcirse por el daño moral cometido. Esta doctrina no considera que la valoración debe realizarse en función al daño causado y sus consecuencias nocivas ya que no hay una relación entre el daño y la gravedad de la falta. La cuantificación es una suerte de pena que se incrementa por la gravedad del hecho (la naturaleza del hecho o factor de imputación) es decir la trascendencia social del daño. Consideramos que esta doctrina no tiene asidero en nuestra legislación ya que la indemnización en el Ecuador busca la reparación en oposición a la sanción, el criterio de valoración se basa principalmente en el daño causado.

III. Doctrina que valora el daño moral sobre la base de criterios puramente subjetivos del juzgador.

El juez goza de las más amplias atribuciones para fijar el monto que ha de otorgarse por reparación del daño moral, la base de su decisión es una suerte de equidad natural. No existen parámetros objetivos, el quantum atiende a lo indicado en el proceso, se considera que cuando la ley apela a la prudencia del juez, se deposita un voto de confianza.

Como hemos indicado la prudencia no debe ser asimilada como una libertad extrema otorgada al juez, existen límites claros cuando se habla de prudencia judicial, como la sana crítica, la motivación. De ninguna manera es posible mantener que la valoración a cargo del juez no tiene limitantes esto se opone a las concepciones de prudencia y valoración en nuestro país, sin embargo lamentablemente existen algunos fallos que no motivan su decisión y se apoyan en una supuesta discrecionalidad. De igual forma en Chile se ha logrado observar nueve criterios al momento de fijar el monto de daño moral veamos cuales son:

- a) La entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño.
- b) La clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido.
- c) Las consecuencias físicas, síquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado; su duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio

moral futuro. d) La culpabilidad empleada por el ofensor en su actuar. e) La culpabilidad empleada por la víctima. f) Las condiciones personales de las víctimas. g) Las facultades económicas del ofensor. h) Las facultades económicas del ofendido²¹⁸.

IV. Doctrina que valora el daño moral en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado.

Se toma en cuenta los hechos que causaron el daño y cómo afectan al perjudicado según su realidad objetiva, dolor, pena, etc. Se observan aspectos como la edad, sexo, condición social, grado de sensibilidad entre otros. Se analiza también precedentes jurisprudenciales tomando en cuenta el momento histórico en el que se realizaron. Hay evidencias externas de los efectos originados por un daño moral, estas evidencias son parámetros para la valoración. Parece ser que esta doctrina brinda un enfoque real de la afeción sufrida por la víctima, considero que este criterio junto con otras formas de valoración pueden llevarnos a una adecuada valoración.

V. Doctrina que determina el daño moral a los llamados placeres compensatorios.

No se trata de compensar el daño moral porque esto es imposible, lo que busca esta doctrina es equilibrar el estado de la persona con un placer paralelo confrontando así el sufrimiento, mediante el dinero la víctima puede beneficiarse de satisfacciones espirituales o materiales, como vacaciones, tranquilidad económica, etc. Más allá de una cuantificación del daño, esta tendencia busca atenuar el sufrimiento y los perjuicios con un beneficios. Ya no es importante solo la valoración del daño sino la valoración de la compensación. Creo que esta doctrina debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el quantum, la decisión del juez necesita considerar todos los aspectos para obtener una adecuada valoración.

En la sentencia de 28 de abril del 2010, juicio, Rafael Correa Delgado contra el Banco del Pichincha, la Corte Nacional describió los elementos del daño moral en los siguientes términos:

La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 1) Daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana. 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe esta prejudicialidad. 3) El daño moral no tiene una

²¹⁸ Díez Schwerter, José Luis. Obra citada. p. 251 a 254.

manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca. 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil. 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria. 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal²¹⁹.

Después de haber realizado este análisis, es importante observar como han fallado las tribunales extranjeros en los daños originados entre los miembros de la familia.

3.6 Jurisprudencia Extranjera sobre la valoración de Daño moral en el Derecho de Familia

3.6.1 Sentencia Argentina: Caso G. M. L. Contra U. J. D.

En materia de filiación extramatrimonial, la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, Argentina, en el Expte. N° 111.672, en los autos: “G. M. L. C/ U. J. D. S/ FILIACION” (22/4/2008), confirmó la sentencia apelada del juez de primera instancia, en cuanto hace lugar al reclamo de indemnización del daño moral, y modificó el monto indemnizatorio, elevándolo a \$ 25.000, teniendo en cuenta que la falta de reconocimiento había perdurado durante toda la minoría de edad del actor. La sala basó su decisión principalmente en el informe pericial psicológico:

Enmarcada así la cuestión, el informe psicológico pericial producido en autos (fs. 103/06) da cuenta de que el actor, como consecuencia de la falta de reconocimiento de la filiación por su padre, tiene un concepto depreciado de si mismo, dificultades para las relaciones vinculares extra-familiares, inhibición, inseguridad y angustia específica, y que ha padecido la ausencia de figura paterna, todo lo cual puede incidir en su futuro, en el desarrollo óptimo de su potencialidades, en especial en las áreas afectiva y social. Dice también la experta que debería recibir un tratamiento psicológico, ya que sufre una pérdida no elaborada adecuadamente, consistente en la posibilidad de ser reconocido como sujeto por su progenitor y ocupar el lugar de hijo.

No encuentro razones para apartarme del dictamen pericial (art. 474 C.P.C.C.), dado que, que, como dijera esta Sala en la causa n° 108.888 del 15/11/05, la falta de reconocimiento del hijo ocasiona la ausencia del padre en un sinnúmero de ocasiones en que su presencia es necesaria para apuntalar su crecimiento, tanto en lo que se refiere a las relaciones con las instituciones educativas y los padres de los amigos, como en la atención de la salud y demás relaciones sociales, lo que es de suponer que ocasiona un profundo daño psicológico, con secuelas que perduran en el tiempo. Se trata de un daño “in re ipsa”, o sea, que no requiere acreditación porque se deriva de la lógica y de la experiencia humana.

