



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“La Mediación en el Daño Moral”

Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador

Autor: Carlos Andrés Vera Delgado

Director: Dr. Olmedo Piedra Iglesias

Cuenca, Ecuador

2014

**Dedicatoria:**

Dedico este trabajo de grado a mi padre, quien me enseñó que en la vida siempre se debe tener honradez, honor y valentía para hacer frente a las adversidades; a mi madre que me ha enseñado la importancia de la compasión, el perdón, el cariño; y a mi hermano que con su ejemplo me ha motivado a superarme. Dedico también este trabajo de una manera muy especial a mis buenos amigos del corazón: Milton Andrés Murillo, Juan Sebastián Murillo y Christian Marcelo Moscoso, quienes me han entregado un apoyo incondicional y me han acompañado tanto en las adversidades como en las alegrías. Junto con ellos he aprendido el valor que tiene la verdadera amistad en una persona, el valor de nunca estar solo mientras se camina por la vida.

**Agradecimientos:**

Quiero agradecer a la Dra. Martha Santacruz, Dr. Juan Vintimilla, Dr. Román Morales y al Lcdo. Germán Ortega, quienes más que funcionarios judiciales fueron los amigos que me acompañaron durante mi tiempo de pasantía en el Centro de Mediación de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; fueron ellos quienes inspiraron este trabajo de grado al mostrarme una cara distinta del Derecho, una que va más allá de las leyes, que nos permite estar más cerca de las personas que intentamos ayudar, no mediante normas, sino mediante el diálogo y la comprensión humana que busca difundir esa tan anhelada cultura de paz.

## INDICE DE CONTENIDOS

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| Dedicatoria:.....                           | ii                                   |
| Agradecimientos: .....                      | iii                                  |
| INDICE DE CONTENIDOS .....                  | iv                                   |
| RESUMEN .....                               | vi                                   |
| ABSTRACT.....                               | <b>¡Error! Marcador no definido.</b> |
| INTRODUCCION .....                          | 1                                    |
| CAPITULO 1.....                             | 3                                    |
| LA MEDIACION Y EL DAÑO MORAL.....           | 3                                    |
| 1.1. Conceptos.....                         | 3                                    |
| 1.2. Características .....                  | 9                                    |
| 1.3 Posiciones Doctrinarias.....            | 17                                   |
| 1.4 Situación Actual .....                  | 20                                   |
| 1.5 Conclusiones. ....                      | 22                                   |
| CAPITULO 2.....                             | 24                                   |
| LA MEDIACION Y SUS TIPOS DE APLICACIÓN..... | 24                                   |
| 2.1 Introducción .....                      | 24                                   |
| 2.2 Mediación Familiar .....                | 24                                   |
| 2.3 Mediación en Niñez y Adolescencia.....  | 26                                   |
| 2.4 Mediación Civil y Contractual.....      | 29                                   |
| 2.5 Mediación Penal.....                    | 30                                   |
| 2.6 Mediación en el Daño Moral .....        | 34                                   |
| 2.7 Criterios Profesionales .....           | 37                                   |
| 2.8 Técnicas de Mediación.....              | 38                                   |
| 2.9 Conclusiones. ....                      | 44                                   |
| CAPITULO 3.....                             | 45                                   |
| ANALISIS PRÁCTICO.....                      | 45                                   |
| 3.1 Introducción. ....                      | 45                                   |
| 3.2 Materia del Juicio.....                 | 45                                   |
| 3.3 Resumen y problemática del Caso. ....   | 46                                   |
| 3.4 Conclusiones .....                      | 55                                   |
| CAPITULO 4.....                             | 57                                   |
| INICIATIVA PROCESAL .....                   | 57                                   |

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| 4.1. Introducción.....        | 57 |
| 4.2 Ámbito de Aplicación..... | 58 |
| 4.3 Estructura.....           | 58 |
| 4.4 Conclusiones.....         | 63 |
| CONCLUSIONES GENERALES.....   | 64 |
| BIBLIOGRAFIA.....             | 66 |

## RESUMEN

En el presente trabajo de grado se trataran dos aspectos muy puntuales dentro del campo de la Mediación como Método Alternativo de Solución de Conflictos. El primero se refiere a la aplicabilidad de la Mediación en los conflictos civiles de Daño Moral como una mejor alternativa para la cuantificación o solución de los mismos, teoría que se apoya en el análisis de un caso práctico; y el segundo, la iniciativa de incorporar, procesalmente, dicha propuesta al ordenamiento jurídico ecuatoriano para la obtención de alternativas eficaces que van más allá de la justicia ordinaria.

## ABSTRACT

In the following graduation work two very specific aspects within the field of Mediation as an Alternative Method of Solution to Conflicts will be addressed. The first one refers to the applicability of Mediation in the civil conflicts of Moral Jeopardy as a better alternative for their quantification or solution; therefore, this theory is supported in the study of an actual case. The second aspect refers to the initiative of incorporating, procedurally, this proposal to the Ecuadorian Legal system in order to obtain more efficient alternatives that go beyond the ordinary administration of justice.



  
Translated by,  
Lic. Lourdes Crespo

## INTRODUCCION

Durante todo el tiempo que la Mediación ha estado disponible en nuestro sistema jurídico, parecería como si fuera un aspecto rezagado y de poca concurrencia en cuanto a ser método válido para la solución de disputas legales. Incluso en los últimos tiempos actuales, en los cuales su relevancia se está difundiendo con mayor rapidez, todavía se denota una especie de incredulidad para con la Mediación, ya sea por un escepticismo ante la posibilidad de solucionar conflictos legales con el simple diálogo, o ya sea por la concepción legalista que viene tan arraigada en las mentalidades de quienes conformamos todo el aparato del Derecho Ecuatoriano.

Naturalmente, se reconoce que la mediación tiene limitaciones bastante grandes, y por lo tanto, siempre se necesitaran de las juezas y jueces que puedan administrar justicia según el sistema de Derecho vigente, más aun cuando los conflictos se refieren a la contraposición de pretensiones, mismas que se resuelven mediante los procesos específicos de cada conflicto y la valoración de los elementos probatorios.

Ahora bien, es precisamente este último punto el marcador inicial de este trabajo de grado. El Daño Moral, como el perjuicio al fuero interno de una persona, ha sido ya objeto de múltiples estudios y sujeto a varias teorías que ha buscado identificar su naturaleza; sin embargo, el Daño Moral no encuentra compatibilidad con los procesos comunes de la justicia ordinaria ni con su sistema probatorio, en primer lugar por ser una figura jurídica muy indeterminada a la cual le faltan parámetros legales para su cuantificación; y en segundo lugar por el gran campo de subjetividad que es la moral y la honra de las personas que busca restituirse o al menos compensarse, una moral tan subjetiva que la prueba común no puede llegar a demostrar efectivamente, o que, en otros casos, la lleva a exageraciones.

Debido a estas situaciones, las acciones por Daño Moral han sido capaces de soportar hasta las más desmesuradas pretensiones en cuanto a la cuantía exigida



en dichas demandas, todo esto debido a que la única forma de restablecimiento de dicho perjuicio que nos brinda nuestro Código Civil, es la restitución pecuniaria.

Con estos antecedentes son con los que, en el presente trabajo, se demostrará que la mediación, a pesar de sus limitación, puede solucionar conflictos jurídicos de grandes magnitudes, entre los cuales está la determinación de la Indemnización por Daño Moral, todo esto gracias a que la mediación es un proceso personal y cercano, capaz de identificar la forma mayormente adecuada para la restitución del daño, o en su caso, para llegar a un acuerdo pecuniario razonable entre los involucrados.

## CAPITULO 1

### LA MEDIACION Y EL DAÑO MORAL

#### 1.1. Conceptos

Casi la mayoría de libros o seminarios acerca de mediación empiezan por decir que la mediación, más allá de su aplicación en el Derecho, es una actividad que la realizamos constantemente en nuestro diario convivir, ya sea a un nivel personal o laboral, y que, a pesar de existir siempre distintas situaciones en las cuales una persona tiene la capacidad de imponer su criterio, dar una orden, o evitar un determinado problema, lo cierto es que eventualmente habrá un momento en el cual una persona se percate que no se puede sacrificar un interés por otro, y es aquí donde inevitablemente se debe encontrar un punto medio, una solución distinta; en otras palabras, todos utilizamos la mediación de una u otra manera, algunos aplicándola mejor que otros, mas siempre buscando un camino viable para todos los involucrados en la misma.

Más allá de esta breve reflexión aquí hecha, que tenía por objeto resaltar el gran campo que abarca la mediación, naturalmente nos concentraremos en este momento, a estudiar el lugar que ocupa la misma dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La mediación, referida ya como rama del Derecho, aunque tiene como objetivo el acuerdo entre las partes, va mucho más allá de la simple firma de una acta de mediación, es más, la mediación es todo un procedimiento acompañado de una cierta ciencia que consigue finalizar desacuerdos sobre aspectos legales. Por lo tanto, mediar no es simplemente plasmar en escrito un acuerdo transaccional, sino que, mediar es conseguir que las partes descubran que existe una alternativa para la solución de su conflicto y que, efectivamente, elijan dicha alternativa por su propio interés y beneficio.

En un concepto clásico, que nos entrega la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo número 43 y que dice: “La Mediación es un proceso de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”<sup>1</sup> Esta definición abarca perfectamente lo que significa la mediación, al menos en su terminología jurídica, puesto se habla que en primer lugar debe haber un “conflicto” que requiere una solución, y que, el proceso de mediación, mediante el acuerdo entre las partes pone fin a este conflicto; sin embargo, podemos aquí recalcar que no necesariamente debe constarse la preexistencia de un conflicto jurídico para que opere la mediación, ya que mediante este proceso se pueden llegar a acuerdos que permitan evitar cualquier controversia entre las partes.

Dentro de este concepto citado es necesario recalcar que la Ley de arbitraje y mediación se refiere a un tercero neutral llamado mediador. Este elemento es uno de los más importantes en mediación puesto que, como ya se dijo antes, el proceso de mediación no significa únicamente la firma de un acuerdo, sino más aun, el proceso mediante el cual las partes llegan a ese acuerdo al cual asiste de manera vital el mediador.

De otros conceptos podemos ver la importancia de este elemento, tal es así que Guillermo Cabanellas define la mediación como “la participación secundaria en un negocio jurídico ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados(...)”<sup>2</sup> Si bien, el doctrinario Cabanellas se refiere a la mediación en un contexto de derecho internacional público, es evidente la concordancia en cuanto que la mediación será únicamente tal cuando existe un tercero que, colabora e interviene de manera pacífica y objetiva entre las partes a fin de que éstas por su propia voluntad lleguen a un acuerdo de mutuo beneficio.

De la misma manera la Directora del Centro de Resolución de Estado de Florida, Sharon Press se refiere a la mediación como:

---

<sup>1</sup> “Ley de Arbitraje y Mediación”, Registro Oficial No145, de 4 de Septiembre de 1997

<sup>2</sup> CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho”. 14ava. Ed. Editorial: Heliasta. 2008. S.R.L. Argentina. Tomo IV. pág. 346.

“Un proceso en la cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes. (...) El mediador facilita las cosas para que los que asistan a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. (...)”<sup>3</sup> En esta última conceptualización acerca de la mediación, se denota la importancia que la autora brinda al elemento del mediador dentro de este proceso, indicando que es él quien ayuda a las partes a identificar cual es el verdadero problema que tienen y procurando que los temas tratados dentro de la mediación sean únicamente dirigidos a llegar a un acuerdo y que no se mezclen con estas situaciones personales que bien pueden existir, y que sin embargo no representan un factor determinante en el conflicto legal; acerca de este punto, es decir, sobre las técnicas de mediación que más eficazmente se aplican en estos procesos, estas serán tratadas más adelante, dejando aquí simplemente la constancia de la importancia del mediador para que exista ese acuerdo al cual se quiere llegar para la solución de conflictos.

Con estas conceptualizaciones hechas, cabe aquí hacer una diferenciación importante entre los conceptos de mediación y conciliación. Si bien, en último término estas dos figuras jurídicas tienen el mismo objetivo, es decir, el llegar a un acuerdo que ponga fin a una disputa legal, en la práctica diaria, tienen una manera distinta de llegar a dicho acuerdo.

Es interesante ver como la ley de Mediación y Arbitraje en su artículo 55 expresa lo siguiente: “la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de aplicación de esta ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.” Al respecto se puede decir que, como ya se vio del concepto de mediación dado por la misma ley, ésta tiene el carácter de extrajudicial, razón por la cual aquí la asemejan con la conciliación extrajudicial, además que, precisamente al decir el artículo citado que únicamente para efectos de esta ley se entenderán como sinónimos, se infiere que en si la conciliación y la mediación son conceptos y por lo tanto figuras jurídicas distintas.

---

<sup>3</sup> PRESS, Sharon, “Revista Libra”, Florida 1991, No 1. pág. 44. Citada por MOROCHO, Jorge “La Mediación y la Conciliación en la Legislación Ecuatoriana” Primera edición 2009. Pág. 16.

Según el tratadista uruguayo Adolfo Alvarado Velloso “la conciliación es una de las formas antiguas para resolver disputas humanas. Como embrión se halla en las formas tribales, para avanzar históricamente afincándose en los consejos de familia, clanes o reuniones de vecinos caracterizadas.”<sup>4</sup> De este concepto parecería desprenderse que efectivamente la conciliación es un proceso no del todo técnico para llegar a un acuerdo, es decir, sin la presencia de ese tercero neutral llamado mediador que asistido de su experiencia y de las diversas técnicas de mediación, consigue que las partes solucionen sus conflictos. Esto parecería concordar con la Audiencia o Junta de Conciliación contempladas en nuestro Código procesal ya sea para los procesos ordinarios, sumarios, verbal sumarios y demás, en los cuales por mandato legal del artículo 1012 del Código de Procedimiento Civil, es necesario que se practique una junta de conciliación previa a la apertura de la prueba, junta en la que el juez debe procurar un acuerdo entre las partes; en estas diligencias, si bien el juez sugiera a las partes sobre un posible acuerdo, este no las guía de misma manera que un mediador, y lamentablemente en la mayoría de casos, no es el juez sino el actuario del juzgado quien lleva a cabo esta conciliación que muy difícilmente llega a la suscripción de un acuerdo. Es así que por las razones nombradas, la conciliación difiere de la mediación en cuanto a su modalidad, y en fin de cuentas, a su efectividad.

Ahora, nuestra segunda figura jurídica que aquí estudiaremos a fin de familiarizar su concepto y por lo tanto su naturaleza es el Daño Moral. “Denominase daño moral al menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico.”<sup>5</sup> Podemos ya observar de esta definición que el daño moral efectivamente no es una situación ordinaria ni tampoco fácil de determinar dentro del derecho puesto que se habla de un daño no patrimonial, es decir, de un perjuicio que no involucra el ámbito pecuniario sino que está en contra de un valor o un derecho intrínseco de un determinado sujeto.

Nuestro Código Civil en su artículo 2231 por su parte establece que: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o

---

<sup>4</sup> ALVARADO, Velloso A., “La Conciliación como Medio de Solucionar Conflictos de Interés”, Revista de Derecho Procesal. Uruguay. 1986. pág. 235-236

<sup>5</sup> ZANNONI, Eduardo. “El Daño en la Responsabilidad Civil” 3era ed. Editorial: Astrea de Alfredo. 2005. Pág. 287

lucro cesante, sino también perjuicio moral.”<sup>6</sup> Si bien del artículo citado se puede apreciar que nuestro Código Civil no brinda en sí una definición sobre lo que es el daño moral, la disposición en primer lugar nos indica su existencia, y en segundo lugar, la situación que debe tomar lugar a fin de que se configure el mismo. Más aun, en su siguiente artículo, inciso segundo, la ley nos da una especie de ejemplificación que busca precisamente esclarecer lo que es este daño moral y las situaciones que lo pueden causar, siendo tales cualquier acto que manche la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación, el causar lesiones, violaciones, estupro o atentados al pudor, arrestos ilegales o en general todo aquello que cause sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes.

Por lo tanto, más allá de únicamente las imputaciones injuriosas de las que usualmente se conocen, el daño moral es una figura jurídica mediante la cual el derecho pretende precautelar y cuidar incluso el ámbito sentimental de una persona, es decir, su fuero personal, reconociendo que además de daños patrimoniales, una acción antijurídica puede conllevar afecciones extra patrimoniales que se ven en el dolor o angustia de la cual hablaba el Código; o en su defecto, el derecho reconoce que una acción, aunque no deje consecuencias patrimoniales, no significa que no haya causado un daño que se manifiesta en la vida de una persona.

También de la disposición del Código Civil se puede diferenciar que existe lo que en doctrina se conoce como daño moral objetivo y subjetivo. El primero se refiere a una especie de parte social del patrimonio moral si se lo puede llamar así, es decir, la imagen de una persona para con los demás la cual se puede ver afectada por las calumnias o difamaciones; y el segundo se trata de la afección física o síquica que sufre una persona que ha sido lastimada por alguna acción ilícita.

