

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

LA MEDIACIÓN EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR
UN DELITO DE LESIONES

JOSÉ ANTONIO PRÓCEL

DIRECTORA: MG. OLIVIA CORTEZ

QUITO, 2011

INDICE

ABSTRACT.....	4
PRIMER CAPITULO	
I. LA MEDIACIÓN	
1.1. Definición de mediación.....	6
1.2. Historia de la mediación	9
1.3. La mediación como método de autocomposición.....	15
1.3.1. La autocomposición y los sistemas alternativos de solución de conflictos.....	15
1.3.2 La mediación como método alternativo de solución de conflictos.....	18
1.4. Características de la mediación.....	20
1.4.1. Voluntariedad.....	20
1.4.2. Confidencialidad.....	21
1.4.3. Flexibilidad.....	22
1.5. Aspectos positivos de la mediación como vía alternativa de solución de conflictos.....	24
1.5.1. Razones relativas a la economía de costos.....	24
1.5.2. Razones para un más adecuado ejercicio de los derechos.....	25
1.5.3. Razones por las que la mediación es una mejor formula.....	26
1.6. Aspectos negativos de la mediación como vía alternativa de solución de conflictos.....	29
1.6.1 Razones que afectan el ejercicio de los derechos.....	29
1.6.2. Razones referentes a la ineffectividad de la mediación.....	32
1.7. Capacidad para ser mediadores.....	34
1.8. El Acta de Mediación.....	36
SEGUNDO CAPITULO	
II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL	
2.1. Noción del daño.....	38
2.2. Relación entre el daño y la responsabilidad jurídica.....	38

2.3. Clases de daño.....	41
2.3.1. Daño emergente y lucro cesante.....	42
2.3.2. Daño Actual y Daño Futuro.....	47
2.3.3. La pérdida de Chances.....	51
2.3.3.1. La Chance Productiva o Patrimonial.....	56
2.3.4. Daño Moral.....	57
2.3.4.1. Los Derechos de la Personalidad.....	62
2.3.4.1.1. Características de los derechos de la personalidad.....	63
2.3.4.1.2. Clasificación de los derechos de la personalidad.....	65
2.3.4.2. Prueba del Daño Moral.....	66
2.3.5. La Chance Espiritual.....	69

TERCER CAPITULO

III. EL DELITO DE LESIONES, Y LA INDEPENDENCIA LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, FRENTE A LA ACCIÓN PENAL

3.1 Bien Jurídico Protegido.....	72
3.2 El delito de lesiones como daño al cuerpo o a la salud.....	75
3.2.1 Daño Corporal o Daño en el Cuerpo.....	75
3.2.2 Daño en la Salud.....	77
3.3 Tipos de Lesión.....	77
3.3.1 Lesión Intencional y Lesión Inintencional.....	77
3.3.1.1 Lesión Intencional.....	77
3.3.1.2 Lesiones Inintencionales o Culposas.....	79
3.3.3 Lesiones de acuerdo a la gravedad de la incapacidad.....	80
3.3.4 Otros tipos de lesiones.....	84
3.3.4.1. Lesiones estables, episódicas e intermitentes.....	84
3.3.4.2. Lesiones Subsanables e Incapacitantes.....	85
3.3.4.3. Lesiones producidas por la administración de sustancias.....	86
3.3.4.4. Lesiones en riña o agresión colectiva.....	87
3.3.4.5. Lesiones Deportivas.....	88
3.4 Independencia de la acción civil, frente a la acción penal en cuanto al delito de lesiones.....	88

CUARTO CAPITULO

IV. APLICABILIDAD DEL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR UN DELITO DE LESIONES

4.1. Razones por las que es posible realizar la mediación en los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones.....	92
4.2 Perfil del Mediador de un delito de lesiones.....	96
4.3 El Proceso de mediación en los delitos de lesiones.....	99
4.4. El acta de mediación, en la mediación de un delito de lesiones.....	102
4.5. Ventajas y desventajas de la mediación en delitos de lesiones.....	103
4.5.1. Ventajas para todas las partes involucradas en el conflicto.....	103
4.5.2. Ventajas para la víctima.....	104
4.5.3. Ventajas para el victimario.....	104
4.5.4. Desventajas de la mediación de delitos.....	105