No considero que deba considerarse como factor de disminución de la reparación el hecho de que el accionado haya accedido a la realización de la prueba biológica por dos motivos. En primer lugar porque no tenía más remedio, habida cuenta de la presunción

²¹⁹ Resolución No. 242-2010, Juicio 946-2009. Eco. Rafael Correa Delgado contra Banco del Pichincha C.A., 28 de Abril 2010, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

a favor de la paternidad que prescribe el art. 4 de la ley 23.511. Y en segundo lugar porque la indemnización del daño moral no tiene carácter sancionatorio sino resarcitorio, como se admite casi unánimemente hoy en día por la doctrina y la jurisprudencia, y es el criterio seguido por esta Sala. Sí, en cambio, estimo que debe meritarse que, aunque no exime de responsabilidad al demandado renuente por el daño ocasionado, ha tenido una incidencia causal concurrente en su producción, la actitud pasiva de la madre en no reclamar a aquel en debida forma tal comportamiento durante largos 17 años. En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta que la falta de reconocimiento ha perdurado durante toda la minoría de edad del actor, propongo que se eleve el monto indemnizatorio a la suma de \$ 25.000.²²⁰

Si bien es adecuado que exista un informe pericial que sirva de ayuda al juez, para obtener conocimientos especiales -como hemos visto en el mencionado caso- hay que ser extremadamente cautelosos; para que el peritaje no se constituya en la valoración misma del daño, puesto que no se puede dejar la labor del juez en manos del perito, esto atentaría directamente al principio de motivación, además que la función argumentativa e interpretativa que nace de la prudencia judicial sufre un desmedro.

3.6.2 Sentencia Española: Caso Elvira contra Braulio

En materia de Nulidad de Matrimonio, el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, España, dictó sentencia de fecha 21 de junio de 2011, estimando la demanda de divorcio formulada por Elvira y desestimó la demanda reconvenional (en solicitud de que se declarase la nulidad del matrimonio) de Braulio y se declaró disuelto el matrimonio celebrado por causa de divorcio.

Contra la anterior resolución, se interpuso por la parte demandada, recurso de apelación, que fue admitido; se solicitó declarar la nulidad del matrimonio contraído entre Braulio y Elvira, al amparo de lo establecido en el artículo 73.4^{o221} al concurrir error en las cualidades personales de. Elvira, se reclamó una indemnización a favor de Braulio por la suma de cien mil euros (100.000), por el daño moral causado a

²²⁰ Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, 22 de abril de dos mil ocho, Expte. Nº 111.672, “G. M. L. C/ U. J. D. S/ FILIACION”.

²²¹ Artículo 73.- Es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.
2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47 salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.
3. El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.
4. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.
5. El contraído por coacción o miedo grave.

consecuencia de la nulidad del matrimonio. El demandante alegó que hubo ausencia de honestidad, sinceridad y equilibrio mental por parte de Elvira, quien le hizo creer durante el noviazgo que pertenecía a la familia real egipcia, que ostentaba una fortuna personal y familiar, por lo cual era millonaria, y que le ocultó durante el noviazgo que padecía de un trastorno límite histriónico-narcisista, que se acreditó durante el juicio mediante un informe pericial psiquiátrico; el perito indicó que este trastorno se presenta en la juventud y va evolucionando, por lo que padecía del trastorno antes de contraer matrimonio y lo ocultó a Braulio, a pesar de esto, se falla de la siguiente manera:

No discute este Tribunal que el Sr. Braulio al constatar que la Sra. Elvira no era princesa ni tampoco millonaria pudiera sentirse en cierta forma engañado, pero en primer lugar ha de señalarse que como ya se ha dicho la actuación de la Sra. Elvira no fue dirigida a engañarle por lo que no puede concluirse que obrara con falta de honestidad o sinceridad y en segundo lugar no considera este Tribunal que fueran aquellas las principales razones que le movieran a contraer matrimonio con la demandante, toda vez que sin duda serían otras consideraciones menos materiales las que le llevarían a casarse con ella - en ningún momento se alega en base al art. 73.4 de la ley Civil que el error en las cualidades se predique porque la esposa no fuera ni princesa ni millonaria, máxime porque de ser así, y de ser ese el motor de su decisión, aquel habría realizado, sin duda, las oportunas investigaciones destinadas a contrastar las afirmaciones de quien iba a ser su esposa antes de decidirse a dar el paso de contraer matrimonio, en razón precisamente de que aquélla no había justificado ninguna de sus afirmaciones y de que según se concluye de lo actuado no parecía existir - aunque así se ha aseverado por la dirección letrada del demandado - una necesidad urgente de contraer matrimonio-. SEPTIMO .- En el supuesto de autos, esta Sala considera en contra de lo que pretende el apelante en su recurso que el Juez "a quo" ha valorado de forma totalmente correcta el resultado de la prueba practicada en el procedimiento para concluir que no concurre la causa de nulidad contemplada en el apartado 4 del art. 73 del Código Civil.(...) Es por todo ello que procede desestimar el primer motivo del recurso de apelación. OCTAVO.- Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo de los motivos del recurso de apelación referido a la solicitud de indemnización, al estar relacionado y ser consecuencia necesaria de la pretensión de nulidad del matrimonio y supuesta actuación de mala fe de la Sra. Elvira, que hemos desestimado en el Fundamento de Derecho anterior de la presente resolución²²².