A pesar de esto, cabe hacer una aclaración importante en cuanto a lo expresado, ya que si bien el daño moral es causado por un perjuicio prácticamente sentimental, esto no significa que todo sufrimiento pueda ser abarcado por la figura del daño moral, y es que como dice el autor Eduardo Zannoni “El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos

---

<sup>6</sup> “Código Civil” Registro oficial Registro Oficial No. 34, de 7 de Agosto de 1970

que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente.”<sup>7</sup> Es interesante el texto citado puesto que efectivamente el derecho no tiene ni puede proteger toda aflicción humana, sino solo aquellas que se derivan de la violación de uno de los derechos que el mismo consagra, de esta manera, así como el derecho a indemnización de daños y perjuicios, tiene lugar a raíz de una afeción a un derecho patrimonial, el daño moral también debe tener lugar en virtud de una afeción a un derecho no patrimonial del afectado, puesto que bien puede existir una acción antijurídica que cause esta angustia a la que se refiere el Código Civil, y sin embargo puede ser que dicha acción no fue dirigida en contra de algún derecho reconocido, causando así que no exista lugar para la acción de indemnización por daño moral.

Debemos también distinguir lo que es el daño, de lo que es la actividad dañosa, es decir, existe claramente una distinción entre una actividad y su resultado, lo cual dentro de la presente figura resulta de ser de una importancia muy notable. Naturalmente no puede haber daño sin una actividad dañosa que lo cause y un sujeto imputable a la misma, sin embargo, esta situación adquiere una matiz distinta en el daño moral. Cuando se habla de daños patrimoniales, la indemnización de daños y perjuicios, consistente del daño emergente y lucro cesante, se cuantifica únicamente en base al resultado de la actividad dañosa que provocó un detrimento pecuniario, esto en virtud que esta acción busca reparar íntegramente el patrimonio del sujeto perjudicado; más en la indemnización por daño moral “se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona, de un derecho subjetivo que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en mas o en menos.”<sup>8</sup> Por lo tanto, conceptualmente tenemos que reconocer que el daño moral, aunque tiene una causa y efecto, estas parecen mezclarse en cuanto a su determinación, puesto que a diferencia del daño patrimonial, la acción importa tanto como el daño que la misma genera y viceversa, complicando aún más el aspecto de su determinación, situación que la veremos más adelante.

En base a lo establecido debemos también distinguir que el daño moral, conceptualmente puede ser directo o indirecto. Es directo cuando la actividad

---

<sup>7</sup> ZANNONI, Eduardo. “El Daño moral en la Responsabilidad Civil” Pág. 290

<sup>8</sup> ZANNONI, Eduardo. “El Daño moral en la Responsabilidad Civil” Pág. 293

dañosa fue dirigida específicamente a un derecho no patrimonial de la persona, tales como la honra, el buen nombre, el derecho a la intimidad, etc. Al verificarse en este sentido la actividad dañosa, el daño se refleja exactamente en el ataque al bien no patrimonial; mientras que el daño moral indirecto es aquel en el cual la actividad dañosa está dirigida a un bien o derecho patrimonial, pero que al ser este afectado provoca simultáneamente un daño moral por consecuencia de ese daño patrimonial. Esta última clase de daño lo revisaremos y de ser necesario lo ejemplificaremos más adelante.

## **1.2. Características**

Siguiendo con el presente estudio, nos corresponde ahora referirnos a las características tanto de la mediación como del daño moral. Sobre la mediación, entre las características más importantes son el elemento del mediador, la transigibilidad de las materias sometidas a mediación y finalmente la característica de dar fin al conflicto; sobre el primero ya se hizo una referencia acerca de su importancia en el apartado anterior, y de la conceptualización de los autores se pudo ver que es la característica que prácticamente le da el nombre a la mediación; por lo tanto, a continuación hablaremos brevemente acerca del elemento transigible en la mediación.

La ley indica que el conflicto sobre el cual versa la mediación debe ser de carácter transigible. Por materia transigible se entiende todo aquello que la ley permite solucionar mediante acuerdo entre las partes sin la intervención necesaria de los órganos jurisdiccionales; por lo tanto se debe tomar siempre en cuenta esta limitación que tiene la mediación, que por razones de orden público no puede resolver problemas en los cuales se involucre un interés superior que el legislador ha considerado que debe ser tratado necesariamente en la justicia ordinaria.

Nuestro sistema jurídico, por obvios fines útiles y prácticos, antes que proporcionar una larga lista de materias transigibles, indica en sus distintos cuerpos legales cuando una materia es de naturaleza intrasigible, así por ejemplo tenemos el artículo 16 del Código de la Niñez y Adolescencia indica que “por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden



público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.”<sup>9</sup> También existen leyes que si bien no tienen el carácter de no transigible, expresan su irrenunciabilidad, tal es el caso del artículo 5 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y Familia, el cual expresa lo siguiente: “Las disposiciones de esta ley prevalecerán sobre otras normas generales o especiales que se las opongan. Los derechos que se consagran en esta ley son irrenunciables.”<sup>10</sup> De la misma manera tenemos el artículo 4 del Código de Trabajo que señala: “Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.”<sup>11</sup>

Resultan importantes estas ejemplificaciones puesto que aunque el carácter de no transigible puede no estar directamente expresado en una ley, como vemos de los artículos citados, algunas leyes tienen el carácter de irrenunciable, con lo cual se entiende que en ningún caso se pueden atentar contra los derechos ahí establecidos. Esta situación tiene relevancia en mediación puesto que en base a estas disposiciones se puede inferir si una materia es transigible o no, y al respecto podemos decir, que las leyes que gozan de la característica de irrenunciables dibujan el límite de lo transigible precisamente en la línea de los derechos que consagran, es decir, estas leyes permitirían la mediación y por lo tanto un acuerdo en esta materia, siempre y cuando no conlleve la renuncia de los derechos que otorga. Este carácter de transigible es lo que, como se verá más adelante, funge de sustento para la aplicación de la mediación en una gran diversidad de distintas materias.

Finalmente tenemos como una de las características importantes de la mediación, la capacidad que tiene para finalizar los conflictos. Esta característica se fundamenta primeramente en el artículo 190, inciso primero de la Constitución que reza lo siguiente: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicaran con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.” Siguiendo así, más concretamente el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica en su enunciado y su inciso tercero: “El procedimiento de

---

<sup>9</sup> “Código de la Niñez y Adolescencia”, Registro Oficial 737 de 3 de Enero de 2003

<sup>10</sup> “Ley contra la Violencia de la Mujer y Familia”, Registro oficial 839 del 11 de Diciembre de 1995

<sup>11</sup> “Código del Trabajo”, Registro oficial 167 del 16 de Diciembre de 2005.

mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. (...) El acta de mediación en el que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutara del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.” Este artículo de la ley en cuestión es sin duda uno vital para este proceso, pues es en sí el artículo que le da validez y eficacia jurídica a la mediación.

Es indiscutible que la característica más valorable de la mediación es la agilidad que posee para la solución de conflictos, esta agilidad precisamente se da gracias a que las audiencias de mediación no requieren mayor formalidad y más aún por el artículo arriba citado. No muchas veces podemos ver en nuestro ordenamiento jurídico que exista una gran agilidad al momento de aplicar el derecho objetivo, por lo cual, el hecho que la acta de mediación tenga efecto de sentencia ejecutoriada de última instancia y que se ejecute como tal, significa un enorme avance en materia procesal, ya que incluso los tramites ejecutivos, en la vida práctica, no gozan de la agilidad que el Código de Procedimiento Civil dispone. Así mismo, más allá de la agilidad de la mediación, la característica del acta de mediación brinda una seguridad jurídica prácticamente total para las partes, las cuales una vez que hayan llegado a un acuerdo, pueden tener la certeza que lo acordado se cumplirá al tenor de lo establecido, situación que esta por mucho en un nivel más avanzado que un contrato bilateral o que un acuerdo transaccional que en primer lugar, para tener una cierta validez requiere al menos reconocimiento de firma de las partes ya sea ante notario o ante juez, situación que muchas veces puede resultar dificultosa; mientras que, el acta de mediación, firmada en conjunto con un mediador acreditado, se presume legítima y no necesita nada más salvo alguna disposición reglamentaria de cada centro de mediación para ejecutarse.

Así mismo, se debe recalcar el elemento de cosa juzgada del cual habla el citado artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La cosa juzgada es una figura jurídica que tiene por objeto establecer seguridad jurídica en un sistema de derecho al no permitir que un conflicto legal, después de ya haber sido resuelto judicialmente, pueda ser demandado y por lo tanto sometido nuevamente a

conocimiento de las autoridades jurisdiccionales, prolongándose así indefinidamente; esta figura nace precisamente cuando una sentencia se encuentra ejecutoriada, y da lugar a la llamada excepción de cosa juzgada contemplada en el artículo 297 del Código de Procedimiento Civil que dispone que “La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en derecho. En consecuencia no podrá no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la identidad de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.”<sup>12</sup>

Por lo tanto, a más de la celeridad y eficacia con la cual se puede ejecutar una acta de mediación, el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada significa que aquello que ya ha sido resuelto mediante un acuerdo suscrito en un acta de mediación, ya no puede ser conocido ni tratado en la justicia ordinaria, lo cual reafirma la seguridad del proceso de mediación y su validez dentro de sistema jurídico en general; todo esto, claro está, salvo las excepciones establecidas en las distintas leyes especiales, así también siempre que no se hayan renunciado derechos que no podían ser objeto de tal renuncia mediante acuerdo.

Pasando nuevamente ahora al daño moral, revisaremos las características más importantes del mismo y que por lo tanto se verifican con mayor relevancia en la práctica jurídica de dicha figura.

Como ya se venía diciendo, la característica fundamental del daño moral es que involucra un interés no patrimonial y que por lo tanto no se puede verificar de manera objetiva tanto en la vida común como en el derecho. Esta figura, que parecería a primera vista no tener lugar dentro del ámbito civil, el cual se enfoca directamente hacia el carácter pecuniario del derecho, es sin embargo una figura que busca abarcar los espacios vacíos del derecho, y más como lo establece el propio Código Civil en su artículo 2229 el cual reza que “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta.” Entonces, de lo establecido en dicho artículo tenemos que necesariamente inferir que la palabra daño no solo implica situaciones

---

<sup>12</sup> “Código de Procedimiento Civil” Registro Oficial 58. 12 de Julio de 2005.

patrimoniales sino cualquier situación en general, ocasionando que por lo tanto un daño moral causado también tenga que ser reparado, y por consiguiente su regulación en artículos posteriores.

Ahora bien, su característica fundamental de ser no patrimonial no presenta dificultad en cuanto a la verificación del daño o de la actividad dañosa que causa un sufrimiento a una de las esferas personales de un individuo, sino más bien, esta situación de no patrimonial genera controversias de gran calibre al momento de cuantificar ya sea la forma de reparar dicho daño, o el monto pecuniario que se reclamaría.

Nuestro Código Civil de hecho maneja una concepción un poco antigua acerca de la reparación de daño moral, puesto que a primera vista podemos ver que existe una contradicción en cuanto ideas conceptuales y prácticas puesto que, si decimos que el daño moral es una afección no patrimonial, mal cabría considerar que la acción de daño moral “da derecho para demandar indemnización pecuniaria”, según el artículo ya citado de nuestra ley civil. Esta situación ocurre en virtud que, al no tener otra opción viable por su propia naturaleza, el legislador del Código Civil vio como única alternativa para restituir este daño moral una demanda de carácter pecuniario; este valor pecuniario no tiene un carácter reparatorio como en el caso de la indemnización de daños y perjuicios en la cual efectivamente se restablece lo dañado, sino que aquí, el valor pecuniario es una especie de compensación por el dolor o angustia causada, es decir, que se intenta reparar un perjuicio no patrimonial con bienes patrimoniales que en primer lugar pueden servir como sanción al imputado, y en segundo lugar como premio de consuelo al ofendido.

Es aquí donde varias posiciones doctrinarias se han encontrado, unas defendiendo la situación de que “lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo de autor”<sup>13</sup>; y otras sosteniendo que “se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le

---

<sup>13</sup> Ripert, George: “La Regla Moral en las obligaciones Civiles” Editorial Gran Colombia. 1946 Colombia. Pág. 267.

fueron afectadas.”<sup>14</sup> Ante estas dos posiciones se puede decir, al menos respecto desde el punto de vista de nuestra legislación, que los dos están de cierta manera equivocados o al menos incompletos. En el caso de la posición del daño moral como castigo no basta más que decir que en primer lugar al Código Civil no le compete establecer penas o sanciones en virtud de ilícitos que en su mayoría pasan a ser de carácter penal, y además de todo, en caso de concebir posible lo primero, resultaría una incoherencia terrible y una inseguridad jurídica enorme, el que no exista una manera de cuantificar esta supuesta pena o sanción que es la indemnización por daño moral, siendo así que ninguna persona pudiera saber ni con un mínimo grado de certeza a que consecuencias se puede atener en caso de cometer un daño no patrimonial a una persona tomando en cuenta lo variable que este puede ser.

Así mismo, ante la segunda posición referente a que esta indemnización aquí estudiada tiene como objeto una compensación satisfactoria del ofendido, se tiene que resaltar que es sin duda algo muy simplista y de poco sentido asumir que en todos los casos posibles, una indemnización pecuniaria será la mejor alternativa para restituir el daño extra patrimonial que pudo sufrir una persona, y por lo tanto limitarla únicamente a poder demandar un resarcimiento de esta manera significa una vulneración de los derechos de la persona a una vida digna y su derecho a la integridad, además de su buen nombre que sin duda como ya se verá más adelante puede ser restituido en proporciones iguales al daño causado.

A lo que acabamos de decir, efectivamente se puede contraponer el hecho que en ocasiones es imposible reparar el sufrimiento que una persona pudo haber experimentado a consecuencia de un acto ilícito, lo cual es plenamente aceptable y no se pretenderá negarlo aquí. Ante estas circunstancias o casos extremos que se nos pueden venir a la mente, resulta consecuente aplicar la normativa jurídica disponible a fin de no dejar sin tutela jurídica el daño provocado; sin embargo, como ya se dijo anteriormente cuando se desvirtuaban las posiciones doctrinarias del daño moral como una pena o composición, es la cuantificación del daño moral lo que significa un reto jurídico.

---

<sup>14</sup> ZANNONI, Eduardo. “El Daño en la Responsabilidad Civil”. Pág. 305

El ya citado artículo 2232, en su inciso tercero expresa que “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.” Es precisamente este artículo, (o la falta de siguientes sobre el tema) lo que ha dado lugar para distorsiones sobre la cuantificación del daño moral, puesto que las autoridades jurisdiccionales no tienen ni un mínimo de referencia para empezar a determinar a su prudencia, el valor al cual corresponde dicha indemnización, tomando en cuenta que la única referencia que da el artículo se refiere a lo establecido en el primer inciso del mismo artículo, inciso que únicamente expresa que la acción indemnizatoria por daño moral opera cuando se justifique la gravedad del perjuicio causado y de la falta; continuando así sin ofrecer parámetros o criterios que delimiten la suma pecuniaria.

Por lo tanto, vemos que le corresponde al juez determinar en primer lugar si la actividad dañosa y el daño son de una gravedad notable, y en segundo lugar, establecer el monto que se debe pagar en caso de que se verifique el primer elemento con referencia al demandado; ahora bien, aunque la disposición recientemente citada es incompleta en cuanto a brindar parámetros de determinación, la misma es suficiente en cuanto a la forma de determinar, es decir, al establecer que es únicamente el juez a su sola prudencia quien determinara el valor, dejando así aparentemente imposibilitada la alternativa que nos da el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil que dice: “Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, si esto no fuere posible, se fijara las bases para la liquidación y el modo de verificarla.” Entonces se puede ver que el juez en sentencia necesariamente debe establecer un valor a pagar sin poder delegar la misma a ninguna otra persona como un perito liquidador lo hace en los casos expresados en el mismo artículo.

La única referencia que legalmente se tiene y es a la cual han acudido los jueces en nuestro medio es a lo que disponen los artículos 60 y 66 del Código de Procedimiento Civil. El primero se refiere a la cuantía, estableciendo que la jueza o juez sustanciara la causa según la cuantía fijada por el actor; y el segundo se

refiere al concepto de demanda, el cual lo define como “el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.” En base a esto, se conoce que el juez puede resolver en sentencia únicamente lo solicitado en la demanda, puesto que en caso contrario incurriría en los llamados vicios de juzgamiento; y así mismo como ya conocemos, dentro de la demanda se debe especificar de ser posible la cuantía del juicio, la misma que en los casos de demandas por indemnización de daño moral ha sido la que ha marcado la pauta para su cuantificación, ya que, al ser potestad del actor establecer la cuantía, y por estar el juez obligado a sustanciar la causa en base a esta y no poder faltar ni excederse de la misma al estar también establecida dentro de la demanda.