QUINTO CAPITULO

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones.....	106
5.2 Recomendaciones.....	108
Bibliografía.....	110

ABSTRACT

Se realizó un estudio exploratorio que se trata de la investigación de un problema poco estudiado antes, como es la mediación de daños y perjuicios generados por un delito de lesiones y familiarizarnos con este problema; la presente disertación se realizó utilizando el método lógico deductivo ya que a partir de los conceptos positivistas generales de soluciones alternativas a los conflictos, llegamos a la conclusión particular la cual es la aplicación de la mediación en los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones.

Actualmente nos encontramos en una sociedad donde el litigio ya no es la solución más eficaz a los conflictos, ya que el sistema judicial tarda mucho en dar una solución a dichos conflictos, y lo que buscan las partes es una solución inmediata a su problema. Cada vez más las personas buscan solucionar sus problemas a través del Arbitraje o la Mediación, ya que son sistemas de solución más rápida; ya sea el laudo arbitral, o el acta de mediación que tienen validez de cosa juzgada, y dan una solución definitiva al conflicto. En este proceso de Mediación es necesario que el mediador y las partes involucradas conozcan la clase de daños que existen en la responsabilidad civil, igualmente que existe la independencia de la acción civil frente a la acción penal.

La disertación será de gran utilidad ya que al socializar la mediación en daños y perjuicios generados por el delito de lesiones, promoverá la utilización de la Mediación como un método alternativo de solución de conflictos en un área que actualmente no se utiliza, como son los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones. Al promover la utilización de la Mediación en estos casos, las personas ahorraran costos y principalmente tiempo ya que en un proceso judicial es necesario esperar la sentencia para recibir los daños y perjuicios generados por el delito

de lesiones, y eso en caso de haber presentado la acusación particular, caso contrario se necesita realizar un juicio civil para la liquidación de daños y perjuicios.

I. LA MEDIACIÓN

1.1 Definición de mediación

En los últimos años en Ecuador se ha implementado la utilización de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos debido a que existe una crisis judicial por la sobrecarga procesal de la que se ven afectados los jueces de distintas áreas, lo cual causa una gran demora para dar una solución al conflicto, la cual, uno o los interesados desean solucionar en el menor tiempo posible.

Entendamos que es un Método Alternativo de Solución de Conflictos de acuerdo al significado de cada una de sus palabras.

METODO: “Conjunto de normas, procedimientos, ejercicios o lecciones destinados al aprendizaje o a la transmisión de conocimientos.”¹

ALTERNATIVOS: Es la circunstancia por la cual una persona, o grupo, tienen dos o más posibilidades de actuar para lograr un objetivo. Pueden ser excluyentes, es decir, sólo se puede escoger una de las posibilidades; o ser incluyentes, en cuyo caso podemos escoger más de una. La palabra alternativa procede de la voz latina Alternatus que significa “variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente.”²

Acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar alguna cosa o gozar de ella alternando con otra. Hacer o decir algo por turno.

¹ Círculo de Lectores, Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo, Plaza y Janes S.A. Editores, pg. 2727

² Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe S.A., pg. 77

SOLUCION: “Acción y efecto de resolver una duda o dificultad. Desenlace o término de un proceso, negocio, etc.”³

CONFLICTO: Proceso que se inicia cuando una parte percibe que otra la ha afectado de manera negativa o que está a punto de afectar de manera negativa, alguno de sus intereses. Procede de la voz latina “Conflictus que significa lo más recio de un combate, antagonismo, pugna, oposición, combate, angustia de ánimo, apuro, situación de difícil salida.”⁴