Dentro del fallo citado se aprecia el uso del peritaje como medio para establecer en este caso, si las aseveraciones del demandado son verídicas, es decir si su ex cónyuge padece o no de una enfermedad, que le fue ocultada al momento de contraer el matrimonio. Pese a que el perito confirmó que se le ocultó la enfermedad, debido a

²²² Sentencia No.297/2012, de 18 de Junio del 2012, No. de Recurso 648/2011, Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ta. *en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de divorcio nº 858/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma, a los que ha correspondido el ROLLO nº 648/2011, en los que aparece como parte actora- apelada, a D^a. Elvira, no personada en esta alzada, y como demandada- apelante a D. Braulio, representado por la Procuradora D^a. Marta Font Jaume, asistido de la Letrada D^a. Dolores Lozano. Es parte en el procedimiento el MINISTERIO FISCAL.*

que el trastorno de personalidad que padece se origina en la juventud; el Tribunal no consideró que esto o haberle hecho creer que era una princesa millonaria, sea causal de nulidad del matrimonio, por error en las cualidades del contrayente. Al desestimar la nulidad rechazan, por consecuencia la reparación de un daño moral. Si bien no procedio en este caso la nulidad del matrimonio considero que si hubo un obrar dañoso y nocivo del ex cónyuge, lo que en mi opinión debió ser examinado por el Tribunal. La importancia de esta sentencia en la valoración del daño radica en mostrar la necesidad de resaltar los derechos lesionados y como afecta esa lesión en el proyecto de vida de una persona.

3.6.3 Sentencia Argentina: Caso C. R. A. M. Contra D. N. S., L. C.

Respecto a la valoración de los daños morales derivados del divorcio, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, sala E, de 2 de marzo del 2005, C. R. A. M. c. D. N. S., L. C. conoció un recurso de apelación que planteó la actora de la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda y decretó el divorcio por culpa del cónyuge que incurrió en las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso del hogar, pero rechazó el pedido de la actora de una indemnización por daño moral. La Cámara revocó la sentencia apelada y condenó al demandado a abonar una suma en concepto de daño moral. Los hechos analizados fueron que el demandado, sin razón se retiró del hogar conyugal en agosto de 1999, durante agosto, septiembre viaja en compañía de E. a Tucumán, Bariloche, Florida y finalmente se hospeda con la mencionada mujer en la casa que el matrimonio tenía en Pilar, donde es atendido por María de los Angeles Castañeda, empleada de los cónyuges, para la Sala esto revela que el demandado viajaba publicamente con otra mujer, y que concurría con dicha mujer a los mismos lugares que iba con su cónyuge, adicionalmente es determinate que el demandado se haya hecho servir por la empleada del matrimonio en la casa de huéspedes de la sociedad conyugal por lo que la Camara establece que el demandado:

No le importó que seguramente de ello se enteraría la cónyuge y el hijo adolescente de quince años. Actuó con total desprecio por la dignidad de su esposa y faltó el respeto a la familia. Es más el accionado no podía ignorar -razonablemente- que con esa actitud casi temeraria -el hacerse servir por la empleada del matrimonio-, en la casa de huéspedes que allí tenían, su esposa tomaría conocimiento de ello, como así acaeció. Nada de ello se cuestionó en la alzada. Y a mi parecer, el señalado comportamiento no constituye una molestia cualquiera. No configura un desagrado, contrariedad o aflicción sin importancia, máxime después de veinte años de convivencia de los que,

justo es reconocer, el demandado -al contestar la demanda- agradece a su esposa todo lo bueno que de ella recibió, el haberse acompañado a lo largo de la vida, e incluso haber colaborado en la educación de sus dos hijos mayores, habidos de otra unión. Frente a todo lo que significó para las partes su matrimonio, a mi entender, el accionado hirió profundamente las justas susceptibilidades de la actora. No se trata únicamente de la alegada exhibición ante familiares y amigos, sino lo central de la pretensión invocada es la afirmación de la actora que de "de la narración de los hechos... Me considero agraviada moralmente". Y esos hechos ponen el acento en lo agravante del comportamiento del marido y en la forma desafiante en que mantuvo su relación con otra mujer, incluso cuando las partes aún mantenían conversaciones sobre su futuro en común. (...) En el caso del daño moral en el divorcio justifica su procedencia en ciertas hipótesis en que se hubiera violado el deber de fidelidad, sea en público o sin el recato propio de la intimidad. Y a mi juicio, el haberse hospedado en la chacra de fin de semana a la que concurría siempre el matrimonio (salvo enero, según la casera), en compañía de otra mujer, poco tiempo después de su retiro del hogar, es susceptible de producir un dolor profundo en la esposa, que configura daño moral. Así lo señalé en el precedente que se cita, al expresar que si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de las taxativamente enumeradas por el art. 202 del Cód. Civil, está cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio. Pero si este ilícito, además de ello, causa daño a la persona del inocente, no existe obstáculo alguno en disponer que se enjague el perjuicio mediante la indemnización pertinente (art. 1077 del Cód. Civil). Y más adelante agregué, que es legítimo, pues, que quien lastimó el honor de otro, a quien le debía la mayor de las consideraciones, deba resarcir el daño producido. Lo inmoral es, a mi juicio, que quede impune. Y para evitar los abusos está el juez, que no es un convidado de piedra, ya que será quien pretenda desentrañar lo más profundo del conflicto humano que se le presenta y pondrá su prudencia y equilibrio, para llegar a una solución justa. De allí que, como señalara el doctor Calatayud -y en esto comparto su postura-, no todo disgusto, desagrado y aflicción es susceptible de producir daño moral, sino que debe poseer determinada envergadura. Y a los fines de su apreciación, habrá de analizarse, la muy particularísima situación de un matrimonio. Pero ello no significa aceptar que únicamente es resarcible el daño "muy punzante", porque nuestro derecho ninguna distinción hace entre daños muy graves y otros menos graves. El que causa un daño, cualquiera sea su entidad, debe repararlo. En el quantum resarcitorio es donde habrá de medirse esa gravedad, lo que queda librado al prudente arbitrio judicial. Es que para mí, con especial referencia al adulterio, que es la situación aquí planteada y que constituye una de las mayores injurias, el daño moral que sufre el cónyuge inocente, queda configurado con independencia de la mayor o menor publicidad que tenga el hecho ilícito. Es que en ambos casos se violó el deber de fidelidad. En ambos casos se destruyó la confianza y se faltó el respeto al inocente. En los dos, finalmente, se provocó un dolor punzante que llevó a la destrucción de una familia. La fuerza dañadora muy punzante se produjo en lo más íntimo de quien lo sufrió, aun cuando el culpable, con el mayor de los sigilos, hubiera mantenido una doble vida. La publicidad del hecho no cambia la naturaleza del ilícito y sólo podrá incidir, conforme a las circunstancias, en el quantum indemnizatorio.(.) En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve revocar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios, en consecuencia se condena al demandado a abonar a la actora la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000) en concepto de daño moral dentro del plazo de diez días de notificada la presente, con costas de Alzada a la demandada²²³.