Empero, ante esta situación que se ha venido verificando ya continuamente, lo que se debería hacer, aplicando de una forma correcta las disposiciones jurídicas, es que el juez no debería aceptar un valor específico en la cuantía presentada en la demanda en virtud del artículo 61 inciso segundo el cual establece: “Si la demanda versa sobre derechos de valor indeterminado a los que no pudiera aplicarse lo dispuesto en el inciso anterior, en lo relativo a la concesión de los recursos, se considerará como que la cuantía pasa de los quinientos dólares de los Estados Unidos de América.” El daño moral como ya se venía diciendo hace referencia al daño a un bien no patrimonial, por lo cual no resulta lógico establecer una cuantía según lo dispuesto en este último artículo citado, y para complementarlo está el inciso segundo del ya citado artículo 60, el cual especifica que la manera para determinar la cuantía consiste en el capital, sus intereses pactados en el documento sustento de la demanda y en sus frutos, situaciones estas que ninguna se acopla ni de manera cercana, a la naturaleza del daño moral.

En conclusión, podemos decir aquí que la manera correcta de tramitar estas demandas sería el establecer una cuantía indeterminada, lo cual no significa que la indemnización no tenga un valor apreciable en dinero, situación que como ya vimos, aunque puede no ser del todo correcta, existe sin embargo en nuestro ordenamiento, más lo que se quiere dejar sentado aquí es que si bien la cuantía del daño moral es indeterminada, esta es determinable según las circunstancias que el juez verifique ya en juicio.

### 1.3 Posiciones Doctrinarias.

Entre los distintos estudiosos que han tratado unos, el tema de la mediación, y otros el del daño moral, existen ideas importantes que nos servirán de guía para los futuros capítulos de este trabajo de grado; estos puntos no nos enseñaran solo las buenas cualidades sino también las falencias de los temas que aquí tratamos, situación que es beneficiosa en virtud de que permite un acercamiento a estos problemas y a sus posibles soluciones.

Empezando nuevamente por la mediación, ya no cabe aquí seguir listando una serie de conceptos por parte de reconocidos autores, sino más bien, aquí citaremos y comentaremos la posición que puede tener este mecanismo de solución de conflictos en la sociedad actual, así también como las opiniones que dichos autores tengan en virtud de su experiencia.

Los autores Caviano, Gobbi y Padilla, empiezan su libro “Negociación y Mediación” diciendo que la iniciativa por mejorar los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos nacen como “consecuencia de la crisis del sistema estatal de administración de justicia.”<sup>15</sup> Este comentario sin duda se podría decir que se aplica a muchos países y a muchos sistemas de justicia estatal, claro está, sin obviar el nuestro. Entonces, la mediación además de ser vista como una figura jurídica, tiene que ser vista como un remedio ante la rigidez y en ciertas ocasiones, ineficacia de la justicia ordinaria, la cual opera en base a leyes que si bien fueron hechas por un legislador con el fin de ser justas, estas no siempre lo son, e incluso cuando puedan serlo, su aplicación en un juicio puede todavía no ser justa y variar según los distintos elementos que se verifican en el juicio, tales como el criterio de aplicación e interpretación del juzgador o simplemente por los elementos probatorios que se presenten y que no siempre se encuentran en igualdad de condiciones para todas las partes.

Existe también otro supuesto que refuerza la figura de la mediación como una necesidad en un sistema jurídico, y este es que los conflictos legales están lejos de

---

<sup>15</sup> CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto: “Negociación y Mediación” Editorial: AD-HOC Buenos Aires-Argentina. 1997 Pág. 28



ser siempre los mismos y de exigir la misma respuesta por parte del aparato jurisdiccional del estado. Con esto no se debe entender tampoco que lo que se está diciendo es que la justicia ordinaria y las leyes procesales en general no realizan distinción en cuanto a los conflictos legales, lejos de eso, nuestro Código de Procedimiento Civil contempla una gran variedad de distintos trámites legales que se deben seguir dependiendo de la naturaleza de caso; mas aquí lo que se sostiene es que el grado de conflictividad interno (si se lo puede llamar así) de los juicios sometidos a conocimiento de la justicia estatal puede variar notablemente dependiendo de distintos factores.

Por grado de conflictividad interno podríamos entender la necesidad o falta de la misma de que un conflicto jurídico tenga que ser conocido por una autoridad jurisdiccional, para que mediante las reglas del debido proceso, administre justicia declarando con o sin lugar una pretensión determinada; en otras palabras, a pesar de que todo conflicto puede ser demandado ante la justicia ordinaria, existirán sin duda algunos en los cuales no sea posible solucionarlos sin la intervención de un Juez, mas habrán otros, que aunque en un principio no lo parezcan, podría solucionarse de maneras alternativas, como por ejemplo con un acuerdo de las partes en mediación.

Es así precisamente como se plantea la teoría de que los medios alternativos de solución de conflictos no deben trabajar de una manera independiente o apartada de la justicia ordinaria sino más bien lo ideal sería ver a “los medios alternativos como una malla protectora de la justicia que retenga asuntos que no requieren el desgaste del sistema tribunalicio”.<sup>16</sup> Con este supuesto, no solo se fortalecería la figura de la mediación, sino que conjuntamente con este paso, se lograría al menos un descongestionamiento de la justicia ordinaria, la cual muchas veces se ve ofuscada ante la magnitud de procesos legales, además que, como un punto que nunca puede dejar de ser importante, se empezaría por sembrar la tan llamada cultura de paz que rezan las constituciones de los distintos países y que buscan un sistema de justicia que intervenga lo menos posible en la sociedad.

---

<sup>16</sup> CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto: “Negociación y Mediación”  
Pág. 46

En lo referente al daño moral, citaremos de la misma manera, críticas y opiniones acerca de cómo se debe manejar un tema tan complejo. El estudioso Jorge Zavala Baquerizo expresa que “El Juez Civil no puede entrar a conocer de un asunto que diga relación con la existencia o la inexistencia de la infracción o con la culpabilidad de sus autores.”<sup>17</sup> Este criterio es uno muy interesante y que aquí se expresa por su validez y nivel de acierto. Efectivamente, si bien la figura del daño moral se encuentra contemplada en nuestro Código Civil, esto no significa que el propio juez civil deba ser quien decida sobre la existencia de la infracción y menos aún sobre la responsabilidad del demandado, esto debido a que los ilícitos mediante los cuales se configura el daño moral, según la ley Civil, son infracciones de carácter penal, y las cuales en atención a los principio del debido proceso deben ser tramitadas ante el respectivo juez o tribunal de garantías penales, tal como se encuentra contemplado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal: “Solo los jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales establecidos de acuerdo a la constitución y las demás leyes de la república ejercen jurisdicción en materia penal.”<sup>18</sup>

Por lo tanto, al juez civil únicamente le compete establecer el monto de la indemnización por daño moral, pero tal situación debería proceder únicamente después de existir una sentencia penal ejecutoriada que confirma la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, es decir, aunque actualmente no existe tal mandato legal al respecto, correspondería establecer prejudicialidad penal para los casos de Daño Moral. Ahora, si bien el art. 67 del Código Penal establece que existe independencia entre la acción penal y la acción civil mediante la cual se reclaman los perjuicios, la misma, a nuestro criterio debería al menos en lo referente al tema en cuestión, sujetarse a la prejudicialidad ya referida; más aún, inclusive en su inciso segundo el art. 67 del C.P. Penal sostiene que “Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito (...)” Entonces con esto vemos que la ley incluso va más allá de la prejudicialidad al otorgarle al juez penal una atribución sobre un aspecto civil, y aunque en el presente tema sostenemos que el juez civil es el único competente para cuantificar la

---

<sup>17</sup> ZAVALA, Jorge citado por TORRES, Efrain: “El Daño Moral” Editorial: Fondo de Cultura Ecuatoriana. Pág. 109.

<sup>18</sup> Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemente 544 9 de Marzo de 2009

indemnización por daño moral, el mencionado artículo nos deja ver la importancia del juez penal como único sujeto competente de determinar la existencia del delito y la responsabilidad de los infractores, y que solo después de tal acción, pueda determinar el valor correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios.

Una sentencia de Casación Colombiana de la misma manera ha expresado lo siguiente: “Esta Jurisprudencia Colombiana determina con absoluta claridad que la reparación de daños morales es totalmente independiente de la aplicación de la ley penal.”<sup>19</sup> Con esto vale la pena que recalquemos como no solo en nuestro medio, desde una correcta interpretación a las normas tanto civiles como penales, la figura del daño moral tiene dos facetas, compuestas por un lado por la actividad dañosa o el acto ilícito, y por otro lado el daño en sí o el monto de indemnización correspondiente por el ilícito sufrido.

Con estas características precisamente definidas y revisadas podemos orientar mejor la propuesta que en capítulos siguientes se realizará ya que no se quiere dejar aquí, en la medida de lo posible, vacíos que posteriormente den lugar a refutaciones que invaliden esta iniciativa por incurrir en contradicciones legales, además que, no solo se debe evitar equivocaciones, sino mejorar el procedimiento con el cual se trata esta figura legal.

#### **1.4 Situación Actual.**

Resta antes de expresar las respectivas conclusiones de este capítulo, dar un comentario acerca de la situación actual de las figuras jurídicas que aquí estudiamos, puesto que, resulta necesario revisar la manera en que estas materias se desarrollan actualmente en nuestro sistema a fin de demostrar que la propuesta del presente trabajo de grado se justifica y que por lo tanto, su aplicación supondría un mejoramiento al sistema de justicia.

Por el lado de la mediación se puede decir que actualmente se lo toma como un método de solución de conflictos de pequeña índole en su mayoría de casos, entre los cuales podemos nombrar los casos de pensiones alimenticias o conflictos

---

<sup>19</sup> Sentencia de Casación de 27 de Septiembre de 1874 GJt. XLVIII p 251. Citada por TORRES, Efrain: “El Daño Moral” Pagina 127.

civiles contractuales de cuantías pequeñas. Esta situación evidencia la falta de popularidad de la mediación en vista de que, prácticamente se asocia la sencillez de este proceso con la idea de que en mediación solo se resuelven conflictos sencillos, y que al no existir un tercero revestido de poder jurisdiccional, parecería imposible la satisfacción del derecho que las partes consideran les corresponde.

Por lo tanto, vale la pena decir que actualmente la mediación, más allá de las limitaciones que tiene como método voluntario de resolución conflictos, se encuentra con un impase social, al ser considerado en primer lugar, un método ineficaz en cuanto a su capacidad para resolver conflictos de gran escala, y en segundo lugar, el no ser considerada como una verdadera opción entre los ciudadanos en general, principalmente por el deseo de intentar obtener el mayor beneficio posible ante la presencia de una disputa en derecho.

En el ámbito del daño moral, esta es una figura jurídica que al menos en nuestro medio no tuvo el realce que en los últimos tiempos ha adquirido, ya sea por la promulgación de nuevas leyes que tratan de manera muy seria los actos ilícitos de la difamación o afectación a la honra de las personas, o ya sea por haberse generado una especie de mimetización de la forma en cómo otros ordenamientos jurídicos llevan esta figura.

Cualquiera de estas circunstancias ha conllevado una desfiguración de lo que verdaderamente tiene por objetivo la indemnización por daño moral, puesto que como ya lo expresamos, al ser este daño tan subjetivo y sin parámetros para su cuantificación, las demandas propuestas por dicha indemnización han tenido cuantías exuberantes, irreales y sin duda absurdas. Hoy en día lo primero que se piensa cuando se escucha que existe una demanda por daño moral es en la costosa cuantía que debe tener la misma, mas nunca en una pretensión que verdaderamente busque la reparación íntegra de la moral afectada.

Esta situación naturalmente va de la mano con el derecho constitucional de la gratuidad de la justicia, ya que anteriormente, la tasa a pagarse por la presentación de una de demanda se fijaba en base a la cuantía establecida, y por lo tanto dicha cuantía debía ser calculada con mayor precisión y buscando que sea real y acorde al conflicto.

Cabe además recalcar, que si bien es conocido que los estudios acerca de la figura del daño moral son extensos y varios autores se han dedicado a tal tema, es evidente la falta de regulación normativa en nuestro sistema jurídico, mismo que en el ámbito del Código Civil no ha tenido reformas ni adhesiones en ya muchos años, y por el ámbito del Código Penal, no ha tenido sino reformas en cuanto a delitos que si bien causan mayor alarma social, ya se encuentran desde un punto de vista jurídico, correctamente regulados.

Como ya veremos más adelante, actualmente no existe una opción legal expresa que permita guiar a las partes a una búsqueda de una reparación íntegra del daño moral, por lo cual el caso que se presentará en capítulos posteriores, es una notable excepción que contrasta con la situación actual de la indemnización por daño moral.

### **1.5 Conclusiones.**

Para finalizar este capítulo daremos aquí las respectivas conclusiones que se puedan tomar de lo estudiado hasta el momento, las mismas que aquí las orientaremos ya de una manera conjunta de las dos figuras que aquí revisamos.

Según lo visto, sabemos que la mediación es un método efectivo de solución de conflictos y que a pesar de sus limitación y falta de acogida, puede generar beneficios que van más allá de la simple contienda judicial, sino beneficios a las relaciones entre las partes, su tiempo y los recursos que las mismas invierten.

Por las propias limitaciones de la mediación y por la naturaleza propia de cada conflicto, es necesario que exista un órgano jurisdiccional, sin embargo, esto no excluye el hecho que la mediación no pueda asistir a este órgano jurisdiccional ya sea filtrando las causas factibles de solucionar con el simple dialogo, o reduciendo el número de puntos en los cuales se traba la litis.

Entonces, como un método eficaz de solución de conflictos que así mismo colabora con la justicia ordinaria, la mediación no debe sino ser reforzada en todos los aspectos que sea posible, ya que como vio anteriormente, el sistema estatal de justicia, aunque suene irónico, no puede mantenerse a sí mismo, o al

menos no de una manera correcta, razón por la cual la búsqueda de alternativas es indispensable para que el sistema judicial no colapse sobre sus propias bases.

De la misma manera, este sistema judicial no se puede mantener en un camino correcto, si es que el mismo permite que existan figuras jurídicas que lo desestabilicen, es decir, que contraríen su objetivo de buscar una justicia plena, situación que a nuestro criterio ocurre con la actual regulación del daño moral.

El daño moral supone un brazo más del derecho que busca proteger hasta el último derecho o interés de un ciudadano en el caso de haber sido vulnerado, sin embargo, su deficiente regulación es precisamente la que puede justificar demandas por cantidades de dinero que en teoría pueden acabar financieramente con la persona contra quien se dirige dicha demanda; y precisamente por la forma en la cual se desenvuelve nuestro sistema jurídico, esta falta de regulación encierra al derecho para aplicarse de una manera legal, pero que no es justa.

En conclusión, en este capítulo hemos demostrado que las dos figuras que aquí se estudian tienen, en primer lugar, una importancia notable dentro del derecho y; en segundo lugar, una necesidad de ser estudiadas más a fondo a fin de proponer formas en las cuales se pueda desarrollar el potencial que ya de manera individual tienen, sin dejar de lado que el principal punto de este trabajo de grado será el demostrar la compatibilidad que tienen estas figuras a fin de aplicarlas conjuntamente en busca de soluciones más acertadas en derecho.

## **CAPITULO 2**

### **LA MEDIACION Y SUS TIPOS DE APLICACIÓN**

#### **2.1 Introducción**

En el presente capítulo nos corresponde tratar acerca de las materias dentro del derecho en las cuales la mediación no solo tiene cabida, sino que, ha demostrado ser especialmente efectiva. El objetivo de este capítulo será demostrar la manera en la cual la mediación se desenvuelve dentro de las distintas áreas jurídicas consiguiendo notables resultados, y de cómo, juntamente con los respectivos cambios o adecuaciones, la mediación se puede aplicar correctamente a los conflictos de daño moral. En este contexto se revisaran también las distintas estrategias de mediación que son las que permiten al mediador influir en las partes para que las mismas decidan llegar a un acuerdo.

Aunque la mediación, como ya se vio anteriormente, puede ser aplicada en toda materia que sea susceptible de transacción, aquí nos referiremos únicamente a aquellas de mayor relevancia dentro de la vida práctica jurídica, esto no solo por su relieve social, sino debido a que además nos permite justificar la iniciativa de aplicar la mediación en el daño moral, situación que resultará más sencilla de concebir después de presente capítulo.

#### **2.2 Mediación Familiar**

Por mediación familiar nos referimos a los acuerdos orientados a resolver los conflictos jurídicos que ocurren dentro del núcleo familiar, pero no solo con el fin de solucionar las situaciones jurídicas en cuestión sino buscando que las mismas afecten en lo menos posible las relaciones personales entre los miembros de la familia.

