



Junio 2019 - ISSN: 2254-7630

LA DECLARATORIA DE PREJUDICIALIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR DAÑO MORAL

Kevin Andrés Pérez Parra,

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.
abkevinperez@gmail.com

Ab. Marco Oramas Salcedo, Mg,

Docente e Investigador Facultad de Derecho Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.
moramass@ulvr.edu.ec

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Kevin Andrés Pérez Parra y Marco Oramas Salcedo (2019): "La declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral", Revista Caribeña de Ciencias Sociales (junio 2019). En línea

<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/06/declaratoria-prejudicialidad.html>

RESUMEN

En la trayectoria de la acción por daño moral en nuestra legislación se ha caracterizado por ser una acción autónoma, que está vinculada a los sentimientos de las personas, a los valores, a sus creencias, etc.

Cada vez se ha buscado perfeccionar el ejercicio de esta acción, desde su origen en la Ley 171, luego incorporada en el Código Civil, las cortes de alzada se han pronunciado por varias ocasiones en sus sentencias sobre la autonomía de esta acción manifestando que no se necesita de la decisión jurisdiccional que determine la responsabilidad para poder ejercerla. La prejudicialidad en el daño moral pasa por un problema de facto, por cuanto existe la posibilidad de que se sacrifique justicia al no tener un carácter vinculante con la declaratoria de responsabilidad, vulnerando el derecho de las víctimas, personas que han sufrido daño moral. Nuestra Constitución es totalmente garantista de derechos y una de las garantías es la tutela judicial efectiva, que si se declara sin lugar una demanda al carecer esta de fundamento factico, es decir, carece de prejudicialidad, se estaría sacrificando la justicia, decisión que no pasa por la defensa técnica sino por los operadores de justicia.

Para evitar la vulneración de esta garantía constitucional y así mismo evitar que los juzgadores caigan en las causales de error judicial o indebida motivación o interpretación de la normativa legal,

se prevé la necesidad de agregar en el COGEP que no se requiere de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral.

Palabras claves:

Proceso – Procedimiento – Constitución – Daño – Moral – Acción.

Abstract

The course of action for moral damage in our legislation has been characterized by being an autonomous action, which is linked to the feelings of people, values, their beliefs, etc.

Each time it has sought to improve the exercise of this action, from its origin in Law 171, then incorporated into the Civil Code, the courts of appeal have been pronounced several times in their sentences on the autonomy of this action stating that no it needs the jurisdictional decision that determines the responsibility to be able to exercise it. The prejudiciality in the moral damage goes through a de facto problem, since there is the possibility that justice is sacrificed because it does not have a binding character with the declaration of responsibility, violating the rights of the victims, people who have suffered moral damage. Our Constitution fully guarantees rights and one of the guarantees is the effective judicial protection, that if a claim is declared without a place since it lacks a factual foundation, meaning it lacks prejudiciality, justice would be sacrificed, a decision that does not pass for the technical defense but for the justice operator

To avoid the violation of this constitutional guarantee and also prevent judges from falling into the grounds of judicial error or improper motivation or interpretation of the legal regulations, it is foreseen the need to add in the COGEP that no prejudiciality is required for the exercise of the action for moral damage.

Keywords:

Process - Procedure - Constitution - Damage - Moral - Action.

Sumario: 1.Breve reseña del daño moral en la historia; 2. El daño moral en el Ecuador; 3. La prejudicialidad; 4. El daño moral; 5. La acción Civil por daño moral; 6. La autonomía e independencia de la acción del daño moral; 7. La prueba en el daño moral; 8. El objeto de la prueba en el daño moral; 9. Reglas para probar el daño moral en el Ecuador; 10.El daño moral en el Código Civil Ecuatoriano; 11. El procedimiento ordinario en el C.O.G.E.P; 12. Referencias de La acción por daño moral en legislación comparada de Argentina; 13. Acción por daño moral en legislación de Chile; 14. Acción por daño moral en legislación de México 15. Metodología de la Investigación; 16. Conclusiones y recomendaciones; 17. Bibliografía.

1. Breve reseña del daño moral en la historia

Frente a la problemática expuesta en el primer capítulo referente a la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción de daño moral, en su tramitación la misma ha tenido una evolución paulatina desde los años 2400 a.C. donde era vinculada al daño y hasta la actualidad que es reconocido el daño moral como una acción jurídica autónoma, arraigada al sentimiento humano, los valores y derechos intrínsecos del hombre, la cual se vuelve complicada al momento de probar ya que se trata de un daño subjetivo. Para una mejor comprensión es importante conocer cómo a través del tiempo, la historia del daño moral ha tenido un desarrollo progresivo dentro del área jurídica y particularmente en el ámbito procesal.

(Barragán, 2008) menciona: La evolución de la responsabilidad civil nace del Derecho Romano primitivo, en el cual no se exigía culpa sino la evidencia del daño causado. A raíz del plebiscito convocado por el tribuno Aquilino, a fines del siglo V, nace la Ley Aquila que, aunque originada en la atención de daños particulares, como la muerte de un esclavo o de una cabeza de ganado, o las heridas a los mismos, o deterioros de otras cosas corporales, se extiende después a la mayoría de daños. La culpa aquiliana, que deriva de esa ley, exige como requisitos para establecer la responsabilidad, los de daño, injuria y acto cometido por el hombre. El antiguo derecho Francés desarrolló el principio de culpa aquiliana y perfeccionó la noción de la culpa subjetiva. Su Código Civil consagró dos principios: El del Art. 1355; que declara que “todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual ha sucedido”, y el Art. 1356, que dice: “cada cual es responsable del daño que haya causado no solo por su hecho, sino también por su negligencia o por su imprudencia”. (p. 14)