²²³ Camara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala E. Marzo 2 del 2005, C. R. A. M. c. D. N. S., L. C.

En la sentencia que antecede vemos que hay una determinación de los deberes incumplidos y las afectaciones devenidas de este incumplimiento, se acentúa en la publicidad del hecho ilícito al referirse a la infidelidad cometida en lugares públicos; se realiza un análisis de la situación económica y psicológica del cónyuge inocente. Consideramos que el fallo ha cumplido con la prudencia judicial necesaria, el principio de motivación, y la búsqueda de reparación y no de sanción.

3.7 Valoración del daño patrimonial

En la presente tesina hemos establecido que el incumplimiento de las obligaciones legales derivadas por las relaciones de familia puede ocasionar hechos ilícitos, que dependiendo del caso, producirán daños morales o patrimoniales. Como hemos visto, la valoración del daño moral presenta algunas dificultades, puesto que no existen métodos exactos o parámetros rígidos para su cuantificación. En el caso de los daños patrimoniales la indemnización del perjuicio esta compuesta por el daño emergente y el lucro cesante; por lo cual la cuantificación del daño patrimonial puede realizarse con mayor facilidad, lo dicho se ha impregnado en el Código Civil ecuatoriano en el siguiente artículo:

Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

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

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código²²⁴.

Contrario a lo que hemos sostenido, la Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Civil y Mercantil al conocer la demanda propuesta por Carlos Arévalo Ruiz contra los doctores Rómulo Merchán Crespo, César Palacios Vásquez y Jorge Pinos Palomino, conjueces de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Laboral, Niñez y Adolescencia y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Azogues, para que le indemnicen los daños y perjuicios que le han ocasionado, con la resolución que dictaron en el juicio de alimentos seguido por Blanca Lucrecia Coronel Vásquez en su contra, y en la cual determinaron que procede la reclamación de aquella para que el hoy actor pague alimentos a sus sobrinos, se determinó que:

Según el artículo 1572 del Código Civil. "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación,

²²⁴ Código Civil de la Republica del Ecuador. Artículo 1572. publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005.

o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento."; como puede apreciarse, no pueden reclamarse en esta acción aquellos rubros, porque la disposición que los contiene se refiere a la indemnización de daños provenientes del incumplimiento de una obligación contractual. Así, las alegaciones del actor de que se le ha provocado daño emergente y lucro cesante, son del todo improcedentes²²⁵

Creemos equívoco el pensamiento de la Corte, el artículo 1572 habla de obligaciones en general, lo que abarca tanto obligaciones contractuales como obligaciones legales, entre las que se encuentran los deberes derivados de la filiación y el matrimonio, por lo que el incumplimiento de estas obligaciones, al ocasionar daños, deben ser indemnizadas en base al análisis del daño emergente y lucro cesante.

Pablo Rodríguez Grez explica:

Como bien se ha observado, el artículo 2329 del Código Civil ordena reparar todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona. Por su parte, el artículo 1556 del mismo Código, al regular la responsabilidad contractual, alude a la indemnización del daño emergente y el lucro cesante. Por consiguiente, este reconocimiento –aun cuando esté contenido a propósito de otro tipo de responsabilidad– aclara que cuando se trata de un ilícito civil la indemnización comprende ambas categorías²²⁶

Aclarado esto, debemos definir ¿qué es el daño emergente y lucro cesante?; por el primero, debe entenderse que “es la diferencia que se produce en el activo del patrimonio de una persona, como consecuencia del hecho ilícito civil, entre su valor original(anterior al hecho que se reprocha) y el valor actual (posterior al mismo hecho)”²²⁷; mientras que el lucro cesante “corresponde a una utilidad, provecho o beneficio que ordinaria y razonablemente habría percibido la víctima del ilícito de no haber mediado el hecho nocivo”²²⁸.

²²⁵ Corte Suprema De Justicia Primera Sala De Lo Civil Y Mercantil. Expediente 318, Registro Oficial 600, 28 de Mayo de 2009.No. 318-2007

el artículo 979 del Código de Procedimiento Civil señala que la acción de daños y perjuicios habrá lugar contra el Magistrado o Juez que, en el ejercicio de su función, causare perjuicio económico a las partes o a terceros interesados, por retardo o denegación de justicia, por quebrantamiento de leyes expresas, por usurpación de funciones, por concesión de recursos denegados o rechazo de recursos concedidos por la ley, en forma expresa, o por alteración de sentencia al ejecutarla. Como puede apreciarse, la acción de daños y perjuicios a que se refiere esta disposición tiene una naturaleza evidentemente extracontractual, pues no se basa en un comportamiento ilícito que provenga del incumplimiento de una obligación preexistente. Así, parece forzado aplicar a esta acción los conceptos de "daño emergente" y "lucro cesante", propios del incumplimiento contractual, tal como lo señala el artículo 1572 del Código Civil

²²⁶ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 290.

²²⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 291.

²²⁸ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 293

3.8 ¿Necesidad de establecer un marco legal para el tema en el Ecuador?