La mediación al ser un proceso bastante informal y voluntario permite evitar las asperezas que surgen cuando se litiga en la justicia ordinaria, puesto que en

mediación las partes tienen el protagonismo y pueden tratar los puntos que les parezcan convenientes, los mismos que si bien están orientados a soluciones jurídicas, pueden aclarar situaciones personales y sentimentales en el transcurso de la mediación; todo esto tomando en cuenta “lo delicado del conflicto familiar debido a la cercanía de sus miembros o componentes, sea por intereses o convivencia de las partes”<sup>20</sup>, situación que evidencia una necesaria preparación profesional del mediador para lidiar con dichas situaciones.

La mediadora Lisa Parkinson nos brinda una lista ilustrativa de las diferencias o más bien ventajas de la mediación familiar frente a la litigación, entre las cuales destacamos especialmente “1. Los participantes se hablan y se escuchan el uno al otro; 2. Reduce las diferencias, tiende puentes; 3. Informal, confidencial y flexible; 4. Resuelve el conflicto y reduce las tensiones.”<sup>21</sup> Todas estas características de la mediación familiar favorecen en un amplio plano a las relaciones personales de los tratantes puesto que en cuestiones de familia, el contacto entre las partes no finaliza con la conclusión del proceso legal, por lo cual las partes deben convivir en armonía junto con la situación jurídica que se haya acordado en mediación.

Para finalizar con el tema de la mediación en materia de familia, cabe recalcar que el mediador, quien como ya hemos visto es un profesional debidamente preparado para guiar a las partes a un acuerdo sin intervenir directamente en su decisión, es un sujeto que en cuestiones de familia resulta ser más eficaz que la simple asesoría jurídica de un profesional del derecho pueda brindar a las partes, esto debido a que el mediador de ninguna manera se concentrará únicamente en la situación jurídica de las partes, sino que procurará que las mismas se mantengan en un estado de armonía promovido por un diálogo organizado, esto permite que las partes no solo reciban una explicación a veces no muy bien entendida de una serie de normas jurídicas, sino que encuentren un interés común bajo el cual están de acuerdo y que el mismo se acopla a una norma jurídica, y no viceversa.

---

<sup>20</sup> CASTILLO, Silvio: “La Mediación, una alternativa” H. Corte Superior de Justicia de Machala. Ecuador. 2006. Pág. 31

<sup>21</sup> PARKINSON, Lisa citada por CASTILLO, Silvio: “La Mediación, una alternativa” Pág. 33



### **2.3 Mediación en Niñez y Adolescencia**

Así como en los aspectos de familia que acabamos de comentar, la mediación ha tenido un gran margen de aceptación y de aplicación en la rama de los temas referentes a Niñez y Adolescencia, siendo estos tipos de casos los más comúnmente resueltos en los procesos de mediación, precisamente como se ha venido diciendo, gracias al aspecto personal, confidencial y extrajudicial que la mediación facilita a las partes.

Siendo el tema de Niñez y Adolescencia un eje fundamental del tema familiar, la mediación busca solucionar aspectos legales intentando mantener las relaciones personales entre las partes involucradas y “se inscribe en la línea de ayudar a los adultos a llevar a cabo su proceso (...) de una manera menos destructiva y menos dolorosa.”<sup>22</sup>

En este tema, se debe nuevamente declarar que, si bien el carácter de interés superior y la irrenunciabilidad de los derechos de los niños y adolescentes parecería no permitir la aplicación de la mediación en este tipo de conflictos, no basta más que recordar lo que se explicó en el capítulo precedente acerca de la transigibilidad de los temas sometidos a mediación, donde se indicó que la transigibilidad y la irrenunciabilidad de los derechos marcan una línea límite hasta la cual puede llegar la mediación, lo cual sin embargo, no excluye la posibilidad que en mediación se traten temas que no supongan el detrimento o perjuicio de los derechos consagrados, en otras palabras, en mediación se pueden tratar todos los temas deseados, siempre y cuando los acuerdos alcanzados no se encuentren más allá del límite legal.

Los casos más comunes que se suscitan en los centros de mediación sobre temas de Niñez y Adolescencia son los correspondientes a fijación de pensiones alimenticias, pensiones de ayuda prenatal y regímenes de visitas. Como ya es conocido, en nuestro país, el Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia emitió la tabla de pensiones alimenticias mínimas que es utilizada para la determinación de

---

<sup>22</sup> VARGAS, Paves Macarena: “Los Niños en la Mediación Familiar” Documento virtual en línea disponible en <http://www.sisman.utm.edu.ec/> Recuperado 3 de Marzo, 2014. Pág. 8.

este derecho, la cual se fundamenta también en lo establecido en el art. 135 de Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que hace referencia a la forma de determinar el monto correspondiente a las pensiones alimenticias.

Esta tabla de pensiones alimenticias a la cual nos referimos es la base sobre la cual la mediación procede en esta materia, puesto que, los montos establecidos en la misma, suponen los valores mínimos a los cuales tiene derecho el alimentado, razón por la cual, llegar a acuerdos que supongan valores inferiores significaría una renuncia a los derechos del menor involucrado en el proceso de fijación de alimentos para su desarrollo íntegro. Entonces, teniendo siempre en cuenta las limitaciones legales, la audiencia de mediación brinda a las partes la posibilidad de encontrar un punto equilibrado entre las necesidades del alimentado y la capacidad económica del obligado, siendo así que el éxito de la mediación en este tema radica en que dicho punto de equilibrio no se alcanza mediante elementos probatorios dirigidos únicamente sobre la situación económica del alimentante sino más bien en base al conocimiento de las circunstancias reales que las partes conocen entre sí y evitando distraerse del principal objetivo que es la manutención y desarrollo del menor.

Más aun, dentro del proceso de mediación existe la facultad legal de, además de la determinación de la pensión alimenticia, realizar el reconocimiento voluntario de la paternidad y establecer la filiación según lo dispuesto en el artículo 24 letra b del Código Civil; estos acuerdos suscritos conjuntamente con el mediador son plenamente válidos después de ser aprobados por el Juez de la Familia Niñez y Adolescencia que corresponda según sorteo de ley.

Otro aspecto importante que toma lugar en las mediaciones del tema que estamos tratando es la fijación del régimen de visitas entre progenitores y los menores. Aunque aparenta ser un tema de no mucha relevancia, muchos acuerdos en mediación se pueden ver ofuscados debido a este tema en particular, ya sea debido a la falta de acuerdo sobre las circunstancias bajo las cuales se harán las visitas, o debido a la discrepancia entre los acuerdos alcanzados por los padres, y la opinión de los hijos.

Sobre este último punto cabe dejar señalado un tema de debate que algunos doctrinarios ya han planteado anteriormente dentro del tema de la mediación en

Niñez y Adolescencia, el cual es sobre la participación de los menores en las audiencias y en los acuerdos de mediación. Muchos autores coinciden en que las partes directamente involucradas en el conflicto son los padres y por tal razón “Tomar la decisión de separarse como todos los pormenores de cómo hacerlo, incluyendo las decisiones respecto a la residencia y cuidado de los menores, corresponde únicamente a la pareja”<sup>23</sup>; sin embargo, es imposible negar que los menores se encuentran necesariamente involucrados en las decisiones que los padres tomen entre sí, con lo cual supondría un dezmero a sus derechos no tener presente su opinión cuando su edad y situación mental lo permitan. A esta corriente se une Eduardo Cárdenas quien dice que “incluir al hijo debe respetar e inclusive reforzar el objetivo de la mediación familiar, que es poner a los padres en situación de conducir acordadamente la familia, en el momento de su separación como pareja”<sup>24</sup>. Tales aseveraciones plenamente se fundamentan en nuestro sistema legal en base al artículo 60 del Código de la Niñez y Adolescencia que sostiene: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.”

Entonces según podemos ver, la mediación no solo es aplicable en temas de Niñez y Adolescencia, sino que su ámbito de actuar sobre el tema es bastante amplio, y más aún, necesita de un estudio más profundo que permita una aplicación de mayor eficacia en estos procesos, como el caso de la inclusión o no de los menores en el proceso de mediación que acabamos de dejar sentado y que tiene criterios contrarios con elementos argumentativos de cada lado; y así con estas mejoras se podrá ayudar e incrementar el descongestionamiento de los juzgados y a un mejor y más ágil cumplimiento de los derechos en cuestión.

---

<sup>23</sup> BERNAL, Trinidad: “La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja” Editorial COLEX. Madrid. 1998. citada por VARGAS, Paves Macarena: “Los Niños en la Mediación Familiar” Pág. 9

<sup>24</sup> CARDENAS, José Eduardo: “La Mediación en Conflictos Familiares” Editorial Lumen Humanitas. Buenos Aires-Argentina. 2005. Pág. 82

## 2.4 Mediación Civil y Contractual

Uno de los ámbitos más comunes en los cuales se ha podido desarrollar la mediación es sin duda el ámbito civil, en este, gracias al hecho de ser una rama del derecho privado ha permitido una mayor flexibilidad que permite tanto a las partes y principalmente al mediador buscar soluciones alternas al momento de llegar a acuerdos que finalicen los conflictos de aspectos legales.

Si bien nuestro Código Civil es de gran extensión y sus regulaciones alcanzan un gran ámbito de la vida jurídica diaria, existen aspectos en los cuales la mediación tiene más cabida que en otros, dependiendo de la naturaleza del conflicto que puede o no permitir la mediación, o ser de aquellos que se prefieren discutir en la justicia ordinaria.

El título preliminar del Código Civil ya contiene disposiciones que se aplican a la mediación, primeramente en el artículo 8: “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”; y en segundo lugar la del artículo 11: “Podrán renunciarse a los derechos conferidos en las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.” Estos artículos sin duda resulta importante revisarlos pues es ya conocido que el Código Civil es una de las leyes más antiguas de nuestro sistema jurídico y que el título preliminar no es solo una introducción para el mismo Código Civil sino para todo el derecho ecuatoriano, razón por la cual el Código Civil siempre es considerado como norma supletoria en caso de vacíos legales de normas especiales.

Mediante lo dispuesto en el artículo 8 ya citado, podemos justificar la posibilidad de que mediante la mediación se lleguen a acuerdos que si bien no pueden estar contemplados por la ley, no están prohibidos, y por lo tanto tienen plena eficacia jurídica; así mismo, los acuerdos en ocasiones pueden suponer la renuncia a ciertos derechos o beneficios, situación que las partes aceptan precisamente a fin de evitar la prolongación de juicios y finalizar rápidamente un proceso, esta renuncia, según lo establecido por el artículo 11 está permitida en los términos establecidos, situación que concuerda con lo ya expresado en el capítulo anterior cuando nos referíamos a que los conflictos sometidos a mediación debían ser de carácter transigible, o en su defecto, que los acuerdos en mediación no atenten contra derechos no susceptibles de renuncia.

En materia civil, es común ver que los conflictos sometidos a mediación corresponden a cuestiones del libro segundo sobre los bienes, y del libro cuarto sobre las obligaciones y contratos; por otro lado, el libro primero referente a las personas mismo que contempla los atributos de la personalidad, la filiación, el matrimonio y más, prácticamente en su mayoría contemplan situaciones no transigibles y que necesitan ser llevadas mediante un proceso judicial; así también, el libro tercero sobre la sucesión por causa de muerte no brinda mayor espacio para la mediación, salvo en la etapa de inventario y partición de la masa hereditaria en donde, en el procedimiento común que se sigue según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, el juez convoca a una junta de conciliación, la cual fácilmente podría ser suplida por una audiencia de mediación que bien podría alcanzar mejores resultados y finalizar un proceso que se conoce en la práctica puede tener una duración inimaginable.

Dentro de este ámbito civil es precisamente donde encontramos la figura del daño moral, en el mencionado libro cuarto sobre las obligaciones, dentro del título de los delitos y cuasidelitos, por lo tanto su aplicación en mediación es válida según lo veremos más adelante.

## **2.5 Mediación Penal**

A pesar que el ámbito penal es por excelencia público, y está prácticamente en su totalidad regido por esta rama del derecho, existen sin embargo aspectos en los cuales la mediación ha podido ser aplicada más de una solo vez; esto ha llevado al nacimiento de la llamada mediación penal, la cual gracias a la ayuda de los distintos doctrinarios y estudiosos, ha venido ganando acogida en nuestro sistema jurídico.

La Dra. María Dolores Finochietti expresa un interesante criterio que busca dar fundamento a la mediación penal, al resaltar las fallas del actual sistema punitivo dentro de la sociedad al decir que “El Estado al hacerse cargo totalmente del poder penal, tomó en sus manos el elemento más poderoso en materia de control social. La víctima real y concreta fue reemplazada por otra abstracta y simbólica, representada por la comunidad institucionalizada, en un momento histórico en el

que al derecho le interesaba poco y nada el individuo como tal.”<sup>25</sup> El derecho penal efectivamente a lo largo de su evolución histórica ha ido adoptando cambios que se han ido considerando positivos en el sentido de capacidad de cumplimiento del poder punitivo del estado, esto sin embargo, ha creado la enorme falencia de este sistema en cuanto a la aplicación de penas justas y adecuadas según el ambiente social que envuelva dicho sistema.

Por lo tanto, no puede resultar extraño que en materia procesal penal se hayan realizado grandes avances en cuanto a la persecución de delitos y a las garantías que protegen a los acusados; empero en cuanto a la aplicación de sanciones y efectiva reparación de los estragos de un delito, el derecho penal está ligado a un principio de legalidad totalmente rígido. Claro está que el principio de legalidad es una de las garantías más importantes del sistema penal, mas a lo que aquí nos referimos es específicamente a la ausencia de alternativas en el proceso penal debido a este principio que en la práctica representa una falencia significativa, puesto que “El diseño del principio de legalidad ha quedado a merced de su irreductible y abrumador quebranto. La realidad de los hechos lo supera. Similar intensidad para todos y cada uno de los delitos no ha dado resultados en términos de eficacia que se esperaba en su persecución y sus consecuencias para el infractor, la víctima y la sociedad.”<sup>26</sup>

Es por esto que ya no resulta extraño ver que actualmente las víctimas de un delito penal quedan limitadas únicamente a ser un elemento más dentro de la investigación fiscal de un delito, con una capacidad no muy grande de intervención en el sistema penal sino solo mediante la acusación particular, la misma que de todas maneras no influye en el aspecto punitivo del derecho penal.

A esto también debemos agregar otro de los principios del derecho penal que de cierta manera interfiere con la reparación del daño ocasionado a una víctima, este es el principio de oportunidad. Es natural saber que aunque mediante la ley se tipifiquen los delitos o contravenciones penales que un órgano legislativo

---

<sup>25</sup> FINOCHIETTI, María Dolores. “Mediación, Conciliación y Sistema Penal” Documento virtual en línea disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Mediacion-Penal/2460201.html>; Recuperado: 15 de Enero, 2014. Pág. 1

<sup>26</sup> SANCHEZ, Rosario M y AGUIRRE, Paula A. “La Mediación Penal y el Principio de Oportunidad” Documento virtual en línea disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Mediacion-Penal-y-Principio-De-Oportunidad/957102.html>; Recuperado: 22 de febrero, 2014. Pág. 2

considere necesarios, es imposible que todas las infracciones que se cometan, lleguen a ser objeto de sanción, en primer lugar por existir una gran cantidad de los mismos que nunca llegan a conocerse y por lo tanto escapan al sistema; y en segundo lugar por la “imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan al sistema”.<sup>27</sup>

El principio de oportunidad responde precisamente a esta discreción que se le entrega al órgano fiscal de poder utilizar sus recursos únicamente en aquellos casos en los cuales espera conseguir resultados tras su investigación, dejando de lado de esta manera aquellas denuncias que si bien pueden ser plenamente ciertas y constituir incluso delitos grandes, no tienen forma de ser verificada por falta de elementos probatorios de convicción. Sin embargo, este principio que si bien busca un uso óptimo de los limitados recursos investigativos, termina excluyendo inevitablemente muchos casos que en su momento necesitaron tutela jurídica, y en vista de que, salvo por limitados recursos, el órgano fiscal es el único titular de la investigación fiscal y del impulso del proceso penal, eliminando así la voluntad de la víctima.

Ante estas circunstancias, la colaboración de la mediación en materia penal ha resultado bastante útil puesto que permite llenar esos pequeños vacíos que se escapan del sistema penal por obvias razones, siendo de esta manea la mediación en materia penal una herramienta útil que tanto fiscales, acusados y jueces deben tomar un cuenta para intentar extender en el mayor grado posible el ámbito de aplicación penal.