2. El daño moral en el Ecuador

En el derecho ecuatoriano desde sus orígenes se contempló la posibilidad de ejercer la reparación económica por el daño padecido, únicamente referida a la esfera del daño patrimonial, desde la difusión de su Código Civil. En 1950 se expidió en torno al daño moral el artículo 2331 donde se expresa “Existe derecho para demandar indemnización pecuniaria por un perjuicio moral, sin requerirse que al mismo tiempo hubiera daño emergente o lucro cesante”. Sin duda la enmienda producida por la Ley N° 171 mejoró consideradamente la reparación por daño moral, ya que amplía el alcance de la acción indemnizatoria, contemplando prácticamente cualquier tipo de daño, que tienda a perturbar las afecciones del individuo, así las mismas llegaran afectar o no a su patrimonio económico, constituyendo un verdadero avance en torno al daño moral. Posterior a esta, se han producido una serie de modificaciones tendentes a dar perfección y a priorizar cada vez, con mayor énfasis la debida protección y la correcta tutela por parte del ordenamiento jurídico de aquellos derechos que giran en torno a lo moral, en las últimas ediciones del Código Civil se ha mantenido prácticamente una constante sin embargo un cambio importante es aquel referente a la acción por daño moral, en el artículo 2233. Todas las reformas han conducido a que la acción por daño moral cada vez se perfeccione más, acorde a legislaciones modernas en las cuales resulta insostenible pensar que el ordenamiento jurídico no preste la debida tutela y protección para aquellos derechos de la personalidad.

Conceptuándose con estas inquietudes predominantes, principalmente con la facultad prudencial concedida al Juez para fijar discrecionalmente la indemnización del resarcimiento. Este trabajo investigativo es producto de una combinación de la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la praxis jurídica, extrayendo en lo posible los elementos principales para dilucidar las preocupaciones generadas alrededor del daño moral en lo concerniente al monto de la indemnización, en ella se establece la reparación en dinero del daño moral, produciéndose varias acciones por parte de notables juristas ecuatorianos, en torno a los temas de la prejudicialidad, el daño moral, la prueba y la indemnización en dinero por el daño moral.

3. La prejudicialidad

Esta acción en la legislación ecuatoriana, ha sido difícil de interpretar y aplicar, incluso por parte de los juzgadores al momento de resolver. Por prejudicialidad puedo expresar que es todo problema de naturaleza jurídica que requiere el esclarecimiento o una previa decisión por otra vía procesal, como se hace mención en (Carcelén, 2012), el Dr. Efraín Torres Chaves que: “Prejudicialidad es lo que requiere o pide decisión anterior y previa a la sentencia”, (pág. 28). Por lo que expone de manera expresa que es un obstáculo judicial para proceder en otro juicio, si no se ha decidido

previamente por otra sentencia debidamente ejecutoriada. El Dr. Ricardo Noboa Bejarano en su artículo "El daño moral en la legislación ecuatoriana", sobre la prejudicialidad, en la Ley 171; y derogada, siendo incorporada en el Código Civil actualmente, por lo que Noboa (2013) comenta: "La Ley deja en claro que para demandar la indemnización de daños morales, es indiferente que exista o no sentencia condenatoria en materia penal, laboral e incluso civil; que se trata de una acción completamente diferente e independiente" (p. 13). El tema en análisis es eminentemente procesal, de gran influencia para la Litis jurídica. El daño moral no depende de ninguna otra causa, sino de demostrar el agravio personal y espiritual. Para este investigador es importante hacer referencia la probabilidad que en nuestro ordenamiento jurídico procesal exista la posibilidad de una prejudicialidad de la misma materia, tal es el caso de un juicio por una acción colusoria que se tramita o un procedimiento ordinario, en consecuencia por la acto colusorio pueda esta ser demandado el daño moral.

El autor ecuatoriano que también trata el tema de prejudicialidad es Leonardo Prieto Castro, citado por (Freire, 2015) expresa: Es la situación que se produce en un proceso Civil, cuando para decidir sobre su objeto concreto, es necesario resolver una cuestión carácter administrativo o jurisdiccional atribuida a conocimiento de un tribunal que ejerce una manifestación jurisdiccional distinta Penal o Civil, pero diferencial (p. 1).

Observando lo manifestado por este autor, la prejudicialidad es un tema procesal jurisdiccional específico que se pone en conocimiento ante otro juzgador, que puede ser de una materia de derecho distinta a la principal.

4. El daño moral

Según los autores que se detallan a continuación, manifiestan que el daño moral es una afectación totalmente al honor, a la parte espiritual y no es visible, por lo que no es fácil de apreciar, ni de cuantificar. Guillermo Cabanellas, como se hace mención en (Rivera, 2016) expone que es "la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción o dolosa de otros" (p. 47). La trascendencia del daño moral penetra la siquis, afectando la relación interpersonal producto del daño a su reputación y del derecho al buen nombre. Para este autor es la afectación que sufre la persona por el resultado de actos dolosos o culposos, en el Código Civil se los reconoce como delitos o cuasi delitos.

Cabe hacer mención que en nuestra legislación el honor es un bien jurídico protegido y al ser vulnerado este, se convierte en una contravención o delito penal, tal como es la calumnia el cual consta en el artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal y la contravención de cuarta clase establecida en el artículo 396, inciso 1 del mismo cuerpo legal. Por este bien jurídico protegido, tal como es el honor, cuando es vulnerado, da lugar la reparación integral según lo establece el Art. 77 *ibídem*. No obstante que se pueda también reclamar por cuerda separada el daño moral sufrido, la afectación espiritual, afectación a los sentimientos, el desánimo, etc.