He podido identificar que en el Ecuador existe una tendencia doctrinaria admisorio sobre la aplicación de la responsabilidad civil por hechos ilícitos originados en los casos de filiación; la propensión es promulgar normas que remitan la responsabilidad civil extracontractual a casos específicos. El proyecto de Ley reformatoria al Código Civil prevé una indemnización de daños y perjuicios por falta de reconocimiento al hijo y también la disposición normativa del Código de la Niñez y Adolescencia, obliga a indemnizar los daños ocasionados por la frustración de visitas de padres a hijos.

Estas normas proponen un nuevo modelo de responsabilidad civil extracontractual; crean la necesidad infundada de promulgar una norma expresa que resuelva la cuestión. Parece que piensan que el principio de que todo daño debe ser reparado no es suficiente.

Otra tendencia doctrinaria que he podido identificar sobre la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho de Familia en el Ecuador, se presentó por la iniciativa de la Comisión especializada permanente de la mujer, el niño, la juventud y la familia del entonces Congreso Nacional, en el proyecto No. 21-504 de Código de Familia, con una visión más amplia se propuso el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por el divorcio, la nulidad del matrimonio, el reconocimiento tardío. Lo interesante de la propuesta es que se establecen ciertas pautas para que la responsabilidad civil extracontractual se desenvuelva en esta rama del Derecho, por ejemplo se determina que la pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios debe ser resuelta en la misma sentencia de divorcio, así mismo se direcciona que los daños y perjuicios se ocasionan por el divorcio por causales.

Por otra parte, contrario a lo que ha ocurrido en otros países, en el Ecuador no se demanda la reparación del daño moral o la indemnización de daños y perjuicios derivados de los hechos ilícitos dañinos en el Derecho de Familia, lo que puede deberse a la cultura jurídica de nuestro país, es decir las personas no han llegado a visualizar el derecho que tienen para demandar los daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia, ya sea por ignorancia o porque los abogados han fallado al momento de aconsejar sobre las posibilidades que tienen los perjudicados ante el incumplimiento de deberes originados por los vínculos familiares. Esto ha ocasionado que no tengamos suficientes criterios jurisprudenciales.

Finalmente, la jurisprudencia al tratar la cuestión, se encaminó a realizar una ponderación de principios, que resultó en privilegiar el principio de especialidad de familia sobre el de que todo daño debe ser reparado, el asunto no fue tratado a profundidad, se rechazó la indemnización de daños y perjuicios derivados de la nulidad del matrimonio. Siendo este el único fallo que pude identificar, debido a la escasez de demandas que sobre el tema se despliegan en el Ecuador.

Creemos que establecer una norma para remitir cada hecho ilícito derivado de un daño proveniente de un miembro de la familia a otro, es atentar contra el sistema de la responsabilidad civil extracontractual, es quitarle su función y su lógica.

CAPITULO IV

CONCLUSIÓN

En conclusión, la responsabilidad civil extracontractual tiene como característica fundamental la protección de derechos subjetivos, es una sistema de tutela de intereses jurídicamente protegidos; ya que cuando se atenta a la norma que protege estos intereses, se despliega la obligación de reparación por el incumplimiento del deber del cuidado al actuar y la transgresión a la conducta establecida por la norma.

El fin de la responsabilidad civil extracontractual se conecta con el fin del Derecho de Familia, el que debe entenderse a la luz de la nueva Constitución como la protección de los individuos que forman parte de esta institución y sus derechos subjetivos. Ya no podemos concebir al Derecho de Familia como el conjunto de normas que buscan finalmente la protección de la institución, más allá que de sus miembros; tampoco es posible que se cree en un Derecho de Familia estático, inflexible, que sus caracteres sean mas importantes su esencia misma.

Como hemos sostenido a lo largo de esta tesina, la generalidad de la responsabilidad civil hace que ésta se pueda aplicar a distintas actividades del ser humano. Así se desarrolla el sistema de responsabilidad civil extracontractual, y consecuentemente produce una evolución en la rama del derecho que influencia en este caso el Derecho de Familia, puesto que la decisión jurisprudencial que se realiza a partir de los criterios y elementos generales de la responsabilidad civil va generando los parámetros que indican cuáles son las conductas adecuadas, y qué actividades deben prevenirse.

A partir de este razonamiento, creemos que no debe haber una remisión específica de la responsabilidad a cada hecho ilícito dañoso generado entre los miembros de la familia, como es la tendencia actual en el Ecuador para los daños provocados de padres a hijos. Esto es innecesario ya que la responsabilidad civil se nutre y desenvuelve por ser un principio general, consecuentemente al comprender que puede y debe aplicarse la responsabilidad civil extracontractual al Derecho de Familia; lo que habría que configurar son algunas reglas especiales que atiendan a la naturaleza de los vínculos familiares reglados por el Derecho estas reglas deben fundarse en lo siguiente para su posible formación:

1. La valoración de daño moral en los casos de familia tiene que realizarse en base a los criterios de prudencia, motivación, y una evaluación psicológica, económica del perjudicado, debe realizarse una reflexión sobre el proyecto de vida del afectado y cómo incide el daño en ese proyecto. Los informes de peritos especializados son una herramienta para el cálculo de daños pero no puede el juez basarse únicamente en esos criterios a la hora de cuantificar el daño, dejando la tarea de valoración al perito.
2. Los daños generados por hechos ilícitos dañosos entre los miembros de una familia pueden ser tanto morales como patrimoniales, los últimos serán valorados de acuerdo a lucro cesante y daño emergente. Estos daños no se generan solo por el incumplimiento de un contrato.
3. Las obligaciones generadas a partir de los vínculos familiares son jurídicas, respaldadas por convenios internacionales y normas nacionales; en caso de ser incumplidas pueden ser valoradas monetariamente para resarcir a la víctima que a sufrido a causa del incumplimiento. El carácter extrapatrimonial que tiene el Derecho de Familia no afecta esta valoración.
4. La moral y el Derecho no tienen el mismo rango, el Derecho es el mecanismo supremo de control social, ningún argumento basado en la moral puede atentar contra el principio de no dañar y de reparación en caso de producción del daño.
5. La acción de daños y perjuicios en el Derecho de Familia debe ser planteada ante el Juzgado de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.
6. El menor de edad está legitimado para demandar la acción de daños y perjuicios a través del representante legal.
7. Las acciones que concede el Código Civil por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto; debe entenderse que sólo

cuando el daño se haya dejado de renovar y sus efectos dañinos se hayan consumado, es posible sostener que se ha perpetrado la acción.