Ahora, centrándonos en nuestro medio, si bien a diferencia de países como Argentina, Chile, Brasil entre otros, no se ha implementado Centros de Mediación especializados en mediación penal, aun así nuestro sistema normativo nos permite aplicar con plena validez jurídica la mediación en conflictos penales. Naturalmente debemos tomar en cuenta que “en mediación penal, los delitos que se medían en las referencias normativas no se ha especificado taxativamente, entendemos en delitos de usurpaciones, lesiones, daños, problemas de vecindad,

---

<sup>27</sup> SANCHEZ, Rosario M y AGUIRRE, Paula A. “La Mediación Penal y el Principio de Oportunidad”  
Pág. 4

amenazas, retenciones indebidas, estafas, hurtos, exclusiones del hogar, impedimento de contacto, incumplimiento en deberes de asistencia familiar.”<sup>28</sup>

Como podemos ver, aunque el anterior párrafo citado está referido en un contexto de la legislación argentina, el mismo se aplica a nuestro ámbito pues nos muestra que efectivamente la mediación penal se aplicaría solo en los delitos denominados de acción privada en los cuales no existe una intervención del instrumento fiscal estatal, todo esto tomando siempre en cuenta que la mediación penal y en todas sus clases será siempre voluntaria para las partes que intervienen en las mismas y también en cuanto a los acuerdos a los que pueda llegar como formas de reparación o terminación del ilícito cometido.

Dentro de los beneficios que nos brinda la mediación penal tenemos: Ventajas para la víctima, la misma que puede de una manera personal confrontar a su ofensor y expresar las cuestiones que considera más importantes sobre la agresión, las cuales no tienen que estar orientadas estrictamente en derecho sino en un ámbito que permita una resarcimiento tanto material como psicológico; las ventajas para el victimario consisten en la oportunidad de evitar ser perseguido dentro de un proceso penal que busca en su mayoría la privación de libertad como sanción, de la misma manera le permite al ofensor apelar a la voluntad de la víctima a fin de llegar a un acuerdo reparatorio que no resulte imposible de cumplir para el agresor; finalmente la ventaja para el sistema judicial al provocar un descongestionamiento de causas ingresadas al sistema, permitiendo que la mediación, como ya se ha dicho anteriormente en varias ocasiones, actúe como un filtro de casos para la justicia ordinaria.

Entonces en base a lo expuesto podemos llegar a conclusiones que la mediación penal tiene una serie de ventajas que colaboran a la eficiencia tanto del sistema penal como para el derecho en general, todo esto a pesar de la serie de obstáculos que se pueden encontrar en materia penal debido a que corresponde la misma a una rama del derecho público y una en especial en la cual el estado busca siempre abarcar la dirección de la misma acorde a lo que necesita la sociedad; es así que aunque, en el derecho penal, si bien se quisiera que el estado tenga la capacidad de ejecutar su poder punitivo a plenitud en lo referente a la identificación y sanción

---

<sup>28</sup> PAZ, Silvana. “Mediación Penal” Documento virtual Recuperado: 8 de Enero, 2014. Pág. 2



de los delitos, la realidad nos ha mostrado que las alternativas legales de un carácter más privado, son de gran utilidad. La mediación por lo tanto, tiene aquí una rama en la cual puede acercar a partes de un conflicto que están en una situación verdaderamente conflictiva, pero que por razones de utilidad práctica, sentido común y hasta humanismo, llegan a resolver sus conflictos penales de esta manera.

Esta referencia a la mediación en el campo penal tiene su lugar especial en este trabajo puesto que como ya lo expresamos anteriormente mediante el criterio del Dr. Jorge Zavala Baquerizo, el daño moral tiene una estricta conexión con el ámbito penal en virtud que los actos que pueden provocar daño moral son en su mayoría, si no en su totalidad, delitos tipificados en el Código Penal, y que son recogidos solo de una manera ejemplificativa en el Código Civil. Por lo tanto, al demostrar que la mediación tiene cabida dentro del derecho penal, se habilita el camino para demostrar que la mediación también puede conocer y resolver casos de indemnizaciones por daño moral, mediante la aplicación de la mediación penal complementada simplemente con el arreglo de la cuestión civil compensatoria, o como ya veremos más adelante, reparatoria si el caso lo permite.

## **2.6 Mediación en el Daño Moral**

Finalmente en este punto del presente trabajo de grado, corresponde tratar directamente la propuesta de la aplicación de la mediación en los conflictos de daño moral, aquí, una vez que ya hemos demostrado gradualmente la forma en la cual la mediación se aplica en distintos ámbitos del derecho, se explicara las razones por las cuales conviene aplicar la mediación a esta figura jurídica y los beneficios que esto traerá a los involucrados en este tipo de impases y por lo tanto el beneficio al sistema jurídico en general debido a la cobertura que se da a un espacio más del mismo.

El daño moral como ya lo hemos visto es un tema bastante complejo que si bien lo encontramos regulado en nuestro Código Civil, tiene aspectos de carácter penal, y más aún, la normativa que existe acerca del mismo se ha demostrado insuficiente al momento de ser tratada en juicio, y si bien la falta de una correcta regulación no

significa que el daño moral sea una figura ineficaz que no se pueda cumplir en la realidad, la misma es bastante abstracta y de difícil determinación; por estas circunstancias resulta óptimo encontrar una alternativa legal que permita un mejor manejo de esta figura, y esta alternativa debe ser una que se acople con la naturaleza del daño moral, es decir, que pueda tratar o dilucidar con mayor precisión la verdadera realidad del daño ocasionado y de su posible reparación.

La aplicación de la mediación a los conflictos de daño moral servirá para poder tratar los dos aspectos de este último, siendo estos la gravedad del daño causado, y en segundo lugar la forma en la cual se exige la reparación del daño. El daño moral causado a una persona ocupa sin duda un lugar bastante subjetivo en el cual un tercero difícilmente puede llegar a entender con totalidad; este daño es el resultado tanto de la actividad dañosa, como de la susceptibilidad sentimental del ofendido e incluso su situación social, razón por la cual no puede existir una tabla cuantitativa que establezca cuanto sufrimiento tiene una persona por una determinada ofensa, de esta manera la forma de determinar la reparación del sufrimiento causado puede también caer en subjetivismos que serán tan grandes como la variedad de personalidades en la sociedad. Ante estas situaciones es que la mediación puede brindar mejores puntos de vista al ser un proceso más personal que permite que tanto el ofensor como el ofendido expresen sus opiniones en cuanto a lo ocurrido, lo cual ayuda principalmente a la víctima que desea explicar plenamente la forma en la que fue afectada y el porqué exige una reparación por parte del agresor.

El daño moral al ser de carácter no patrimonial no permite una cuantificación exacta de su restitución, más en mediación, el mediador puede ayudar a identificar a las partes cual es el verdadero daño y su magnitud para así pasar a tratar la forma de reparación, así en una audiencia de mediación las partes no se limitaran a evacuar prueba acerca de las lesiones, o informes periciales, o argumentación jurídica que resulta muy superficial para el ámbito sentimental y psicológico que se verifica en estos casos, sino que en mediación, las partes se expresarían directamente acerca de un problema que hasta cierto punto es de carácter emocional. De la misma manera, el mediador tendría aquí la posibilidad de guiar a las partes hacia un posible acuerdo ofreciendo opciones acerca de la forma de reparación del daño, misma que como veremos más adelante en el estudio de

nuestro caso práctico, no tiene en absoluto que ceñirse únicamente a una indemnización pecuniaria, sino lejos de eso, buscar primeramente la posibilidad de una verdadera reparación íntegra del perjuicio sufrido y no solo una compensación monetaria.

Así mismo, incluso el daño moral ocasionado sea de tal naturaleza que provoco un daño que verdaderamente ya no se puede reparar de una manera íntegra, siendo así que sus consecuencias fueron permanentes o irreversibles, en mediación se puede discutir de una manera más realista la indemnización pecuniaria que contempla nuestro Código Civil. Como ya lo hemos expresado, la manera para determinar un valor a pagarse en la indemnización por daño moral ha sufrido deformaciones debido a la falta de parámetros normativos que permitan al juez establecerlo en una sentencia, razón por la cual, por las razones que explicamos en el capítulo anterior, los valores a pagarse han tenido como referencia únicamente la cuantía que el actor establece en su demanda, cuantía que en la gran mayoría de casos asciende a sumas exuberantes.

En un proceso ordinario, en el cual dentro de uno de los puntos de la demanda se establece la cuantía, la parte actora no tiene verdaderamente un grado mínimo de empatía con el demandado como para tener reparos al momento de establecer la misma, es decir, no conoce con certeza el estado personal del demandado, su trabajo y tampoco sus posibilidades económicas, y precisamente por no conocer, además de estar en un estado severo de aversión por la ofensa recibida, fija cuantías que pueden salir de la esfera de capacidad económica del demandando, únicamente centrándose en el deseo de la retribución económica compensatoria. Mientras que, si aplicamos este conflicto a mediación, en el cual las partes se encuentran directamente, con la ayuda del mediador puede la parte demandante, o que pretende demandar, percatarse que el monto que planeaba reclamar es imposible de cubrir por la otra parte, bien sea porque incluso con todos los bienes del demandado no se pudiera cubrir dicha cifra, o que si bien se puede pagar esa suma, dicho pago dejaría al demandado en una situación económica deplorable misma que sería una sanción demasiado severa en comparación al daño que pudo haber sido causado; entonces en mediación la alternativa que tienen las partes es por un lado, que el demandado pague una indemnización pecuniaria razonable que no lo destruya económicamente y que esté acorde al daño que ocasionó, y por otro

lado que el demandante ejecute su derecho a ser compensado monetariamente por el daño irreversible sufrido.

## **2.7 Criterios Profesionales**

Después de haber explicado las razones por las cuales se considera aquí la potencial efectividad de la mediación en el daño moral, es necesario exponer los criterios de personas debidamente especializadas en el campo de la mediación, mismas que con sus años de experiencia han podido recopilar información mucho más valiosa que la teoría y la doctrina común; además que, las opiniones que citarán a continuación vienen de personas que conviven en nuestro medio y que tratan a diario con casos locales, lo cual les permite dar una visión más precisa de la conducta más o menos general que las personas tienen en la mediación y por lo tanto la posible aceptación de la presente iniciativa. Otro aspecto importante será el poder identificar de antemano, los defectos en los cuales puede estar incurriendo este trabajo, lo cual ayudara a perfeccionar la propuesta definitiva que se dará al final de este estudio.

El doctor Esteban Segarra Coello, Director del Centro de Mediación de la Universidad del Azuay y mediador de ya muchos años de experiencia, expresó en una entrevista personal hecha el día 12 de Abril de 2013, su opinión y comentarios acerca del presente tema. El Dr. Esteban Segarra indica que “Los procesos judiciales que sancionan el daño moral, no siempre lo reparan con la sanción penal que se impone, ya que el daño que produce el delito requiere de un proceso de sanación.” Es interesante ver la palabra “sanación” que fue usada por el entrevistado, ya que como primera alternativa no se habló sobre una reparación o compensación sino precisamente sobre una manera en la cual, por decirlo de otra manera, se limpien los estragos del delito cometido. Como se había señalado anteriormente, el bien no patrimonial afectado por la actividad dañosa moral es uno que afecta al agraviado no en una manera física o corporal, sino en un plano intrínseco de la conciencia propia y únicamente humana, entonces la idea de poder “sanar” lo ocasionado por el delito casi parecería ser la forma más acertada de ponerlo ya que el daño moral no significa en si el detrimento de una aspecto de la vida de un individuo, más bien a este daño se lo percibe como un peso o una

mancha que se vuelve parte de la víctima, situación que si bien puede derivar en posteriores consecuencias, en su primer plano no es más que una perturbación agregada por un tercero a la moral o conciencia de un individuo, la cual deriva en un sufrimiento.

Ante la pregunta ¿de qué manera cree que la mediación representaría una mejor alternativa de solucionar los conflictos de daño moral?, el Dr. Esteban Segarra respondió: “Creo que una buena alternativa de solucionar los conflictos de daño moral, son la mediación y la conciliación, ya que nos permiten en primer lugar que las partes participen de manera activa, con un mejor acceso al proceso (...)Las salidas alternativas a los daños ocasionados, con la voluntad de las partes, permite que el sistema judicial ordinario funcione de manera rápida y con muy buenos resultados, siempre beneficiosos del proceso penal (...)La mediación en el daño moral, constituye una salida exitosa, y es una forma de humanizar el proceso, así como adaptar las consecuencias del mismo a las necesidades de la víctima.”

## **2.8 Técnicas de Mediación**

Para finalizar el presente capítulo, realizaremos una breve reseña acerca de las técnicas más importantes que se aplican en mediación y que sirven al mediador como instrumento a fin de guiar a las partes a un acuerdo. A medida que expliquemos de la manera más concisa y precisa cada estrategia de mediación se podrá ver el modo de operar que tienen las audiencias de mediación, su aspecto personal y más directo, mismo que se ha venido recalando en varias ocasiones y que es uno de los pilares centrales sobre el cual recae la aplicación de la mediación en el daño moral; en fin, las distintas técnicas de mediación forman parte esencial de un trabajo que conlleve un estudio de la mediación para mostrar las diferentes maneras en las cuales se puede abordar un problema sin importar su naturaleza.

La primera de las técnicas de mediación, la cual puede ser sin duda una de las más efectivas, importantes y reconocidas en la doctrina de mediación es la de negociar en base a intereses y no posiciones. Las personas usualmente tienden a negociar

en base a posiciones, las cuales naturalmente sirven precisamente para defender un interés específico, una necesidad, o en última instancia el motivo para la negociación; sin embargo, las posiciones son únicamente una representación exterior de los intereses que se defienden y estas representaciones no siempre van a ser compatibles con la posición de la otra u otras partes que están en una mediación. Tal como lo expresan Roger Fisher y William Ury: “Cuanta mayor atención se presta a las posiciones, menor atención se dedica a satisfacer los intereses y preocupaciones subyacentes de las partes.”<sup>29</sup> Efectivamente en una negociación que se centra en posiciones es bastante difícil llegar a un acuerdo, o al menos a uno satisfactorio pues a pesar que se llegue a uno, este podría ser el resultado de que una de las partes haya cedido finalmente a la posición de la otra.

Lo que se puede decir que ocurre en la mediación es que las partes conciben la aceptación de su posición con la satisfacción de su interés, es decir, confunden en un solo elemento a estas dos circunstancias sin percatarse que un interés será siempre el mismo, más las posiciones son algo que pueden cambiar y ser distintas a fin de conseguir el interés anhelado, pues estas solo son un camino o una forma de alcanzar este último.

Las posiciones también tienen el punto negativo de que retardan el proceso de mediación debido a que la mediación parte desde el encuentro de las posiciones adversas que se generan entre las partes, y así, la mediación avanza lentamente según la actitud que presenten las personas involucradas, es decir, si se mantienen firmes, si ceden, si defienden su posición, etc.; esta situación provoca que una negociación se salga de las manos de un mediador que quedará sometido a una especie de actitud emocional de los interesados y que terminara por resolverse con la superioridad de una parte o con la ruptura del acuerdo.

Ante estos obstáculos Fisher y Ury<sup>30</sup> proponen una especie de fórmula que tiene como objetivo desenredar la negociación basada en posiciones, esta fórmula consiste en cuatro puntos esenciales: Separar las personas del problema;

---

<sup>29</sup> FISHER, Roger y URY, Williams: “Si, de Acuerdo. Negociar sin Ceder” Documento Digitalizado. Editorial: Norma. 1981. Estados Unidos de América. Traducido por: Eloisa Vasco Montoya. Pág.: 13

<sup>30</sup> FISHER, Roger y URY, Williams: “Si, de Acuerdo. Negociar sin Ceder” Pág. 17

concentrarse en los intereses y no en posiciones; generar opciones y; buscar criterios objetivos.

Estos puntos se ilustran prácticamente solos y por su contenido, pues en cuanto al primero, identificar el problema como el obstáculo a separar es fundamental para la resolución del conflicto, y esto debe ser hecho independientemente de las personas ya que si bien, siempre existirán factores personales que afecten el conflicto, estos no deben influir en la negociación y provocar que las posibles soluciones se vean opacadas por cuestiones emocionales; luego, buscar los intereses subyacentes que se encuentran bajo las posiciones de cada persona permitirá identificar lo que cada parte espera obtener en realidad de la mediación, y así no ofuscar el proceso de mediación como ya lo veíamos. A fin de vencer las posiciones que han adoptado las partes y así satisfacer los intereses, es que nace el tercer punto que consiste en buscar alternativas y opciones que muestren a las partes los distintos caminos de obtener el mismo interés que defendían con su posición inicial; finalmente, cuando los intereses de las partes a pesar de estar despojados de posiciones siguen siendo contradictorios, es lo más recomendable y razonable conseguir un criterio objetivo que busque un resultado justo que las partes estarán más prestas a aceptar.