Para Abad, Ruíz, & Almeyda S., citado por (Rivera, 2016) expresan: El daño moral es el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, no es susceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualquier otra dificultad o molestias que puedan ser la persona agraviada, o en los procedimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la del hecho perjudicial. (p. 47)

Se observa que este agravio moral es el sufrimiento de una persona por las molestias en su integridad personal, seguridad, reflejado en su imagen corporal y muchas veces en el goce de sus bienes.

Iturraspe, citado por (Rivera, 2016) manifiesta: El Daño moral tiene relación con los intereses que afecta la salud, lo estético a la intimidad, la vida de relación, que lo vincula a ciertas ramas del derecho Civil, Mercantil, Laboral, penal; a la empresa, al contrato de transporte, al derecho del trabajo por el obrar del estado, al contrato de seguro. Además, el Estado también es víctima de daños en este sentido aunque por lo general no reclame el procurador del Estado. (p. 47)

Según este autor sostiene que el daño moral va ligado no solo en lo intangible que son los sentimientos, sino que ataca de manera directa a la salud y puede ir ligado a todas las ramas del derecho.

Por otra parte el autor Peña citado por (Rivera, 2016) indica: Los daños morales son aquellos que afectan a la esfera síquica de la víctima, es decir, afectan a los bienes inmateriales del ofendido, se trata de una lesión a los sentimientos y que tienen eminentemente carácter reparatorio o de la satisfacción. (p. 49)

Por las distintas definiciones de autores, podrían caracterizarse al daño moral por la afectación directa a su tranquilidad, libertad, paz, lo que generaría angustia debido al acto injurioso, lo que generaría también una perturbación emocional y afectiva produciendo un daño síquico y material, demostrándose como una enfermedad producto de esta lesión emocional.

5. La acción Civil por daño moral

El Código Civil expresa en su tenor literal que esta acción se la puede ejercer cuando se haya sufrido daño moral, como derecho privado quien tiene que ejercerla es la víctima o su representante legal. Al hablar de victima entendemos que se refiere a la persona que ha sufrido el daño, quien también pudo haber sufrido un delito o se le haya imputado un delito y no se pudo desvirtuar su inocencia. Así también puede ser considerado aquella persona que haya sufrido un delito y que a más de una reparación integral por la lesión al bien jurídico protegido, esta no se pueda reparar por la misma vía y se necesita de la acción Civil, tal como es la acción de daño moral.

Rivera (2016) menciona: Se debe imponer una pena por la responsabilidad social que atrae sobre sí el delito o cuasi delito, es preciso seguir la opción de daño moral por el perjuicio psíquico, anímico y emocional que sufre la víctima. Esta reparación es apenas una aproximación ya que lo común es que no se recupera totalmente la persona del sufrimiento pasado (p. 91).

Cabe hacer una breve mención pese a que no es el tema principal de este proyecto de titulación; que, las personas jurídicas también pueden sufrir daño moral, afectando directamente sus recursos humanos y patrimoniales. Esta puede ser ejercida por su representante legal o apoderado.

Para Abarca, citado por (Rivera, 2016) manifiesta: Se entiende por responsabilidad civil la situación jurídica del penalmente responsable en la injuria, por lo cual deberá reparar pecuniariamente el daño moral irrogado al sujeto pasivo, como resultado de la vulneración de los derechos de la personalidad espiritual. (p. 53)

Actualmente en nuestro ordenamiento jurídico no existe el delito de injuria, por lo que el actual Código Orgánico Integral Penal dejado a un lado el delito de injuria y ha agregado la calumnia y la

contravención de cuarta clase.

6. La autonomía e independencia de la acción del daño moral

El daño moral es autónomo por su naturaleza, independiente de cualquier otra acción, ya sea esta Penal, Laboral, Administrativa, es decir que no necesita indispensablemente de una prejudicialidad para ser ejercida. El Código Civil nos hace mención en el Art. 1453, que las obligaciones nacen entre otras causas a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos contemplados en el Art. 2214 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005. Última modificación: 19-jun.-2015.

Art. 1453.-Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones; ya que un hecho voluntario de la persona que se obliga, o legado y en toda los cuasicontratos, **ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos**, ya que por disposición de la ley como entre los padres e hijos de familia.

Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. (Congreso Nacional, 2015)

El Dr. Gil Barragán Romero, como se citó en (Valdéz, 2008) refiere que: En el Ecuador, para la acción de daño moral rige el sistema de total independencia de jurisdicciones. Lo declara la ley y puede afirmarse que regía aun antes de esta, pues no había norma legal que dispusiera lo contrario. Esta independencia, además, se había reafirmado por la jurisprudencia y la doctrina (p. 51).

Conforme a esta cita nuestra legislación adquiere la independencia de acciones como sistema legal para la sustanciación de daño moral. Autonomía e independencia sustentadas en la ley, la doctrina y jurisprudencia nacional.

7. La prueba en el daño moral

Esta tesis se centra en la parte probatoria procesal, ya que al haber tratado el aspecto prejudicial, sostenemos que no es necesaria la prueba de carácter objetiva de manera obligatoria, hago referencia de algunos autores que defienden sus posturas en cuanto a la prueba en el daño moral.

En la doctrina existen dos tendencias, en una de ellas se hace mención que debe probarse el daño moral y otra que manifiesta que no necesita de prueba, haciendo referencia que surge de sus propios hechos, de la acción antijurídica y de la titularidad del accionante.

A continuación se hace mención a dos autores que sostienen que el daño moral debe probarse. Iturraspe citado por (Valdéz, 2008) establece: Juzgamos inadmisibles que por tratarse de un daño moral, alegado o invocado por el accionante, se exima de su demostración, esto no significa restringir la noción del daño a supuestos muy limitados. Cuando se trata de un hecho notorio cierto, indiscutible, se considera que su prueba no es necesaria. La sentencia fijará el importe del crédito o del perjuicio, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resulte justificado su monto. (p. 25).