8. No es necesario que exista una norma expresa que remita las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual al Derecho de Familia, ya que existe un principio de Derecho común por el cual se entiende que todo hecho realizado por una persona que ocasiona un daño a otra debe ser reparado.
9. No caben los grados de culpa en la responsabilidad civil extracontractual.
10. Para que se origine la responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de Derecho de Familia, deben establecerse los elementos del hecho ilícito: hecho imputable, la culpa o dolo, el daño, el nexo causal.
11. El principio de especialidad del Derecho de Familia, no deba entenderse como si esta rama del Derecho fuera autónoma, y no debe remitirse a otras normas del Derecho Civil y Constitucional para su adecuado funcionamiento. El principio de especialidad no crea un Derecho autárquico desvinculado al ordenamiento jurídico.
12. Los abogados que asesoran a las personas que atraviesan por la nulidad del matrimonio, divorcio, falta de reconocimiento al hijo, transmisión de enfermedades de padres a hijos y en general cualquier hecho ilícito deben incentivar una cultura jurídica; guiando a los perjudicados por daños familiares para que lleven a cabo su derecho a demandar daños y perjuicios por el cometimiento de estos ilícitos civiles, solo de esa forma se obligará a los jueces a que se pronuncien y generen jurisprudencia y derecho en este ámbito.
13. Valdría meditar en una disposición que refleje el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, una de las singularidades del proceso de familia.
14. El carácter de la responsabilidad civil extracontractual no es punitivo sino resarcitorio.

BIBLIOGRAFIA

- ABELIUK MANASEVICH, RENE. *Las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2009.
- AGUIAR, HUGO. *Derecho Civil de las Obligaciones*. Ecuador: Universidad Católica, 2012.
- ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U., MANUEL Y VODANOVIC H., ANTONIO. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- ÁLVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil*. España: Marcial Pons Editorial. 1997.
- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, Éxodo, México, 2005.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010
- BILBILONI, JUAN. *Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino*. Argentina: Abeledo. 1929.
- BODENHEIMER, EDGAR. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007.
- BORGONOVO, OSCAR. “Daños en las relaciones de Familia”. *En Derecho de Daños: Daños en el derecho de familia*. Cuarta parte (B), Coordinado por: Cúneo, Dario. Argentina: Ediciones la Rocca. 2003.
- BRAVO QUINTANA, FERNANDO. *Prudencia y Justicia en la aplicación del Derecho*. Chile: Editorial Jurídica de la Américas, 2009.
- CALABRESI, G. *El Costo de los Accidentes (análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*. España: Editorial Ariel, 1984.
- CASALS, MIGUEL, RIBOT, JORDI. “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”. España: Bill Atkin. 2010. Publicado en: *The International Survey Of Family Law*. Disponible en: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&sqi=2&ved=0CF8QFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.unav.edu%2Fmatrimonioyfamilia%2Fb%2Fuploads%2F30030_Martin-Ribot_ADC2011_Danos.pdf&ei=6XUiU9XRHcGN0AHppoCgAw&usg=AFQjCNHWPNJescP54B5XHUWiesgP9Ni1lg&bvm=bv.62922401.d.dmQ
- CASTILLO FREYRE, MARIO Y ROSAS BERASTAIN, VERÓNICA. “La Atomización de la Responsabilidad civil (o como el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil)”. En *La Responsabilidad*

- Civil y la Persona en el Siglo XXI*. Vega, Yuri y García Domingo (coordinadores). Perú: Editorial Moreno S.A., 2010.
- CASTRESANA, AMELIA. *Nuevas Lecturas de Responsabilidad Aquiliana*. España: Ediciones Universidad Salamanca, 2001.
- COLOMBO, LEONARDO A., “Indemnización del daño producido por el adúltero y su cómplice por causa de adulterio”. *Revista La Ley* No. 89.
- CORRAL TALCIANI, HERNÁN. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2011.
- CUBIDES, JORGE. *Obligaciones*. Colombia: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 1996.
- CÚNEO, DARÍO. “Tribunales de Familia”. En *Derecho de Daños. Daños en el Derecho de Familia*. Cuarta Parte (B). Argentina: Ediciones La Rocca. Coordinado por: Cúneo, Dario., 2003.
- DE CUPIS, ADRIANO. *El daño. Teoría General de la responsabilidad civil*. España: Editorial Bosch, 1975.
- DI MAJO, ADOLFO. *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2ª edic., Milano, 1993.
- DIAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE. “Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio”. En *Revista Jurisprudencial* de Argentina. 1983-III-625.
- DIEZ PICASO, LUIS. “La culpa en la Responsabilidad extracontractual”. En *Anuario de Derecho Civil* Núm. LIV-3, Julio 2001.
- EDUARDO A. ZANNONI, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, Tomo 1, Ed. Astrea, 2a Edición, Buenos AIRES, 1993.
- EDUARDO, ZANNONI. *Derecho Civil - Derecho de Familia*. Argentina: Editorial Astrea. 1978.
- FALCÓN, ENRIQUE, Y NOVELLINO, NORBERTO. TENENCIA. “Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente”, en *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte (A). Argentina: La Rocca, 2000.
- GANDOLLA, JULIA ELENA. “La ardua tarea de cuantificar los daños”. En *Revista de Derecho de Daños. Determinación de Daños*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- GARCÍA, CREMADES. “El reparto de tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar”. *Revista La Ley* No. 7079 de 18 de diciembre del 2008.