La siguiente técnica de mediación que revisaremos y que se destaca por su utilidad, y que de manera especial pudiera obtener resultados favorables en el tema presente de someter los conflictos de indemnización de daño moral a mediación, es la de la generación de alternativas que procuren un beneficio común, o también llamada técnica de “el pastel puede crecer”.<sup>31</sup>

Si bien ya expresamos en recientes paginas anteriores que las negociaciones deben procurar estar siempre orientadas a la satisfacción de los intereses y mirar más allá de las posiciones de cada parte, existen ocasiones en las que no se puede evitar que una negociación sea de carácter competitiva por posiciones, es decir, que la situación represente un claro mapa de ganar/perder, en el cual los propios intereses de las partes se contraponen y la mayor satisfacción de una es la menor satisfacción del otro.

---

<sup>31</sup> BARROT, Alfred Font: “Negociar con Arte” Editorial: Alienta. Barcelona-España. 2008. Pág. 99

Alfred Font Barrot sostiene que “el modelo tiende a ser posicional cuando están presentes todos o algunos de los siguientes supuestos: la situación es de disparo único (solo se va a negociar una vez y no hay efectos colaterales), los negociadores no consideran como un valor relevante la relación entre ellos y el objeto de la negociación es puramente distributivo.”<sup>32</sup> Esta clase de negociaciones aunque no son usualmente las de mayor calibre, son las más comunes en la realidad. Podemos pensar en la compraventa de un vehículo, un bien raíz o prácticamente cualquier objeto sujeto a una variación de precio, en esta clase de negociación se verifican los elementos que nos refería el mediador Alfred Barrot anteriormente puesto que, las partes solo negocian para esa venta, son extraños para quienes no hay relación personal, y el valor monetario del bien es puramente distributivo ya que lo que gana uno, lo pierdo el otro.

Sin embargo, cuando la negociación efectivamente involucra a las partes de tal manera que uno de los puntos importantes de la misma es la conservación de relaciones futuras o un resultado favorable a largo plazo, en estas situaciones es donde podemos aplicar la técnica de la búsqueda de alternativas que tienen como objetivo el llegar a un acuerdo que si bien no signifique el alcanzar los intereses que las partes tenían inicialmente, es de todas maneras un acuerdo que beneficia a las mismas y que permite dar fin al conflicto.

Anteriormente habíamos revisado que una mediación o negociación exitosa tiene que en primer lugar estar dirigida en base a los verdaderos intereses de las partes y no en sus posiciones, ya que estas últimas se pueden cambiar y aun así se es capaz de satisfacer el interés requerido; ahora, la presente estrategia de negociación nos dará una luz de cómo resolver conflictos en los cuales ya los mismos intereses de las partes son opuestos y no se puede conseguir uno sin sacrificar otro ya sea de una manera total o parcial. Tomando en cuenta el supuesto anterior de ser la situación una en la cual las partes no son extraños que solo se concentran en la mencionada negociación, a fin de minimizar el impacto de la contradicción de intereses lo que se tiene que buscar es una compensación de los intereses que se ceden, es decir, buscar agrandar el pastel que se va a repartir.

---

<sup>32</sup> BARROT, Alfred Font: “Negociar con Arte” Pág. 100



De esta manera, en una negociación sobre la compra de un bien, ya no solo las posiciones sino los intereses evidentemente se contraponen puesto que el precio se mueve en una balanza de beneficio y pérdida causando la impresión de que la negociación se encontraría atascada; sin embargo, que pasaría si ¿a diferencia del precio las partes discuten aspectos tales como la extensión de la garantía, o como se acostumbra, la adquisición de más productos a cambio de un descuento? Lo que ocurriría en estos casos sería que las partes se reconozcan que si bien sus intereses son opuestos, estos no son los únicos intereses que pudieran tener dentro de la misma negociación, ya que, siguiendo el ejemplo anterior, un comprador, si bien puede pagar por un bien, un valor mayor al que pensaba y por lo tanto afectando su interés monetario, puede de todas maneras esa situación compensarse con el hecho de una garantía extendida que le brindara un mayor tiempo de seguridad con su producto, beneficiando un intereses que no lo tomo a consideración, el cual es la tranquilidad del mayor tiempo de durabilidad del producto por el cual gastó su dinero.

Alfred Font Barret elabora una especie de formula perfectamente resumida que permite a las partes encontrar alternativas dentro de la negociación, las cuales se pueden encontrar respondiendo a la siguiente pregunta: “¿Tengo yo algo que me cueste menos a mí de lo que vale para el otro y que pueda intercambiar por algo que valga para más para mí de lo que le cuesta al otro?”<sup>33</sup> Esta simple pregunta puede resultar de enorme utilidad en las negociaciones pues aumenta el valor o la cantidad de la utilidad repartida que reciben las partes con el acuerdo, con lo cual se puede dar fin a un conflicto sea este de cualquier naturaleza y no mediante la renuncia o cesión de intereses o derechos, sino por un intercambio de los mismos que resultan de igual o mayor valor para las personas involucradas y que lo obtienen únicamente gracias a las posibilidades de la mediación.

La última, pero en lo absoluto menos importante, técnica de mediación que citaremos brevemente es la llamada por la rama de la lógica jurídica como los argumentos Ad Hominem. Dentro de una negociación, a pesar que se ha dicho que la misma debe ser lo mayormente objetiva posible, tratar el problema sin involucrar a las personas, y que la búsqueda de un acuerdo se fundamenta en el

---

<sup>33</sup> BARROT, Alfred Font: “Negociar con Arte” Pág. 107.

consenso de los intereses, es imposible negar que cuando se trata con personas, estas vienen cargadas de sentimientos y distintos prejuicios de su forma de ver la vida y las circunstancias que las rodean, y son estos sentimientos los que hasta de una manera inconsciente pueden estar guiando los intereses de las partes dentro de una negociación, por lo tanto, una de las técnicas más efectivas que puede aplicar un mediador en las respectivas negociaciones, es separar a las personas de sus emociones negativas que motiven el impase y de esta manera influir de manera positiva en las personas para que las mismas, aunque cediendo en sus intereses, busquen un acuerdo que satisfaga su vida plena y les proporcione un bien mayor que la ganancia del conflicto.

Aunque por obvias razones no se entrará aquí en detalle, las técnicas que se imparten en los seminarios de formación de mediadores y que se utilizan para estos cambios en las emociones de las partes, son las de la Programación Neuro-lingüística conocida por sus siglas como PNL. Esta rama del conductivismo humano que de manera progresiva ha encontrado acogida en el campo de la psicología, es una ciencia que ha identificado patrones mediante los cuales las personas se comunican usualmente, y cuáles de estos patrones influyen en menor o mayor cantidad en las personas tanto a un nivel consiente como inconsciente, por lo tanto, mediante el aprendizaje de técnicas efectivas de comunicación, las personas pueden transmitir efectivamente su mensaje e influenciar de manera sutil y positiva en su receptor.

Como breve referencia podemos decir que la PNL surgió en los años setenta de la mano de dos grandes estudiosos: el uno John Grinder quien al momento era profesor de lingüística, y el segundo Richard Bandler, estudiante de psicología. Juntos y motivados por su interés en la psicoterapia, emprendieron un estudio que involucró la observancia de tres personas: Fritz Perls, psicoterapeuta famoso por la creación de la escuela Gestal; Virginia Satir, gran terapeuta familiar; y finalmente Milton Erickson, el mundialmente famoso hipnoterapeuta. Al estudiar a estos individuos Grinder y Bandler se dieron cuenta que aunque estos trabajaban en ámbitos distintos de la psicología utilizaban métodos extraordinariamente

similares, mismos que los precursores de la PNL supieron compilar en un modelo a emplearse en la psicoterapia moderna.<sup>34</sup>

## **2.9 Conclusiones.**

Para cerrar el presente capítulo se puede dejar en firme que la mediación es una rama del derecho que puede ser aplicada a varias materias jurídicas y que a pesar de sus limitaciones legales y de las debidas a su naturaleza, puede conseguir resultados bastante satisfactorios en cuanto a la resolución de conflictos; así mismo, principalmente se ha visto en este capítulo que no existe impedimento legal en cuanto se refiere a la aplicación de la mediación en los conflictos de daño moral, y que gracias a la ejemplificación de las distintas ramas del derecho en las que ya se aplica la mediación, podemos concebir con mayor facilidad el hecho de aplicar a un tema tan complejo una solución simple y sencilla que mediante sus características brinda un enfoque distinto a la solución de conflictos legales.

---

<sup>34</sup> Para un estudio más profundo de la Programación Neuro-Lingüística se recomienda revisar: "Introducción a la PNL" (O'Connor y Seymour -2003) "La Estructura de la Magia" Volumen 1 y 2. (Grinder y Bandler – 1974) "Patrones de Técnicas Hipnóticas de Milton Erickson" Volumen 1, 2 y 3. (Grinder y Bandler – 1997)

## **CAPITULO 3**

### **ANALISIS PRÁCTICO**

#### **3.1 Introducción.**

En el presente capítulo se tratará un caso práctico que tomó lugar en nuestro sistema jurídico hace no mucho tiempo atrás. Dicho caso práctico que varias veces ya se ha mencionado durante este trabajo de grado es el sustento del mismo, demostrando primeramente las concordancias que existen en los hechos del caso con la teoría que formó parte de los capítulos anteriores; y en segundo lugar, el resultado ya no solo hipotético sino empírico de la aplicación de la mediación a un conflicto de daño moral. El caso que a continuación se explicará y se revisará en el mayor detalle posible servirá como ejemplo piloto de la iniciativa que aquí se sustenta.

Para la mejor comprensión del caso a continuación, naturalmente no se revisará de una manera lineal o meramente descriptiva de los hechos del caso o su desarrollo legal, sino que también se tendrá como objetivo realizar un análisis del elemento personal que tomó lugar en dicho conflicto, pues como ya hemos visto anteriormente, la mediación y el daño moral son aspectos que van más allá de las disposiciones legales y que por lo tanto involucran los sentimientos o emociones de las partes, los cuales son en última instancia las motivaciones de cada actuación legal.

#### **3.2 Materia del Juicio**

El presente juicio es de carácter penal, materia en la cual como ya se vio anteriormente, la mediación es factible de ser aplicada siempre y cuando se trate de un conflicto de naturaleza privada y por lo tanto transigible. Además cabe recalcar que efectivamente el proceso que a continuación se revisará es de carácter penal pues como se expresó en apartados anteriores, la actividad dañosa

que genera daño moral, aunque legalmente no se exprese, es ocasionada siempre por un ilícito de naturaleza penal y que si bien no existe prejudicialidad en cuanto a la declaratoria de una sentencia penal consecuente para la demanda de indemnización por daño moral, la misma no existiría sin una infracción previa.

### **3.3 Resumen y problemática del Caso.**

El resumen de los puntos más importantes y controversiales del presente caso se lo hará usando seudónimos de las personas involucradas a fin de proteger su identidad. Estos seudónimos son ficticios y cualquier parecido con algún nombre de persona natural o jurídica es mera coincidencia.

El caso comenzó con una solicitud escrita dirigida a la Fiscalía del cantón Cuenca, en la cual el señor Pedro Muñoz, dignatario político de la mencionada ciudad, indica que en determinadas fechas, el diario de masiva circulación llamado “La Libertad” publicó en dos de sus páginas declaraciones hechas por una tercera ciudadana llamada Erika Araujo en las cuales se alude a su persona de una manera en la cual se afecta a su buen nombre y moral con lo cual se ocasiona un evidente perjuicio a su persona.

En el mismo escrito explica que por lo expresado, fundamentándose en art. 386 del Código de Procedimiento Penal, solicita que el designado señor Fiscal requiera al director del diario “La Libertad” a fin de que informe la identidad del autor, o responsable del escrito referido, agregando así mismo las grabaciones en las cuales baso su redacción, situación que igualmente se encontraba establecida en el art. 384 del Código de Procedimiento Penal.

El propósito con el cual la parte ofendida realiza este escrito a la fiscalía, a pesar de que el hecho en cuestión es una injuria, misma que se persigue mediante una querrela privada, es el de poder identificar la persona hacia quien irá dirigida dicha querrela, para lo cual resultaba necesario primeramente dar cumplimiento a lo expresado por los artículos anteriormente invocados. El art. 384 del mencionado Código expresa que “El director, editor, dueño o responsable de un medio de comunicación responderá por la infracción que se juzga y contra él se seguirá la causa, si no manifestare, cuando el Fiscal lo requiera, el nombre del

autor, reproductor o responsable de la publicación.”<sup>35</sup> De este artículo podemos ver que cuando un delito se ha cometido mediante un medio de comunicación, el responsable de dicho delito podrá variar según la condición establecida en la norma, por lo cual efectivamente en este caso la parte ofendida realizó primeramente la solicitud a la Fiscalía para de esta manera cumplir con el debido proceso de la presente situación.

Posteriormente la agente Fiscal efectivamente realiza la solicitud mediante escrito al director del diario “La libertad” a fin que de cumplimiento a lo solicitado en concordancia con los artículos ya expresados, previniéndole de las consecuencias legales en caso de hacer caso omiso a la solicitud. Ante dicho requerimiento, el director del diario en cuestión, el señor Sebastián Paredes, responde por escrito al agente fiscal citando el art. 34 de la Ley del Ejercicio Profesional del Periodista el mismo que establece que ningún periodista está obligado a revelar sus fuentes de información; también invoca el art. 24 del Código de Ética del Periodista y la Declaración de Chapultepec las cuales establecen que el periodista debe guardar secreto con respecto a sus fuentes y por lo mismo no se podrá ejercer coacción para que las revele. Fundamentado en lo anterior, el señor Sebastián Paredes, se niega a cumplir con lo requerido por el agente fiscal de Cuenca.

En cuanto a la respuesta hecha por el director del diario la Libertad se tienen que aclarar unos puntos de análisis jurídico para continuar con la línea que tomó el caso en análisis. Si bien, tal como indica el art. 34 de la Ley del Ejercicio Profesional del Periodista, el director no está obligado a revelar sus fuentes ni en virtud de una ley jerárquicamente superior, ni en virtud del requerimiento del fiscal, el mismo que es el dueño de la acción penal mas no tiene autoridad jurisdiccional; sin embargo, el art. 348 del Código de Procedimiento Penal no establece una obligación para con el director de un medio de comunicación, sino simplemente expresa sobre quien recaerá la acción penal dependiendo si el requerimiento del fiscal es cumplido o no, y así mismo el art. 386 del mismo Código establece simplemente la figura de la exhibición previa de los nombres de las personas responsables de la publicación así como las grabaciones o fuentes e las que se hayan basado como un acto que se debe realizar de manera previa a la

---

<sup>35</sup> Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento del 9 de Marzo de 2009.

acción penal, y en el mismo no establece ninguna obligación al director ni sanción jurídica alguna.

Por lo tanto, de la respuesta del director parecería que existe una contradicción en cuanto a las normas del Código de Procedimiento Penal y la Ley del ejercicio Profesional del Periodista, situación que no es tal como ya se acaba de decir; por lo tanto el señor Sebastián Paredes, director del diario en el cual se realizó un presunto delito tenía dos opciones, cumplir con la solicitud del fiscal, o negarse a la misma. Al elegir la segunda, con o sin fundamentos legales lo que ocasionó que el sujeto pasivo de la acción penal sea su persona como director del medio de comunicación según la condición establecida en el antes mencionado art. 384 del Código de Procedimiento Penal.

Entonces por lo expuesto, el siguiente paso que toma el presente caso es la querrela formalmente presentada por el señor Pedro Muñoz ante el Juez de lo Penal de Cuenca. En esta querrela establece como fundamentos de hecho naturalmente lo expresado en las publicaciones del diario la Libertad en las cuales se alude al actor en una manera supuestamente perjudicial a la honra y buen nombre de dicha persona. Indica además la situación que acabamos de revisar, es decir, el requerimiento mediante la fiscalía de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art 286 del C.P. Penal, con lo cual justifica que, debido a la negativa por parte del director del diario en cuestión, el mismo director se convierte en responsable del delito de injurias no calumniosas graves supuestamente cometido mediante el medio de comunicación a su cargo.

Cabe aquí realizar una aclaración que si bien no influye mayormente en el punto central de estudio del presente caso, resulta sin embargo ser una aclaración necesaria desde el punto de vista jurídico. El actor, señor Pedro Muñoz expresa en su querrela que además de la sanción penal en contra del imputado, exigirá la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a valores intangibles como la honra y el buen nombre. Como ya se había visto en capítulos anteriores, la indemnización por daños y perjuicios es distinta de la indemnización por daño moral, pues la primera comprende clara y únicamente a lo establecido en el art. 1572 del Código Civil: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (...) Exceptuase también las indemnizaciones por

daño moral determinadas en el título XXXIII del libro IV de este Código”. Por lo tanto, esta clase de indemnización corresponde únicamente a situaciones patrimoniales y según lo establece la norma citada, es una distinta e independiente de la indemnización por daño moral que aquí revisamos. De esto se puede ver que el actor en su querella, mediante su abogado patrocinador comete un error conceptual al pedir una indemnización de daños y perjuicios, puesto que no existe daño emergente ni lucro cesante que pueda resultar de las supuestas injurias no calumniosas referidas, sino únicamente el daño moral que estas causan y que por ley es susceptible de ser indemnizado.