Dado que el daño moral es un perjuicio personal, intangible que no podemos apreciar a simple vista y lograr afirmarlo llenaría de incertidumbre al momento de ser valorado, es por esto que

Peirano citado por (Valdéz, 2008) señala: El daño moral debe estar sometido a las prescripciones generales relativas al daño en el sentido de su certeza, extensión, etc. Incluso, debe también en lo que se refiere a la prueba aunque es obvio que en esta materia no podrá exigirse una prueba de carácter directo, sino que ella deberá producirse fundamentadamente por medio de las presunciones.

Otros autores que mantienen la tesis que el daño moral no dependen de prueba alguna, por lo que hago mención de lo siguiente:

Fueyo Laneri, citado por (Valdéz, 2008) indica: El daño moral ha de valorarse por el juez de modo discrecional sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención solo a las circunstancias y necesidades del caso concreto. En todo caso deberán exigirse antecedentes suficientes en el proceso. (p. 27)

Según lo manifestado por la autora el daño moral no requiere de prueba tipo objetiva, esto quiere decir que no requiere de juicio previo, sino más bien antecedentes probatorios que se registren dentro del proceso. Cabe hacer mención que en nuestro actual Código Orgánico General de Procesos podemos determinar estas pruebas con diligencias preparatorias.

Boffi citado por (Valdéz, 2008) hace mención que: Así el cónyuge no necesita acreditar que ha experimentado dolor por la muerte del otro, etc., pero se admite que la situación que la situación objetiva del cónyuge, de donde brota la presunción de existencia del daño moral, sea opuesta otra situación objetiva que destruya la mencionada presunción, tal como acontece con el divorcio. (p. 27)

Es por esto que la solución de la prueba en el daño moral está en la correcta aplicación de las presunciones. Lo manifestado por el autor hace referencia a que por el ejemplo del caso, si un cónyuge fallece es obvio el dolor por parte de los familiares o en algún caso si estos se han separado, ya que son cosas que dentro de nuestra sociedad han demostrado ser de carácter aflictivo para las personas y no son de mucha prueba.

Bidart, citado por Valdez (2008) señala que: En cuanto a la prueba del perjuicio como requisito como requisito para el otorgamiento de la indemnización, los daños morales causados a los parientes más próximos (ascendientes, descendientes, cónyuge) no precisan de prueba porque se presume que sufren perjuicio con la muerte del pariente. En efecto, el daño moral es una materia discrecional y de apreciación privativa de los jueces de la instancia, para dejar establecida su existencia basta que el Juez, estime acreditada la causa que lo genera y el nexo de parentesco o relación de quien lo solicita. (pp. 27, 28)

El daño moral por cuanto no es un derecho que se puede medir o se puede reflejar en cuantificación pecuniaria, debe estar sujeto a los aspectos valorativos en cuanto al sufrimiento y esta solo quedará en el libre criterio del juzgador por la apreciación que pueda percibir respecto del sufrimiento del demandante. La discrecionalidad del juzgador no se la debe confundir con arbitrariedad ya que la decisión final debe ser debidamente motivada, basada en el principio de congruencia en cuanto al daño moral manifestado en la demanda.

Por ello Barragán citado por (Valdéz, 2008) manifiesta que: La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o cuasidelito que han efectuado a bienes jurídicamente protegidos, y el de atribuciones del mismo al que acusó el daño y los fundamentos para declararlo responsable. (p. 28)

Los tratadistas en su mayoría, los que sostienen que el daño moral no requiere de prueba, consideran que la acción por daño moral debe estrictamente estar sujeta a las normas generales de la prueba, es decir, que el perjuicio debe ser demostrado procesalmente y como haremos mención posteriormente que de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos en el anuncio de pruebas (ya que en nuestra legislación nacional manejamos un sistema procesal oral) deben solicitarse o agregarse la práctica de aquellas que permitan demostrar, efectivamente, la víctima ha sido sujeta de daño moral.

Cabe recalcar que no se trata de que la víctima debe justificar la intensidad del dolor como resultado del daño, se trata de que la persona demuestre que ha sufrido un perjuicio de carácter moral, para que este pueda ser debidamente valorado por el juzgador y tenga derecho a un resarcimiento. Mismo que podría ser probado con informes técnicos de profesionales que avalen el estado de riesgo de salud integral de la persona que ha sufrido daño moral.

8. El objeto de la prueba en el daño moral

Son objeto de prueba del daño moral: 1. Que se pruebe que ha existido el daño moral; 2. Que se determine su extensión y que tan grave ha sido el daño moral; 3. Probar la cuantía en base al reflejo del daño moral sufrido.

Una vez comprobado los aspectos antes anotados, el juzgador puede proceder a evaluar y cuantificar el daño moral. Por lo que Boffi citada por (Valdéz, 2008) expresa lo siguiente: “Como los daños son hechos- hechos jurídicos, se pueden acreditar en principio con toda clase de pruebas, naturalmente son sujeción a lo establecido por la ley adjetiva (p. 15)”. Por lo que se explica que son objeto de la prueba aquellos hechos jurídicos causantes del daño y sus consecuencias lesivas.

En el Código Orgánico General de Procesos en el Art. 169 nos refiere que la carga probatoria corresponde obligatoriamente a la parte actora, la parte demandada no está obligada a producir pruebas si solamente en la contestación a la demanda ha sido absolutamente negativa; en el caso de que la contestación a la demanda contenga hechos afirmativos o explícitos sobre los hechos o derechos a la cantidad de la cosa litigada se revierte la carga probatoria a la parte demandada.

Cabanellas citado por (Valdéz, 2008) señala que: “La carga de la prueba, la obligación de probar lo alegado, que corresponde a la parte que lo afirma (p. 31)” Es por esto que el afectado debe acreditar dentro del proceso que ha sufrido un daño moral, ya que ha sido perjudicado en su personalidad física, en su parte social, en su psiquis o afectación.