Tomando en cuenta la explicación anterior, podemos tener una idea clara de que son los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, podemos definirlos como los procesos alternativos a la vía judicial que permiten llegar a la solución del conflicto. La Mediación pertenece a estos Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, es decir es un proceso alternativo a la vía judicial. El término mediación tiene su origen en la palabra latín *mediatio* el cual se refiere a la acción de mediar, a su vez mediar significa “la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio, Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando, reconciliarlos y unirlos en amistad, Interceder o rogar por alguien.”⁵

Considero que el término “mediación” podría llevar a un sentido equivoco para las personas no familiarizadas con este método alternativo de solución de conflictos, ya que la primera idea que surge al escuchar la palabra mediación es la solución del conflicto por medio o a través de un tercero, y esto no es así. El mediador solamente tiene la función de

³ Ibíd. pg. 1258

⁴ Ibíd. pg. 358

⁵ <http://www.rae.es>

ayudar a las partes para solucionar de la mejor manera su conflicto; se puede decir que el mediador es un técnico que enseña a las partes en conflicto, a comunicarse y mejorar sus habilidades de diálogo para solucionar sus problemas.

En un sentido simple según Jaidivi Núñez Varon, el término mediación se refiere a la actividad de interceder por alguien, pero la persona que ejerce la actividad de mediador, no intercede a favor de una de las partes, sino por todas. Por tanto, la acción de mediar en la gestión de conflictos se orienta con mayor precisión a la acción de interponerse entre las partes para ayudarlas a resolver sus controversias y ejercer sus derechos.⁶

Actualmente tenemos una amplia bibliografía respecto a la conceptualización de mediación, por lo que considero idóneo revisar los conceptos de mediación de varios autores, ya que esto servirá para tener un mejor criterio de que es la mediación. Iniciemos con el concepto de la tratadista argentina Marlene Cano la cual nos dice que mediación es: “Procedimiento mediante el cual las partes de una relación en conflicto, libre y espontáneamente, con la participación de un tercero -mediador cuya función es acercar a las partes, pero sin facultad para proponerles fórmulas de arreglo- buscan llegar a un acuerdo para solucionar sus diferencias”⁷

De acuerdo a Eduard Vinyamata “La mediación es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona (o personas) neutral(es), aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Tiene el propósito

⁶ ASIPI, Manual Práctico de Mediación, Legis, pg. 227

⁷ Ibíd. pg. 229

de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones”⁸

La mediación es una modalidad de solución de conflictos autocompositiva, es decir las partes son quienes deciden el acuerdo por mutuo acuerdo, es decir las mismas partes ponen fin al conflicto con un acuerdo voluntario. En este sentido tal y como sostiene Gimeno, “dentro de esta evolución de los medios de solución de conflictos la autocomposición aparece como una fórmula más civilizada que la autotutela o autodefensa”⁹

En la autocomposición se conservan algunas características de la autotutela, ya que en ambos casos el conflicto es solucionado por los propios interesados, sin que altere la autocomposición la intervención de un tercero (mediador) ya que su función se limita a ayudar a las partes a llegar a un acuerdo, más nunca el mediador debe imponer solución alguna.

La Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 43 nos da la siguiente definición de mediación: “La mediación es un procedimiento 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.”¹⁰

1.2. Historia de la mediación

⁸ Vinyamata, Eduard, Aprender mediación, Paidós, pg. 260

⁹ Soleto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigormá, pg. 135

¹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 43

Considero necesario estudiar la historia de la mediación ya que para entender una figura es necesario saber la historia de su surgimiento.

La mediación como se la conoce actualmente tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, existe divergencia entre algunos autores respecto al momento exacto de su aparición, para algunos es a mediados del siglo XX y para otros en los años setenta y los ochenta. Al no conocer fecha exacta diversos autores coinciden en que sus orígenes fueron en la última parte del siglo XX. No obstante la mediación no se origino de la nada, existen antecedentes históricos de la mediación desde mucho tiempo atrás.