A pesar de lo expresado, la querella presentada por el actor Pedro Muñoz cumple con todos los requisitos de forma y fondo y por lo tanto es efectivamente declarada como clara y completa por el Juez Cuarto de lo Penal de Cuenca. Con esto se corre traslado a la parte demandada.

Si bien el primer escrito presentado por la parte demandada, ya mediante sus abogados patrocinantes es únicamente para fijar domicilio judicial y brindar autorización a los mismos, sin embargo, es en este momento del proceso en el cual el mismo toma una dirección en la cual interesa a nuestro estudio.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal se contemplaba una audiencia de conciliación antes que se trabe la litis y se proceda precisamente la etapa de juzgamiento; en el caso que estamos revisando, la parte demandada, antes que llegue la fecha determinada para dicha audiencia solicita mediante escrito al Juez de lo Penal que previa la aceptación de su contraparte derive el proceso al Centro de Mediación de en ese entonces Corte Superior de Justicia a fin de llegar a un posible acuerdo. Ahora bien, como ya habíamos visto en el capítulo primero, si bien en materia legal, la conciliación y la mediación son usadas como sinónimos, se había expresado ya que estas en la práctica están lejos de ser iguales, esto debido a que la mediación es un procedimiento más avanzado en tema de resolución alternativa de conflictos ya que gracias a la intervención del mediador, la posibilidad de llegar a un acuerdo es incrementada potencialmente.

Naturalmente es imposible saber la manera en la cual se desarrolló la audiencia de mediación solicitada por la parte demandada y que efectivamente tuvo lugar gracias a la comparecencia de todos los invitados a la misma; sin embargo, se



tiene a disposición el Acta de Mediación con Acuerdo Total que contiene los términos de la mediación y los acuerdos a los cuales se llegaron. Se tiene que recalcar que si bien la mediación tiene el carácter de confidencial, la misma en el presente caso no ha perdido esa característica, sino que, en vista que la presente acta fue el resultado de una mediación derivada y que por lo tanto debe ponerse en conocimiento del juez que tramita el proceso sobre el cual se medió, la misma acta tuvo que incorporarse al proceso penal que nos encontramos revisando, el cual como todo proceso judicial salvo excepciones, es de carácter público.

Los acuerdos llegados mediante la audiencia de mediación son tres, muy concretos: El primero contempla que el señor Sebastián Paredes, director del diario la Libertad publicara en una fecha determinada en la misma acta, en la sección A del periódico a su cargo, una nota de prensa en la cual en primer lugar relata una breve reseña de la vida del señor Pedro Muñoz y de su diario actuar como dignatario político y empresario privado, expresando los proyectos más importantes en los cuales trabaja y del compromiso y afecto que ha tenido con su ciudad local; en segundo lugar dicha nota de prensa se refiere al incidente que ocasiona el presente juicio, es decir, las declaraciones hechas por Erika Araujo, publicadas en el diario la Libertad y en las cuales se alude de manera negativa y con graves acusaciones al señor Pedro Muñoz. Sobre esto, el texto de la publicación indica que las aseveraciones hechas por la señorita Araujo nunca fueron comprobadas y que las mismas han sido rechazadas por las personas cercanas y que conocen al señor Muñoz, señalando también que era compromiso del diario la Libertad realizar un seguimiento sobre dichas declaraciones.

El segundo punto del acuerdo contempla la entrega por parte del señor Paredes al señor Muñoz del caset de audio en el cual se encontraban grabadas las declaraciones de la señorita Araujo.

Finalmente el señor Pedro Muñoz acordó desistir de la acción penal propuesta y por lo tanto solicitan al juez a quo el archivo del proceso.

Como se puede ver, el acuerdo al que llegaron las partes dentro de este proceso es uno que rebosa de simpleza y eficacia, ya que no solo se dio fin a un proceso penal de resultados inciertos sino que se logró satisfacer el interés de las dos

partes involucradas mediante una solución que no hubieran tenido a disposición dentro del juicio penal desarrollado en la justicia ordinaria.

Como se expresó en un principio, si bien el nombre del actor, Pedro Muñoz es un seudónimo usado con fines de privacidad, fue indispensable para el entendimiento de este caso señalar su verdadero cargo el cual correspondía a ser un dignatario político, (nuevamente se procura omitir el cargo ocupado por razones de privacidad) ya que este cargo es una de las situaciones principales que motivó el presente juicio y que reflejaba de manera clara el daño moral presuntamente ocasionado. Este cargo fue determinante por dos situaciones, primero el hecho que las supuestas declaraciones que posteriormente fueron publicadas en el diario la libertad, fueron hechas por una persona que criticaba o más bien denunciaba la forma en la cual el señor Pero Muñoz actuaba en las reuniones propias de su cargo político; y en segundo lugar, el señor Muñoz un actor político, naturalmente uno de los aspectos más importantes que cuida dentro de su vida política es su buen nombre y su moral, así como la imagen con la cual se presenta a la sociedad en general, ya que el cargo que en ese entonces ocupaba, es uno de elección popular.

Entonces si nosotros contrastamos lo sucedido en el proceso de mediación, con lo que pudo haber resultado del juicio ordinario penal, encontraremos un resultado que nos demostrara que mediante el proceso de mediación tomado, se satisficieron muchos más intereses necesarios para las partes que los que se hubieran logrado aplicando la normativa penal.

En primer lugar cabe la siguiente pregunta: ¿Si las partes no hubieran acudido a mediación, o en su defecto, a pesar de haber asistido no hubiesen llegado a un acuerdo, cuales hubieran sido sus alternativas? La respuesta que obtengamos de esta pregunta es lo que en mediación se conoce como el MAAN (Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado) y no es otra cosa que el punto de referencia que debería tener cada persona o parte cuando se somete a una negociación o mediación. Entonces, una persona que participa en una negociación debe preguntarse hasta qué punto le resulta beneficiosa la mediación y en qué punto debería abandonarla y optar por otra alternativa, para esto una persona debe descubrir su MAAN y estar segura del mismo. Sin embargo este MAAN puede tener elementos tanto objetivos como subjetivos, a manera de ejemplo, en una

deuda contenida en una letra de cambio, la mejor alternativa de una persona se verá afectada y contrapuesta por el capital e intereses que conseguiría acudiendo a la justicia ordinaria versus el tiempo en el cual conseguiría dicha sentencia en relación con el tiempo de la mediación, siendo así que una persona objetivamente pudiera analizar hasta qué punto le conviene ceder en cuanto al capital si es el tiempo su mayor interés o viceversa; mas como ya se dijo también existe un elemento subjetivo en estas alternativas que son innatas a las personas y pueden tener asunto en cuanto a sus relaciones personales o sus propios sentimientos, siendo así que una persona preferirá sacrificar aspectos objetivos como el dinero o el tiempo por mantener una relación de amistad o negocios.

Ahora con estas consideraciones hechas se puede hacer un análisis diferencial del caso en cuestión y así poder verificar el beneficio que significó la mediación. En primer lugar tenemos a la parte actora, el señor Pedro Muñoz; ¿Qué hubiera conseguido el señor Muñoz de haberse continuado con el juicio penal? La respuesta sin duda está sujeta a la condición de si hubiera sido declarada con lugar o sin lugar su querrela, es decir, si hubiera ganado o perdido el juicio. Naturalmente un aspecto importante que siempre puede motivar a las partes a acudir a mediación es la incertidumbre que presente un juicio, la misma que en ocasiones puede presentarse en mayor o menor nivel dependiendo de las circunstancias favorables o contradictorias que cada parte considere tener, entonces, si el actor hubiera continuado en el juicio penal, la primera alternativa negativa que se le presentaba era la posibilidad de perder el juicio y terminar con las manos vacías. Ahora, en el segundo caso de la condición, suponiendo que hubiera ganado el juicio, aun así debemos considerar que tan beneficioso le resulta tal situación en un plano amplio, ya que, la consecuencia de obtener una sentencia favorable hubiera resultado en una sanción de carácter penal para el director del diario y en una posible indemnización de daño moral de un monto verdaderamente incierto.

De las opciones descritas, tomando incluso la mayormente beneficiosa que será la de un juicio ganado, aun así se puede apreciar que esta no es una solución que hubiera conseguido satisfacer los verdaderos intereses del señor Pedro Muñoz, ya que él, como un dignatario político, poco le hubiera beneficiado a su imagen pública, (la misma que como se pudo ver del acuerdo de mediación alcanzado fue

el mayor interés del actor verla reparada) el haber obtenido una sanción penal en contra del diario la Libertad, así como también el beneficio económico del cual pudo ser acreedor, no mucho resultaría satisfactorio en virtud de su tener una situación económica que no lo requiere con avidez. Por lo tanto, si bien el MAAN del señor Pedro Muñoz no era particularmente débil en virtud de que con las opciones descritas no se hubiera empeorado su situación, el mismo resultaba sin embargo de inferior calidad en comparación con las posibles soluciones que como se pudo ver efectivamente se consiguieron a raíz del acuerdo en mediación.

Por el otro lado, es decir, desde el punto de vista del señor Sebastián Paredes, director del diario la Libertad, su alternativa a la mediación resultaba bastante simple. En caso de no llegar a un acuerdo en mediación, su alternativa sufría la misma bifurcación, es decir, la incertidumbre de poder ganar o perder el juicio. En caso de ganar, la cuestión terminaría ahí y sin más inconvenientes, sin embargo, la segunda opción resultaba de consecuencias bastante y lo suficientemente graves como para procurar de una manera muy diligente evitar la continuación del juicio penal, ya que sin duda la sanción penal no es un tema que se puede tomar a la ligera en ninguna circunstancia. A esto se debe agregar el hecho que desde un punto de vista jurídico, las cosas no parecían poder ofrecer un cierto nivel de seguridad dentro de juicio penal, con lo cual, haber continuado en el mismo hubiese representado un riesgo que como se vio, hubiera resultado innecesario.

Finalmente, gracias a que las circunstancias lo permiten, se procederá aquí a citar el criterio profesional y observaciones acerca de lo acontecido en el caso citado, del abogado patrocinador y quien solicitó y acompañó a la audiencia de mediación al señor Sebastián Paredes. La opinión de este profesional brindará un punto de vista mucho más interno y directo de la forma en la cual la mediación afecto este impase.

El profesional, en la entrevista personal que nos brindó, expresó que, si bien ya conocemos la forma en la cual se resolvió el proceso, tenía presente el hecho que un proceso penal era inminente hacia el director del diario la libertad por la ya revisada circunstancia de la responsabilidad del representante del diario en caso de no facilitar los nombres de la persona que redactó el artículo; nos comenta también que conjuntamente con su cliente estaban conscientes del error, o más

bien dicho, de la posible falta que cometió el diario con la publicación de dicho artículo de prensa, razón por la cual se consideró la posibilidad de llegar a un acuerdo pacífico que de fin al conflicto.

Se tiene que recalcar esta situación como un punto importante dentro de este caso y de la mediación en general precisamente por lo dicho en párrafos anteriores acerca de la alternativa que tienen las partes ante la mediación; en este caso, el director del diario la Libertad, más allá de lo que hubiese ocurrido en juicio, no podía obviar el hecho que el medio al cual representaba había incurrido en un error y que por lo tanto la parte actora tenía un punto válido en la vía judicial; esta situación según lo acabamos de ver, influyó a que la parte demandada buscara una alternativa al juicio.

Ahora, algo que parecía pertinente preguntar al mencionado abogado es el por qué tuvo la iniciativa de solicitar directamente una audiencia de mediación antes que simplemente invitar a una reunión privada a la parte demandada y buscar así un acuerdo que satisfaga a las partes. Ante esto nos supo responder que “En general cuando una persona se siente agraviada (...) tiene una posición muy dura, y a veces no es fácil encontrar un punto de concordancia; (...) un mediador, si tiene las capacidades, puede hacer que las partes bajen el nivel de conflictividad entre ellas para encontrar una solución real, (...) el mediador realmente es el vínculo para que ese acuerdo pueda conseguirse.” Este criterio nos sirve para reafirmar la validez y la importancia que puede tener en muchos casos la mediación, y contrastarla como ya expresamos en capítulos anteriores de la conciliación, en la cual las partes por si solas intentan llegar a un acuerdo el cual muy difícilmente llega sin la ayuda de un tercero que permita a las partes acercarse a una negociación eficaz. Por lo tanto, consideramos que como parte importante de la implementación de la mediación en diversos campos del derecho, el conocer que no por la evidente ineficacia de la conciliación, la mediación es también un proceso poco útil, sino muy al contrario, la mediación es la forma en la cual se deber tratar los problemas en los cuales un acuerdo significaría una mejor solución.

A pesar de lo dicho, según lo supo expresar nuestro entrevistado, aunque haya sido iniciativa de los demandados el haber solicitado la audiencia de mediación, el

diario la Libertad no estaba dispuesto a llegar a un acuerdo que hubiese significado el pago de una suma de dinero, más si estaba dispuesto a corregir su error en la medida de lo posible, por lo tanto, aunque el diario estaba al tanto del error cometido, no por tal razón hubiera en mediación aceptado un acuerdo que significase más de lo que pudiera cubrir, al punto de estar totalmente dispuesto a soportar el proceso penal y defenderse del mismo con los argumentos jurídicos que hubieran resultado pertinentes.

Con lo dicho, una vez más se reafirma el criterio que aquí se viene presentando, es decir, que la cuantificación económica del daño moral significa el mayor obstáculo para la reparación del mismo, y aquí, más aun del hecho que resulta difícil establecerlo como una indemnización a ser pagada para una persona, vemos aquí el otro lado de la cuestión, el cual nos muestra que la parte sobre la cual recae la demanda de una indemnización de daño moral no está, en lo absoluto, en una posición dispuesta a reconocer un monto económico por el daño causado, no por razones propiamente pecuniarias sino debido a que la parte ofensora no llega a reconocer el daño causado, o si se puede decir, no comprende la situación en la que se encuentra el ofendido.

Según llegamos a conocer, no fue una única audiencia de mediación en la cual se llegó al acuerdo, sino un total de tres audiencias, en las cuales nos indica se fue poco a poco acercando las posiciones de las partes a fin de llegar a un acuerdo; más allá de los inconvenientes encontrados en las mismas audiencias a final como ya se conoce las partes alcanzaron un acuerdo satisfactorio el mismo que representa una tranquilidad de gran valor para las partes y más aún para los imputados al evitar un proceso penal que pudo haber acarreado consecuencias penales.

### **3.4 Conclusiones**

De este capítulo podemos obtener una simple pero muy importante conclusión, la cual es que más allá de la teoría, en la practica la mediación es definitivamente un método efectivo para resolver conflictos respecto al Daño Moral y esto se debe a las alternativas que se presentan en esta rama del derecho y las cuales no se

podrían siquiera pensar en la vía legal ordinaria. Más aun, uno de los puntos importantes que debemos recalcar aquí es que el caso analizado prueba la efectividad de la mediación inclusive sin que haya existido una iniciativa legal que promueva la aplicación de la mediación, con lo cual ya se establece un precedente muy importante que busca ser mejorado y aplicado a un número mucho mayor del que puede existir actualmente.

## CAPITULO 4

### INICIATIVA PROCESAL

#### 4.1. Introducción.

Una vez que a lo largo de los capítulos precedentes, se ha ido demostrando gradualmente la eficacia que tiene la mediación en los distintos ámbitos del derecho y en especial en los asuntos de daño moral, se procederá en este último capítulo a realizar una propuesta en el ámbito procedimental del derecho, es decir, la elaboración de un trámite procesal que permita viabilizar la aplicación de las teorías que han sido sostenidas aquí.

La importancia de incorporar esta iniciativa en este trabajo de grado radica en la necesidad de materializar la teoría elaborada, evitando así que la misma se quede únicamente como una propuesta de posible buena efectividad pero sin manera de aplicarse en los términos deseados a la realidad jurídica de nuestro país. La necesidad del derecho adjetivo o procesal se evidencia en todas las ramas del derecho, el proceso se convierte en la única forma de aplicar las normas sustantivas a los distintos casos prácticos que se suscitan en la sociedad, por lo tanto, una norma sustantiva por mas correctamente elaborada que se encuentre, resulta inútil sin la norma adjetiva que la aplique, y viceversa.