Por lo expuesto cabe señalar que no se trate de que el afectado deba **probar de manera exacta el dolor que ha sufrido o sigue sufriendo** y lo que íntimamente siente a causa de una lesión. Por la naturaleza del daño moral, por ser todo un menoscabo de facultades de un ser humano, nómbrese aquellas como física, efectiva, social, etc., resulta muy difícil de valorarlo económicamente y valorarlo de manera prudencial por el juzgador.

9. Reglas para probar el daño moral en el Ecuador

Desde 22 de mayo de 2016, en el Ecuador entro en total vigencia el Código Orgánico General de procesos, ley adjetiva con la cual se sustancia de manera general todos los procesos no son penales, ni constitucionales, ni electorales.

Al hablar de materia probatoria en la legislación ecuatoriana debemos hacer mención al Art. 158 del COGEP, cuya finalidad es transmitir al juzgador un pleno convencimiento de los hechos que se

encuentren dentro de la controversia.

Según lo tratado en el título anterior, esta tesis se inclina a la postura de los tratadistas que sostienen que la prueba del daño moral objetiva no debe ser de carácter obligatorio dado que lo que se trata de un derecho de prueba de carácter presuntiva, dado que el daño moral es materia discrecional. Es decir que no se necesita de juicio previo como requisito fundamental para determinar el daño moral.

Pese que en el Art. 160 del COGEP, menciona que para que la prueba pueda ser admitida dentro del proceso, esta debe ser pertinente, conducente, útil o necesaria. Es necesario tomar en cuenta que para su valoración ante el juzgador, la prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Para la valoración del daño moral se ha vuelto tan importante la apreciación del juzgador por lo que Couture, como se citó en (Valdéz, 2008) enseña que: Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón a un conocimiento experimental de las cosas. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. (p. 61)

Entendemos por lo citado que la experiencia del juzgador para valorar la prueba influye en gran magnitud, ya que es quien tiene la potestad jurisdiccional para decidir y causar estado. Para que la prueba sea apreciada debidamente por el juzgador deberá solicitarse o practicarse dentro de los términos señalados en el COGEP. Cabe indicar que la prueba debe ser obtenida legalmente y será reproducida de manera oral en la audiencia de juicio.

10. El daño moral en el Código Civil Ecuatoriano

Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.- Última modificación: 19-jun.-2015.

2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización

atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.

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.

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

Art. 2235.- Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. (Congreso Nacional, 2015).

11. El procedimiento ordinario en el C.O.G.E.P.

Se remite en profundidad del tema al Código Orgánico General de Procesos, por cuanto este trabajo de titulación es de carácter procesal e indicamos que el origen procesal de este se sustancia por el procedimiento ordinario. Dado que todo proceso en nuestra legislación nacional inicia con la presentación de la demanda, esta se detalla con requisitos formales que los establece el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos y así también son requisitos indispensables que se deben aparejar a la demanda los siguientes:

Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22- may.-2015. Última modificación: 18-dic.-2015.

Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos: 1. El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial. 2. Los habilitantes que acrediten la representación del actor, si se trata de persona incapaz. 3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor. 4. La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia. 5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. 6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio. 7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio. (Asamblea Nacional, 2015)

Dentro de la acción por daño moral que se sustancia con el Código Orgánico General de Procesos por su procedencia detallada en el Art. 1 del mismo cuerpo legal, dado que este Código rige para todas las materias con excepciones en las materias; constitucional, electoral y penal. Por ser esta acción la del daño moral proveniente de la materia Civil y al no tener un trámite específico se tramitará por el procedimiento ordinario. Lo cual se encuentra establecido en el artículo 289 estableciendo: “Procedencia: Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación” (Asamblea Nacional, 2015). Respecto a los requisitos que se deben aparejar a la demanda en la acción por

daño moral no se hace mención alguna sobre la responsabilidad previa o prejudicialidad, dejándola en un libre albedrío al juzgador su aceptación.

12. Referencias de La acción por daño moral en legislación comparada de Argentina

En la legislación argentina el daño moral no lo especifica textualmente, hace referencia de todas sus características e una amplia reseña sobre el daño. El Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994 establece sobre el daño:

Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26.994, Boletín Oficial de la República de Argentina 32985, del 8 octubre de 2014. Última modificación: 1- Agosto-2015.

SECCION 4ª Daño resarcible

Artículo 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Artículo 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Artículo 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Artículo 1740.- Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Artículo 1741.- Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Artículo 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

Artículo 1743.- Dispensa anticipada de la responsabilidad. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Artículo 1744.- Prueba del daño. El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la

ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos.

Artículo 1746.- Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica. En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado.

Artículo 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

Artículo 1771.- Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.

El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.

Artículo 1774.- Independencia. La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

Artículo 1775.- Suspensión del dictado de la sentencia civil. Si la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal, con excepción de los siguientes casos: a) Si median causas de extinción de la acción penal; b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado; c) Si la acción civil por reparación del daño está fundada en un factor objetivo de responsabilidad. (Congreso, 2014)

13. Acción por daño moral en legislación de Chile

Respecto a la Legislación chilena, el Código Civil en el artículo 2.331 establece: Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación” (Chile, 1855).

La jurisprudencia chilena acoge la doctrina que conceptúa el daño moral como la lesión, pérdida o menoscabo de un bien puramente personal, no susceptible de evaluación o tráfico económico. Sin embargo de esta filosofía, el daño moral es en Chile indemnizable, pues la Ley es amplia y no limita la indemnización a los daños materiales, ya que los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil no hacen distinción y obligan a la reparación de todo daño. En materia de prejudicialidad de los tratadistas chilenos piensan que “la responsabilidad civil se impone sin perjuicio de la pena que corresponde al criminal, y la responsabilidad penal trae consigo la acción para obtener la reparación o indemnización debida a la víctima. (Noboa, 2013, p. 49)

14. Acción por daño moral en legislación de México

El Código Civil Federal, artículo 1916, establece: Por daño moral se entiende la afectación que una

persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. (UNIÓN, 1928 - Última reforma publicada DOF 28-01-2010)

Es notorio que en esta legislación se tiene mucha consideración sobre los derechos que se le hayan lesionado a la víctima y todo lo concerniente al cometimiento del daño moral, para que pueda ser indemnizable económicamente.