- GHERSI, CARLOS coordinado por: Weingarten, Celia. *Tratado de Daños Reparables*: Buenos Aires: La Ley, 2008.
- GIRARDI, ADRIANA. “Daños en el Derecho de Familia”. *En Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, diciembre 2001.
- GÓMEZ, FERNANDO. “Conceptos Fundamentales del Derecho de Daños”. España: Universitat Pompeu Fabra.. Disponible en: http://www.upf.edu/dretcivil/_pdf/mat_fernando/T12008.pdf
- GUERRERO, SOFIA. *Límites de la cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2009.
- KANT, IMMANUEL Y THOMASIUS, CHRISTIAN (1665-1728) citados por bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. México: Fondo de cultura Económica, 2007.
- LARENZ, KARL citado por: Dino Alfredo Samper Cortés. *Requisitos y fundamentos de la responsabilidad civil*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1983.
- LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO. *Derecho de Familia*. Venezuela: universidad católica Andrés bello, 2005.
- LÓPEZ, EDGARDO. *Introducción a la responsabilidad civil*. Disponible en <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>
- LÓPEZ, OLACIREGUI, JOSE. “De la nulidad de los actos jurídicos”, en *Revista Lecciones y Ensayos* No. 19. Argentina, 1960.
- LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, de las personas, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942.
- LLAMAS POMBO, EUGENIO. “Prevención y Reparación. Las Dos Caras del Derecho de Daños”. en el libro *La Responsabilidad Civil y la Problemática actual*. Coordinado por: Moreno Martínez, Juan Antonio España: Editorial Dykinson, S.L. 2007.
- LLAMAS, POMBO. *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*. Argentina: Rubinzal-Culzoni. 2002.
- LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Argentina: Perrot. 1967.
- MAGGIO, SILVINA. “Daños y perjuicios a la descendencia”. En *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte B. Argentina: La Rocca, 2003.
- MAKIANICH DE BASSET, LIDIA. *Derecho de Visitas*. Argentina: Hammurabi, 1997.

- MARCO GERARDO, MONROY CABRA. *Derecho de Familia y de Menores*. Colombia: Ediciones Librería del Profesional, séptima edición, 2001.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA. *Remedios Indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales en Daños en el Derecho de Familia*. España: Arazandi. 2006.
- MEDINA, GRACIELA. *Daños en el Derecho de Familia*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- MIZHARI, LUIS MAURICIO. *Familia, Matrimonio y Divorcio*. Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.
- NOVELLINO, NORBERTO. “Responsabilidad por transmisión de enfermedades a los hijos,” en *Derecho de Daños: Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte A, Daños en el Derecho de Familia. Argentina: La Rocca, 2000.
- OSPINA F., GUILLERMO. *El régimen general de las obligaciones*. Colombia: Editorial Temis.1976.
- PALADINI, MAURO. “La Responsabilidad Civil en la Familia ¿hacia los daños punitivos?”. *Revista Iusta* No. 36 (2012), pp. 150-152. Perú: Universidad Santo Tomás
- PARRAGUEZ, LUIS. *Manual de Derecho Civil y Ecuatoriano (Personas y Familia)*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- PÉREZ DUARTE, ALICIA ELENA Y NOROÑA. “Daño Moral”, *Revista Derecho Comparado* No. 53, p. 629. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/53/art/art4.pdf>
- PLANIOL, MARCEL, Y RIPERT, GEORGE, *Traité pratique de Droit Civil Français*. Francia: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930.
- PLATAS PACHECHO, MARIA DEL CARMEN. “Prudencia Jurisprudencial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia”. Disponible en: www.flamagistrados.org/doc/Conferencia_magistral_prudencia_jurisprudencial_judicial_en_la_encrucijada_de_la_desconfianza_oralidad.doc
- PLATÓN, “La República o de lo justo”, en *Diálogos*, tercera edición. México: Porrúa, 2007.
- QUINTERO DE PRIETO, BEATRIZ. *Teoría Básica de la Indemnización: Manual de Responsabilidad Civil*. Colombia: Leyer Editorial, 2000.
- RAMÍREZ, SANTIAGO. *Introducción al tratado de la prudencia*. Madrid: BAC, 1956.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *El Derecho de visita*. España: Bosch, 1997.

- ROCA, ENCARNACIÓN. *Derecho de Daños*. España: Editorial Tirant lo Blanch. 1998.
- ROCA TRIAS, ENCARNACIÓN. “La responsabilidad civil en el derecho de familia, venturas y desaventuras de cónyuges y padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil”. En *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*. Coordinado por: Moreno Martínez, Juan Antonio. España: Editorial Dikinson, 2000, p.547.
- RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Responsabilidad Extracontractual*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- RODRIGUEZ GUITÁN, ALMA. *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia: especial referencia a las relaciones paternas filiales*. España: Civitas Thomson Reuters, 2009.
- ROZO SORDINI, PAOLO. *El Daño Biológico*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- SAMBRIZZI, EDUARDO. *Daños en el Derecho de Familia* . Argentina: La Ley, 2001.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, Católica, Madrid, MCMLVI., t. VIII, 2-2q. 47a.1.
- SCHÄFER, HANS BERND; Ott, Claus, *Manual de análisis económico del derecho*, trad. de Macarena Von Carstenn – Lichterfelde, Tecnos, Madrid, 1991.
- VILLAVERDE, GABRIELA. *Daños congénitos*. Responsabilidad Civil de los padres. L.L., 2000.
- ZANNONI, EDUARDO. *Derecho de Familia*. Argentina: Astrea, 1981.
- ZANNONI, EDUARDO. *El Daño genético y por transmisión de enfermedades*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1, 1994.
- ZANNONI, EDUARDO. “Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil con especial referencia a la manipulación genética y fertilización asistida”. *Edición Homenaje a Dr. José Mosset Iturraspe*. Argentina: Ediciones UNL, 1989.
- ZARATE TORRES, FERMIN. “La prudencia judicial”. *Revista Alegatos* No. 74, México, enero-abril 2010.