Si bien en el presente trabajo, las normas referentes a la mediación ya tienen una manera procesal que les permite incorporarse a los procesos judiciales y a los casos prácticos, aquí estamos sin embargo ofreciendo la posibilidad de aplicar la mediación en un campo en el cual poco se ha aplicado hasta la fecha presente, y es precisamente esta situación la que ha motivado la elaboración de este trabajo de grado, ya que, además de resaltar el hecho de que la mediación se puede legalmente aplicar a estos casos, la evidencia de la efectividad demostrada en el caso práctico estudiado y en la teoría elaborada, sugiere que estas situaciones pueden no ser solo casos aislados, y de esta manera, con la incorporación de



nueva normativa legal, las partes en dichos conflictos serán orientadas hacia un camino que les permitirá solucionar eficazmente su conflicto.

#### **4.2 Ámbito de Aplicación.**

La rama del derecho en la cual se aplicará este proceso sui generis será la civil, tomando en cuenta que si bien como ya expresamos anteriormente, el daño moral tiene aspectos penales que se involucran con la actividad dañosa y que por lo tanto, conjuntamente con el procedimiento que se aplique en la vía procesal civil, se deberá también incluir reformas en la codificación penal y en la propia Ley de Arbitraje y Mediación. La vía civil consideramos es la apropiada por la simple razón que la figura del daño moral se contempla en el Código Civil, siendo así que la solución del mismo corresponde a los jueces con dicha competencia.

#### **4.3 Estructura.**

A continuación se mostrará el proceso con el cual se pretende aplicar directamente la mediación al daño moral; en primer lugar se hará referencia a la normativa que como ya se dijo, consideramos sería necesaria agregar en otros cuerpos legales a parte del civil. Lo redactado aquí pretende ser el texto codificado que se agregaría a nuestro ordenamiento jurídico y que formaría parte de la nueva práctica legal. Cabe recalcar que los Códigos sobre los cuales se plantearan dichos cambios pueden efectivamente en el futuro ser objeto de reformas o derogaciones, consideramos que este nuevo procedimiento que se propone, no interfiere con ninguna parte medular de las codificaciones de las distintas ramas del derecho que se ven involucradas, lejos de tal, esta iniciativa debe ser tomada como una herramienta adicional para un vacío o desacertado legal que como ya se ha demostrado a lo largo de este trabajo, supone una gran variedad de ambigüedades jurídicas; entonces, al suponerse como un trámite auxiliar y efectivo, consideramos que el mismo puede ser compatible y/o acoplable a las distintas reformas legales.

Primero empezaremos obviamente por la Ley de Arbitraje y Mediación, puesto que consideramos que para elaborar este procedimiento se deben crear sus fundamentos legales desde el centro hacia afuera por así decirlo. Entonces, al art. 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación que indica que “La Mediación podrá proceder:” agréguese el literal “d)” el cual establecerá: “Cuando un determinado procedimiento legal exija, como parte del mismo, la comparecencia de las partes a una audiencia de Mediación.”

Dentro del Código Penal, en el art. 67, mismo que ya habíamos citado dentro de capítulo primero de este trabajo, consideramos que también debería agregarse la siguiente reforma en virtud que dicho artículo se refiere a la independencia de la acción penal con la acción civil de daños y perjuicios, por lo tanto, a fin de separar a estos perjuicios del daño moral, se agregaría: “En los casos de daño y perjuicio moral, el damnificado podrá demandar su reparación en conformidad con el trámite especial establecido en el Código de Procedimiento Civil.” (El trámite referido es el que se propondrá en este capítulo).

Pasando ahora al Código de Procedimiento Penal, encontramos también algunos artículos que necesitarían ser reformados para asegurar la compatibilidad de este proceso, buscando de esta manera que no existan contradicciones procesales.

El artículo 27 del Código de Procedimiento Penal indica la competencia de los Jueces de Garantías Penales entre las cuales en su numeral octavo señala: “Determinar, con base a los elementos de convicción, el monto de los daños y perjuicios causados, para garantizar la reparación de los ofendidos.” Para fines del proceso civil especial de Daño Moral, al presente artículo, se agregaría un inciso adicional al numeral 8 que acabamos de citar, el cual dispondría: “Los daños y perjuicios a los que este artículo, y el presente Código en general se refiere, en ningún caso abarcaran los ocasionados por daño moral según las normas establecidas en el Código Civil.” Al agregar este inciso conseguimos que no exista confusión ni debate jurídico sobre la competencia para conocer conflictos de daño moral, ya que bien dentro de los daños y perjuicios a los que se refiere el Código de Procedimiento Penal pueden entenderse incluidos los perjuicios de carácter moral, provocando de esta manera una contradicción o al menos una incongruencia con el procedimiento que se detallara para incluirse en el Código de

Procedimiento Civil; además, consideramos establecer una especie de doble seguridad al incluir la interpretación auténtica que aclaró que en dentro del presente Código, los términos jurídicos de daños y perjuicios no comprenderán en su definición al daño moral, con lo cual se elimina cualquier tipo de interpretación legal que contradiga este propósito.

Una vez que se han recopilado y se han realizado las sugerencias legales sobre reformas a los artículos precedentes, se procederá ahora a la elaboración del texto que conformara el Procedimiento Especial para los conflictos de Daño Moral. Como ya se ha dicho, el objetivo de casi todo este trabajo de grado es la propuesta de una alternativa legal que permita una forma más efectiva a la actual, de solucionar los conflictos de daño moral, y aún más específicamente en lo referente al tema de su forma de reparación, ya sea mediante mecanismos que supongan una restauración integral de la moral afectada, o bien mediante una indemnización debidamente proporcional al daño causado. Para esto, se ha venido demostrando que la mediación, debido a que es un proceso más personalizado, que difiere bastante de la justicia ordinaria y que permite soluciones que van más allá de las contempladas en el marco legal, resulta una alternativa de gran potencial para la solución de este tipo de conflictos; por lo tanto, el proceso que a continuación se presentará, tendrá como parte medular, la presencia de la Mediación en el mismo, y es por tal razón que, a fin de buscar mecanismos legales que inciten a las partes a resolver este problema en la instancia de mediación, se incluirán normas que para nuestro ordenamiento jurídico podrían parecer poco ortodoxas, pero que a nuestro criterio, y en base a la observación legal en otros medios, se piensa es justificable.

De esta manera, agréguese al Código de Procedimiento Civil, los siguientes artículos innumerados:

#### Del Juicio por Daño Moral

Art...(1) El que considera que ha sufrido daño moral según las normas del Código Civil, podrá demandar la reparación de los mismos acorde a las reglas del presente tramite.

Art... (2) La acción que busca la reparación de Daño Moral es independiente de la que por daños y perjuicios se reclame incluso en contra de la misma persona.

Art... (3) Presentada la demanda, el Juez de lo Civil no la aceptará a trámite sino solo cuando, además de cumplir con los requisitos establecidos en el art. 67, se encontrare adjuntada a la demanda la sentencia ejecutoriada dictada por el Juez o Tribunal de Garantías Penales en la cual se declara la culpabilidad del demandado en el delito sobre el cual se fundamenta la acción indemnizatoria por Daño Moral.

Si a la demanda no se acompaña la sentencia mencionada en el inciso anterior, el Juez dará un término de tres días para que el actor la adjunte, y si no lo hiciera dentro de ese término, se ordenara el archivo de la causa.

Art... (4) Cumplidos los requisitos y calificada de clara y completa, y si el trámite fuere el procedente, se citara a la parte demandada según las reglas de este Código.

Art... (5) Después de realizada la citación, el Juez de lo Civil procederá a derivar el proceso al Centro de Mediación que considere adecuado pero siempre dentro del territorio sobre el cual el Juez de la causa ejerce competencia.

Art... (6) Recibido el proceso por el Centro de Mediación designado, el director del mismo fijará día y hora a fin de que se lleve a cabo una audiencia de mediación entre las partes, la misma que no podrá ser antes de un término de cinco ni después de quince días posteriores a la recepción del proceso.

Podrá el director del Centro de Mediación si lo considerare necesario, convocar previa a la audiencia de mediación señalada, una reunión privada con cada una de las partes en distintas horas o días, a fin de poder conocer con antelación las posiciones que tengan las partes, siempre y cuando convoque el director a las dos partes a un mismo número de reuniones privadas.

Art... (7) En caso de que una, o incluso las dos partes no asistan a la audiencia de mediación, el Director del Centro señalará nuevo día y hora para la audiencia.

Si a la segunda convocatoria de audiencia, la parte actora no asistiere, el director del Centro sentará razón de tal y devolverá el proceso al juez de lo civil quien lo archivará inmediatamente; si la parte demandada no asistiere a la segunda

convocatoria, se presumirá de hecho la mala fe de la misma, además, el mediador designado por el Centro, previo a la devolución del proceso, escuchará al demandante y elaborará un informe sumario que contendrá el criterio del mediador sobre el supuesto perjuicio moral causado y la forma en la cual se solicita su reparación, dicho informe se agregará al proceso y será puesto a consideración del Juez.

Art... (8) Instalada la audiencia de mediación, el mediador procurará el acuerdo entre las partes, el cual en caso de conseguirse mediante la firma de un acta de acuerdo total, será adjuntado al proceso y devuelto al juez a quo quien mediante auto definitivo lo aprobará y dará por concluido el proceso.

En caso de que el acuerdo estuviere incompleto en cuanto a la forma o el plazo del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el mismo, o existiere oscuridad en el contenido de tales, el juez de instancia ordenará al mediador y a las partes a que concurran personalmente ante su despacho a fin de que cumplan con las exigencias señaladas para la validez acuerdo.

Si alguna de las partes no concurriere el Juez completará el acuerdo escuchando al mediador y a la parte presente, y de no asistir ninguna de las partes, quedará a criterio del juez la forma en la que se establezca el cumplimiento del acuerdo.

Art...(9) La audiencia de mediación podrá volverse a convocar cuando por razones de tiempo, o en consideración a la forma de llegar al acuerdo, las partes de común acuerdo señalen nuevo día y hora para continuar con la misma; sin embargo, el mediador podrá por sí mismo convocar a una nueva audiencia de mediación, hasta por una ocasión más y aun sin el consentimiento de las partes, si considerare de buena fe que es posible llegar a un acuerdo.

La inasistencia de las partes a cualquiera de las audiencias de mediación convocadas tendrá como consecuencia los efectos señalados en el artículo innumerado (7).

Art...(10) Cuando tanto el mediador como las partes reconocieren que alcanzar un acuerdo no es posible, o cuando aun después de la audiencia que contempla el artículo innumerado 9 no se ha podido llegar a un acuerdo, el mediador sentará el acta de imposibilidad de acuerdo y regresara el proceso al juez de lo civil.

Art...(11) Terminada la etapa de mediación y recibido el proceso, el Juez de lo Civil, llamará a una audiencia de conciliación en la cual se contestará a la demanda y se abrirá la etapa de prueba.

El termino de prueba será de 5 días, durante este término se aceptaran todos los medios probatorios contemplados en el presente Código.

Art...(12) Concluido el término de prueba, el juez de lo civil dictara sentencia en un término de cinco días contados desde la terminación de la prueba. Durante este tiempo, las partes podrán presentar informes en derecho en defensa de sus intereses.

Art...(13) El recurso de apelación únicamente se concederá sobre la sentencia emitida, y el superior fallara en mérito de los autos sin aceptar escrito alguno.

#### **4.4 Conclusiones.**

Al inicio de este capítulo se dijo que la intención del mismo era crear una conexión entre la teoría que se ha expuesto a lo largo de este trabajo con la aplicación de la misma a nuestro medio y realidad jurídica, ya la manera de conseguir aquello es mediante la rama procesal del derecho para que establezca un camino y un procedimiento específico y obligatorio en los casos de demandas que busquen la reparación de un daño moral.

Entonces, del procedimiento que se acaba de proponer, vemos que la mediación supone un punto muy importante del mismo, incluyendo aspectos en la mediación que no se han contemplado hasta el momento, la razón de tales circunstancias, es la de precisamente incentivar a las partes involucradas en estos conflictos a aplicar la hipótesis que aquí se ha establecido, es decir, sobre la efectividad de la mediación en el daño moral.

Por lo tanto, mediante este proceso, y los aspectos vinculantes que tiene la mediación en el mismo, la iniciativa presentada en este trabajo de grado se acerca desde la teoría hacia una aplicación directa de los principios expuestos.

## CONCLUSIONES GENERALES

En este trabajo de grado que ha tenido por objetivo presentar la eficacia de la mediación en los conflictos de daño moral, se han presentado varios puntos y temas que buscan sostener dicha hipótesis, dichos puntos, que han sido desarrollados de una manera sistemática y progresiva nos permiten justificar la presente iniciativa y alcanzar las siguientes conclusiones.

Primeramente, se justifica la necesidad de esta iniciativa debido a que, mediante la recopilación de conceptos y características de los dos temas presentados se pudo identificar, por un lado, la figura del daño moral como un concepto complejo, abarcado por la doctrina pero sin un avance o desarrollo normativo, y que por lo tanto necesita de un proceso o método que permita su correcta aplicación en la práctica jurídica diaria de nuestro medio; y por otro lado, a la mediación, como un método simple, muy eficaz y con plena validez legal para solucionar y dar fin a disputas legales de pequeña o gran índole, siempre que la ley permita el actuar de la mediación en dicho tema.

Después, se ha demostrado que la mediación ya se aplica exitosamente en varias ramas del derecho, incluso en aquellas de gran complejidad, en las cuales parecería no tener cabida como es en la rama penal; entonces, si la mediación, actualmente ya está presente en la resolución de una gran variedad de conflictos, bien podría también aplicarse en los casos de indemnizaciones por daño moral, tanto por ser una alternativa que brindaría una posible solución a la problemática señalada en la conclusión anterior, como también por ser el daño moral una figura civil que por su carácter de transigible, permite la aplicación de la mediación.

Ahora, con el caso práctico que se relató en el capítulo tercero, se pudo constatar que de hecho la mediación ya ha sido aplicada anteriormente a un conflicto por daño moral y de una manera más que exitosa, con lo cual se pudo demostrar que la hipótesis presentada va más allá de una teoría abstracta de inciertos resultados, sino que es en realidad una iniciativa con resultados potenciales.

Finalmente, si a esta conclusión de aplicar la mediación a los conflictos de daño moral, por ser estas dos figuras de un carácter más personal e intrínseco que las demás del derecho, agregamos el procedimiento especial presentado en el capítulo cuarto, se puede ya no solo dejar esta propuesta como una alternativa que se perdería sin aplicación, sino que ya se convertiría en un proceso legal que guie a las partes hacia este método que únicamente les ayudara a conseguir sus intereses y velar por sus derechos de una manera verdadera y justa.



## BIBLIOGRAFIA

ALVARADO, Velloso A.: “La Conciliación como Medio de Solucionar Conflictos de Interés”, Revista de Derecho Procesal. Uruguay. 1986.

BARROT, Alfred Font: “Negociar con Arte” Editorial: Alienta Barcelona-España. 2008.

CABANELLAS, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho”. 14ava. Ed. Editorial: Heliasta. 2008. S.R.L. Argentina. Tomo IV.

CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto: “Negociación y Mediación” Editorial: AD-HOC Buenos Aires-Argentina. 1997

CARDENAS, José Eduardo: “La Mediación en Conflictos Familiares” Editorial Lumen Humanitas. Buenos Aires-Argentina. 2005.

CASTILLO, Silvio: “La Mediación, una alternativa” H. Corte Superior de Justicia de Machala. Ecuador. 2006.

FINOCHIETTI, María Dolores. “Mediación, Conciliación y Sistema Penal” Documento virtual en línea disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Mediacion-Penal/2460201.html>; Recuperado: 15 de Enero, 2014.

FISHER, Roger y URY, Williams: “Si, de Acuerdo. Negociar sin Ceder” Documento Digitalizado. Editorial: Norma. 1981. Estados Unidos de América. Traducido por: Eloisa Vasco Montoya.

MOROCHO, Jorge: “La Mediación y la Conciliación en la Legislación Ecuatoriana” Primera edición 2009.

PAZ, Silvana. “Mediación Penal” Documento virtual Recuperado: 8 de Enero, 2014.

RIPERT, George: “La Regla Moral en las obligaciones Civiles” Editorial Gran Colombia. 1946 Colombia.

SANCHEZ, Rosario M y AGUIRRE, Paula A. “La Mediación Penal y el Principio de Oportunidad” Documento virtual en línea disponible en <http://www.buenastareas.com/ensayos/Mediacion-Penal-y-Principio-De-Oportunidad/957102.html>; Recuperado: 22 de febrero, 2014.

TORRES, Efrain: “El Daño Moral” Editorial: Fondo de Cultura Ecuatoriana. 1994.

VARGAS, Paves Macarena: “Los Niños en la Mediación Familiar” Documento virtual en línea disponible en <http://www.sisman.utm.edu.ec/> Recuperado 3 de Marzo, 2014.

ZANNONI, Eduardo. “El Daño en la Responsabilidad Civil” 3era ed. Editorial: Astrea de Alfredo. 2005.