15. Metodología de la Investigación.

En la presente trabajo de investigación se utilizó el método deductivo, dado que la táctica racional se fundamenta en conclusiones, después de las primicias encontradas en la aplicación de esta metodología, así mismo permite reconocer y obtener una verdad científica sobre la influencia del contenido y su relación con la memoria descriptiva de los Jueces de lo civil y Mercantil de la Unidad Judicial Florida Norte con sede en la ciudad de Guayaquil, abogados de libre ejercicios, y estudiantes de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de la Ciudad de Guayaquil. Y el Método Inductivo que utiliza el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar a conclusiones cuya aplicación sea de carácter general. (Bernal, 2010). El tipo de Investigación es Descriptiva y Explicativa, tiene un enfoque mixto; es decir cualitativo y cuantitativo. Se realizó encuestas y entrevistas con la finalidad de obtener toda la información necesaria para llegar a la comprobación de la hipótesis.

Para el presente trabajo de investigación se tomó como población al grupo de Abogados que se encuentran matriculados en el Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Guayas, el cual da una cantidad de 13.217 Abogados y 38 Jueces de la Unidad Judicial Civil y Mercantil, torre 8 y 9 del Complejo Judicial Florida Norte.

Elementos de la muestra

N = Población total. (13.179)

n = Tamaño de la muestra por estimar.

Z = Nivel de confianza o margen de confiabilidad. (1.96)

p = Proporción positiva. (0.50)

q = Proporción negativa. (0.50)

e = Coeficiente de error. (0.05)

Fórmula muestral para encuestas

$$n = \frac{N \times Z^2 \times p \times q}{e^2 \times (N - 1) + Z^2 \times p \times q}$$

$$n = \frac{13.179 \times (1.96)^2 \times 0.50 \times 0.50}{(0.50)^2 \times (13.179 - 1) + (1.96)^2 \times 0.50 \times 0.50}$$

$$n = \frac{13.179 \times 3.8416 \times 0.25}{0,0025 \times (13.178) + 3,8416 \times 0.25}$$

$$n = \frac{12657,1116}{32.945 \times 0,9604}$$

$$n = \frac{12657.1116}{33.9054}$$

n= 373 Abogados a encuestar

Fórmula muestral para entrevistas

Son 38 jueces que laboran en la Unidad Judicial de lo Civil Florida, forman parte de la totalidad de población de abogados debidamente matriculados en el Foro del Consejo de la Judicatura, se tomará el 10% en consideración de la totalidad de jueces para entrevistar, aplicando una regla de tres.

$$m = \frac{38 \text{ Jueces} \times 10\%}{100} = 3.8 = \mathbf{4 \text{ Jueces a entrevistar}}$$

Presentación y Resultados.

Tabla 1 Resultado de las Encuestas.

PREGUNTAS	Totalmente de acuerdo	De acuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	En desacuerdo	Totalmente en desacuerdo
1. ¿Está de acuerdo en demandar por daño moral sin prejudicialidad alguna?	216 58%	36 10%	1 0%	0 0%	120 32%
2. ¿Conoce usted si el Código Civil o el Código Orgánico General de Procesos indican en uno de sus artículos si es indispensable la prejudicialidad como requisito para el ejercicio de la acción de daño moral?	12 3%	2 0%	58 16%	10 3%	291 78%
3. ¿Considera usted que la acción por daño moral al ser autónoma por su naturaleza vulnera normativa jurídica?	28 7%	10 3%	18 5%	5 1%	312 84%
4. ¿Está de acuerdo usted que al no existir norma expresa que señale a la prejudicialidad como un requisito para el ejercicio de la acción por daño moral, es mal interpretada la aplicación de esta acción?	266 71%	14 4%	5 2%	31 8%	57 15%
5. ¿Está de acuerdo que si se sacrifica la justicia por una mera formalidad, se estaría vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva?	368 99%	4 1%	1 0%	0 0%	0 0%
6. ¿Está de acuerdo que debe incorporarse en la normativa vigente, la procedencia de la acción por daño moral, aunque no medie declaratoria de responsabilidad previa?	309 83%	31 8%	22 6%	8 2%	3 1%

Elaborado por: Pérez Parra, Kevin.

Análisis:

De los abogados debidamente matriculados al Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura; tal como se refleja en el cuadro de estadísticas, se puede observar que en su gran mayoría coinciden en el vacío que hay en la norma adjetiva y sustantiva sobre la necesidad de prejudicialidad como requisito indispensable para el ejercicio de la acción de daño moral. Por este concepto generalizado, surgió en el 83% de abogados que fueron encuestados; la necesidad que debe incorporarse en la normativa vigente, la procedencia de la acción por daño moral, aunque no medie declaratoria de responsabilidad previa.

Preguntas de Entrevistas

1. ¿Considera usted que la prejudicialidad es un requisito indispensable para el ejercicio de la acción por daño moral?