PLEXO NORMATIVO

Asamblea Nacional del Ecuador. Proyecto de Ley Reformatoria al Código Civil de abril del 2012.

Código Civil Alemán. Citado en Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, de las personas, Tomo I, imprenta El Imparcial, 2a ed., Santiago de Chile, 1942.

Código Civil de Argentina. Ley 340 de 29 de septiembre de 1869.

Código Civil de España. Última actualización, publicada el 09/07/2005, en vigor a partir del 10/07/2005. Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

Código Civil de la República del Ecuador, Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de Junio de 2005

Código Civil de México. Publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Por Decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926 y de 3 de enero de 1928. Últimas reformas publicadas DOF 24-12-2013.

Código Civil de Paraguay. Ley N° 1183/85

Código Civil de Perú. Decreto Legislativo 295 promulgado el 24 julio de 1984.

Código Civil de Portugal. Decreto Ley No. 47 344 de 25 de Noviembre de 1966.

Código Civil de Uruguay. Ley No. 16603 de fecha 19 de octubre de 1994, vigencia 19 de octubre de 1995.

Código Civil Francés. Aprobado por Ley de 21 de marzo de 1804.

Código de Familia de Bolivia. Publicado el 18 de Agosto de 1972

Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador. Publicado en la Ley No. 100 en Registro Oficial 737 de 3 de enero del 2003.

Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 58 el 12 de julio del 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 de fecha 9 de marzo del 2009.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 449 del 20 de Octubre de 2009

Convención sobre los Derechos del Niño. Registro Oficial 153 de 25 noviembre 2005.

Ley para la prevención y asistencia del VIH Sida. Registro Oficial 58 de 14 de abril de 2000.

Resolución del Consejo de la Judicatura 58. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 31 de 8 de julio del 2013

JURISPRUDENCIA

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala E. Marzo 2 del 2005, C. R. A. M. c. D. N. S., L. C.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Argentina). Sala B. 20 de febrero del 2007. No. 2007-C-569. F.,M. B. c/ R., Z. M. E.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires/Argentina). Sala E. 2 de Marzo del 2005. C. R. A. M. c. D. N. S., L. C.
- Cámara primera Civil y Comercial (San Isidro/Argentina). Sala I. 13 de mayo de 1998.G., G.G. contra B. de G., S.M.
- Consejo de Estado (Colombia), 31 de Julio de 1958, extracto visible en las pp. 167-168 de los Anales del Consejo de Estado, T. LVI.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Maria Elena Loayza Tamayo contra Perú, Resolución de 17 de Noviembre de 1999 (cumplimiento de sentencia).
- Corte Superior. Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil (Ecuador). Sentencia de 12 de Noviembre 1990. Gaceta Judicial. Año XCI. Serie XV. No. 10.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No. 127-02 de 14 de junio del 2002, en el caso No. 335-2001, Feliz Salame Azuriaga en contra Filanbanco S.A.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No. 229-2002, de 29 de Octubre 2002, caso No. 31-2002. Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs Petroecuador y otros, publicado en Registro Oficial 43 de fecha 19 de marzo 2003.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador), en la resolución No. 210-2003 de 22 de Julio del 2003 en el caso No. 114-2003, George Rodamis contra Guisepe Torri Olivar.
- Corte Suprema De Justicia (Ecuador), Primera Sala De Lo Civil Y Mercantil. Expediente 318, Registro Oficial 600, 28 de Mayo de 2009.No. 318-2007
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador). Sala de Casación. Sentencia de 19 de Marzo del 2013. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 12.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador). Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 271-2007. De 14 de Mayo del 2009.
- Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata (Argentina), Sala II, 7 de abril de 1983.

Corte Nacional de Justicia (Ecuador), Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Resolución No. 242-2010, Juicio 946-2009. Eco. Rafael Correa Delgado contra Banco del Pichincha C.A., 28 de Abril 2010.

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires (Argentina). Sala I de la Excma., 22 de abril de dos mil ocho, Expte. N° 111.672, “G. M. L. C/ U. J. D. S/ FILIACION”.

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (España), Sentencia de la Sección Cuarta de 5 de junio de 2006, No. 253511.

Audiencia Provincial de Valencia (España), Sentencia de la Sección Séptima de 2 de Noviembre de 2004. Carlos V.S. contra Adela R.C. y Francisco L.R.

Audiencia de Barcelona (España), Sentencia de la Sección sexta de 1 de junio de 1999 ponente Dr. Pablo Llerena.

Audiencia Provincial de Baleares (España), Sección 4ta. *en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de divorcio n° 858/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia n° 12 de Palma*, Sentencia No.297/2012, de 18 de Junio del 2012, No. de Recurso 648/2011, *ROLLO n° 648/2011, en los que aparece como parte actora- apelada, a D^a. Elvira, no personada en esta alzada, y como demandada- apelante a D. Braulio, representado por la Procuradora D^a. Marta Font Jaume, asistido de la Letrada D^a. Dolores Lozano. Es parte en el procedimiento el MINISTERIO FISCAL.*

Suprema Corte de Buenos Aires (Argentina), de 10 de Noviembre de 1998, “D.M.R. c/S., A.F.” Ac. 64.506, del 17 de Noviembre de 1999, No. 6168.

Suprema Corte (Illinois), Stallman vs. Youngquist, 1988.

Suprema Corte (Michigan), Grondin vs. Grodin, 1980.

Tribunal de Apelaciones (Uruguay), Sala Civil de 2 Turno de Montevideo, (6 de marzo de 1989, ED, 139-396.

Tribunal de Piacenza (Italia). 31 de Marzo de 1951. Foro Italiano, 1951.1.991