2. ¿Considera usted que la omisión de ésta formalidad, es suficiente para sacrificar la justicia?
3. ¿Conoce usted de alguna Ley que establezca como requisito previo para ejercer la acción por daño moral, la prejudicialidad?
4. ¿Si un juzgador declara sin lugar una demanda por daño moral, al carecer la misma de fundamento fáctico, podría incurrir en un error judicial o indebida interpretación de la norma legal?
5. ¿Considera usted qué, cómo norma adjetiva, se debería incluir en el Código Orgánico General de Procesos que no se necesita de prejudicialidad como requisito para el ejercicio de la acción por daño moral?
6. ¿Considera usted que incluyendo esta disposición en la normativa vigente, se evitaría la vulneración de derechos constitucionales como una violación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los juzgadores y una inadecuada administración de justicia?

Análisis de las entrevistas:

Todos los entrevistados coinciden en criterio que no es un requisito indispensable para el ejercicio de la acción por daño moral por ser una acción autónoma, por lo tanto no requiere de ninguna otra acción para poder ser probado. Todos los entrevistados consideran que la omisión de la prejudicialidad no es suficiente para sacrificar justicia, por lo que no es un requisito indispensable puesto que esta acción por daño moral es autónoma.

Todos los entrevistados coinciden que no conocen de una ley que establezca como requisito previo para ejercer la acción por daño moral, la prejudicialidad. Uno de los profesionales entrevistados, expresó que si existe, en el COIP si se hace mención la prejudicialidad; otro entrevistado hizo referencia también de que el Código Civil prevé esta figura, que puede originarse por el cometimiento de un delito o cuasidelito, siendo el daño moral autónoma por su naturaleza.

Según los entrevistados manifiestan de que todo acto jurídico debe ser debidamente motivado, que son las partes que deben aportar las pruebas. Uno de los entrevistados manifiesta que el error judicial o indebida interpretación, en este tema de la prejudicialidad y si se sacrifica justicia declarando sin lugar una demanda si encuadraría en estas causales y vulneraría el principio a una tutela judicial efectiva.

Todos los entrevistados afirmaron de que si se necesita de la inclusión en el Código Orgánico General de Procesos, para que no exista duda alguna sobre la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral, ya que así al momento de dictar sentencia seria de manera legal y no entraría en debate. Con excepción del entrevistado "E3" que manifestó que no se necesita por cuanto existen las fuentes del derecho como jurisprudencia y la doctrina.

Los entrevistados han coincidido en que no si se debería incluir en la normativa legal vigente ya que los operadores de justicia deben de resolver conforme a la ley y así evitar la vulneración de principios y garantías constitucionales como la tutela judicial efectiva que no solo es el acceso a la justicia sino que va más allá, como una justicia imparcial, eficaz, etc. El entrevistado "E3" considera que no se debe de incluir en la normativa legal vigente por cuanto no se está negando el acceso a la justicia. Es claro que no puede analizar con amplitud el alcance de esta garantía constitucional.

16. Conclusiones y recomendaciones

Conclusiones

- Según las encuestas realizadas a los abogados debidamente matriculados en el Foro de Abogados del Consejo de la Judicatura y las entrevistas realizadas a los jueces de la Unidad Judicial de lo Civil Florida Norte, en este trabajo de investigación se puede concluir de que no se requiere de la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral.
- Los criterios vinculantes emitidos por la Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia en sentencias tienen un esencial carácter vinculante por cuanto la decisión ha servido para que los operadores de justicia de primer nivel puedan aplicar el Art. 2232, en concordancia con el Art 2234 en una forma correcta cuando ésta carezca de fundamento fáctico, como lo es la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral.
- Con esta investigación se ha podido analizar que la acción por daño moral contemplada en el Art. 2232 y el 2234 del Código Civil no vulnera normativa jurídica, por cuanto no hay otra que diga lo contrario, pero según las entrevistas realizadas a los jueces de la Unidad Judicial de lo Civil Florida Norte, manifiestan de que podría entrar en debate al no estar expresamente determinado en una norma legal de que no se necesita de la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral.
- Así también se puede concluir de que el análisis de la acción por daño moral contemplada en el inciso segundo del Art. 2232 del Código Civil no requiere de prejudicialidad por cuanto es autónoma por su naturaleza, no necesita de ninguna otra acción para ser probada, no necesita de decisión previa para poder iniciarla. La víctima podría demandar por daño moral con o sin declaratoria de prejudicialidad.
- La garantía constitucional de la tutela efectiva o también llamada tutela judicial efectiva en nuestra legislación no solo corresponde al acceso gratuito a la justicia, sino que además la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial hace relevancia que debe ser imparcial y expedita en sus derechos, es decir que debe ser ágil, eficaz, eficiente en sus procesos, más aún por principio de legalidad no podemos sacrificar la justicia por merzas formalidades. Solicitar como requisito la declaratoria de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral cuando es una acción autónoma, vulnera el principio de la tutela efectiva, legalidad y por ende el debido proceso.
- Habiendo analizado varios aspectos dentro de los objetivos específicos, las encuestas y entrevistas realizadas responden a la hipótesis y concluyo este trabajo de investigación manifestando que la declaratoria de prejudicialidad en el ejercicio de la acción por daño moral al no ser un requisito indispensable, los operadores de justicia no deben exigirla para la tramitación de las causas que conocen. Que si se sacrifica justicia por una mera formalidad se estaría vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva y mucho más si la declaratoria de prejudicialidad en el daño moral es un problema de facto y no un problema iure, ya que no se encuentra tipificado en ninguna ley en nuestra legislación nacional ni en el derecho comparado

que es un requisito para el ejercicio de esta acción jurídica. No dejemos a un lado la frase en latín *Nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*, que se refiere a que “no hay crimen si no hay ley”, es por esto que es necesario por principio de legalidad incorporar en la norma adjetiva, específicamente para que no se solicite la declaratoria de prejudicialidad como un requisito indispensable para el ejercicio de esta acción. La legislación comparada como lo es el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, ya lo contempla la independencia de la acción por daño moral y nuestra Corte Nacional de Justicia ya lo contempla en sus sentencias de que no se requiere de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral; ya es hora de que nuestra legislación contemple un pronunciamiento expreso.

RECOMENDACIONES

Por las encuestas y entrevistas realizadas, gran porcentaje de abogados y jueces afirmaron de que si se debería incluir en nuestra legislación vigente que no se requiere de prejudicialidad para el ejercicio de la acción por daño moral, y este proyecto de titulación por ser de característica procesal, se recomienda que se agregue en la norma adjetiva:

En el Art. 143 del Código Orgánico General de Procesos, de la misma manera como se encuentra redactado el numeral 6, del mismo artículo; el numeral 7, que exprese:

“Art. 143. Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, lo siguientes documentos;

En los casos por daño moral, no se requerirá de la declaratoria de prejudicial para el ejercicio de esta acción.”.

Por lo tanto el numeral 7 pase a ser el numeral 8 del art. 143.

17. Bibliografía

Trabajos Citados

Asamblea Nacional. (2013, 04 23). *Legisladores de oposición no dieron paso al archivo del proyecto de reformas a la Ley 171 de Daño Moral*. Retrieved 08 12, 2018, from http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195677

Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito.

Barragán, G. (2008). *Elementos del Daño Moral*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación. Administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (Tercera ed.). (O. Fernández Palma, Ed.) Bogotá, Colombia: Pearson Educación.
- Boudo, J. (2013). *El paquete estadístico*. Madrid: Cuadernos Metodológicos.
- Bravo, P. A. (2015). *La responsabilidad por el daño moral en la Legislación Civil Ecuatoriana*. CUENCA: UNIVERSIDAD DE CUENCA.
- Cabanellas, G. (2013). *Diccionario Jurídico Elemental*. Guatemala: Heliasta S.R.L.
- Carcelén, D. J. (2012). *PREJUDICIALIDAD*. Quito: GACETA JUDICIAL.
- Carderón, J., & Zurita, C. (2012). *Sentencia "Gran Hermano"*. Quito: Paradiso.
- Chile, C. N. (1855). *Código Civil Chileno*. Santiago de Chile.
- Chiovenda, G. (1997). *Curso de Direccionamiento Procesal Civil*. México: Mexicana S.A. de C.V.
- Código Civil. (2015). *Suplemento del Registro Oficial 506*. Quito: H. Congreso Nacional. La Comisión de Legislación y Codificación.
- (2016). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Ediciones Legales.
- Código Orgánico Integral Penal. (2017). *Asamblea Nacional*. Quito: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2015). *Código Civil*. Quito.
- Congreso, E. S. (8 de 10 de 2014). *LEY 26.994 - Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado el 09 de 09 de 2018, de LEY 26.994 - Código Civil y Comercial de la Nación: http://www.uba.ar/archivos_secyt/image/Ley%2026994.pdf
- Enciclopedia Jurídica*. (2014). Recuperado el 09 de 09 de 2018, de Enciclopedia Jurídica: <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/tutela-judicial-efectiva/tutela-judicial-efectiva.htm>

- Escobar, C. (2016). *Prejudicialidad o autonomía de la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de Juicio Penal*. Universidad Nacional de Loja.
- Freire, J. (2015, 03 07). *La prejudicialidad*. Retrieved 08 23, 2018, from <https://www.eluniverso.com/opinion/2015/03/07/nota/4627691/prejudicialidad>
- Galindo, J. G. (5 de diciembre de 2014). *La voz del derecho*. Recuperado el 7 de septiembre de 2018, de <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/2822-diccionario-juridico-concepto-de-victima-en-el-derecho-internacional>
- Gallo, G. (2017). *Los daños morales*. Universidad de Valladolid.
- González, M., & Brito, S. (2013). *El daño moral y los criterios para su determinación para su indemnización*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Guarderas, E. (2015). *Evolución Procesal en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Gutiérrez, A. (2018, febrero 5). *"Quantum" indemnizatorio y daño moral*. Retrieved from <http://fueroyderecho.es/quantum-indemnizatorio-dano-moral/>
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F.: MC GRAW HILL.
- Hernández-Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Kotler, P. A. (2009). *Fundamentos de marketing* (Octava ed.). México, México: Pearson educación.
- Morán, R. (2010). *El daño*. Guayaquil: Edilex S.A.
- Morán, R. (2016). *DERECHO PROCESAL CIVIL PRÁCTICO Y EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, TOMO I*. GUAYAQUIL: MURILLO.
- Nacional, A. (09 de 03 de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 10 de 09 de 2018, de [Código Orgánico de la Función Judicial: https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cofj.pdf](https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-int-text-cofj.pdf)

- Noboa, R. (2013). El daño moral en el Ecuador. *Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 13.
- Procuraduría de la Administración. (2013). *Nexo causal. Relación entre la actuación producto de la infracción y el daño causado*. Panamá.
- Rivera, J. (2016). *El daño moral, y sus factores de valoración en el ámbito civil*. Quito: Caboscreative impresiones.
- Sáenz, S. (2014, 06 11). *Aspectos generales del daño, y el quantum indemnizatorio*. Retrieved 09 09, 2018, from Aspectos generales del daño, y el quantum indemnizatorio: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/sergiosaenz/2014/06/11/aspectos-generales-del-da-o-y-el-quantum-indemnizatorio/>
- Salazar, A. (2013). *Corte Surpema de Justicia Sala de Casación Civil*. Bogotá.
- Torre, A. (2009). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina S.A.
- UNIÓN, C. D. (1928 - Última reforma publicada DOF 28-01-2010). *Código Civil Federal*. México DF.
- Valdéz, A. (2008). La prueba del daño moral en el Proceso Civil Ecuatoriano. In A. Quiñónez, *De la prueba en general* (p. 25). Quito: Cámara ecuatoriana del libro- Núcleo del Pichincha.