El poder judicial se encuentra actualmente institucionalizado, es decir existe un “poder del Estado cuya misión es decidir en cada momento y ante una situación de conflictividad, cuál de las partes o en qué medida cada una tiene la razón en su requerimiento.”¹¹ En una visión retrospectiva de la historia nos indica que esto no siempre fue así, “antiguamente, llegando hasta la modernidad existieron una pluralidad de foros a los que acudir en búsqueda de justicia, pluralidad que determinaba jurisdicciones variadas, que se regían por el principio de subsidiariedad, y que determinaban soluciones diferentes según los casos, los lugares, los juzgadores, etc.”¹² En esta pluralidad de jurisdicciones, en todas las culturas surge la figura de un tercero cuya función es solucionar los conflictos que suceden entre particulares. “Ese tercero, tenía la autoridad reconocida de quienes se sometían a su dictamen, los cuales se comprometían desde el principio a respetar la solución dada, ese

¹¹ Soleto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigorma, pg. 174

¹² *Ibíd.*

tercero mediaba, componía, ayudaba, decidía, juzgaba, daba en suma respuesta al conflicto que enfrentaba a las partes”¹³

La palabra *medianedo*, se encuentra documentada por primera vez en 1076 en el Fuero de Avilés, y se le atribuye el significado jurídico de jurisdicción extraordinaria por encima de las ordinarias.¹⁴

En las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio, no recogen el término mediación, sin embargo la función del mediador persiste ya que esta mencionada Partida si trata acerca de los que son “escogidos para librar algún pleito señalado, con otorgamiento de ambas partes”¹⁵

El término mediación se encuentra ausente durante los siglos XV, XVI, y XVII, lo que indica que también sus leyes, en 1734 surge por primera vez la palabra mediación y mediador en el Diccionario de Autoridades de la Lengua Española; este diccionario define a la mediación como “la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”¹⁶

El diccionario de la Lengua Castellana de la Real Academia Española, publicado en 1780, mantiene los significados citados anteriormente, lo cual indica que el uso habitual de la palabra mediación permaneció en la lengua española.¹⁷

En la Edad Moderna la mediación tomo un papel importante en el derecho internacional, ya que es difícil solucionar un conflicto que ocurra entre países soberanos, sin recurrir a la fuerza bruta, por este motivo el derecho internacional ha sido un campo fructífero para el

¹³ *Ibíd.* pág. 175

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

desarrollo de la mediación. Este rol de mediadores generalmente era dado por sacerdotes, por ejemplo el Papa Inocencio X en 1648, realizó una mediación entre Austria y Francia; Esta labor de mediadores no estaba exclusivamente desarrollada por sacerdotes, también lo realizaba un rey o emperador, por ejemplo Napoleón III en 1866, fue mediador entre un conflicto entre Austria y Prusia.

Las antiguas civilizaciones de manera distinta han mantenido la figura de un mediador, si bien no lo llamaban como tal, sí existía porque realizaba esa función. En el caso de los pueblos nómadas, o las tribus más antiguas elegían al más anciano del clan para que resolviese sus conflictos debido a su mayor experiencia. En este sentido tal y como lo hace Helena Soletto es necesario recordar que “Platón propuso que gobernasen la ciudad los más sabios que él denominaba filósofos, porque ellos debían tener más conocimientos sobre lo justo y lo injusto y, por lo tanto, mayor experiencia para poder organizar la vida de los seres humanos en sociedad.”¹⁸

Otro ejemplo de acuerdo a la misma autora es el “Beth Din judío que se concreta en un grupo de rabinos constituido en Consejo cuya función era resolver las contiendas entre mercaderes.”¹⁹ En estos ejemplos vemos como personas sin poder político reconocido, asumen libremente por el pueblo la autoridad para dirimir sus conflictos.

En África existía la costumbre de reunir a una asamblea para resolver sus conflictos, en el seno de esa asamblea se elegía a una autoridad o persona destacada de la comunidad con el fin de que actúe como mediador en el conflicto ayudando a las partes a solucionarlo de manera cooperativa, evitando el uso de sanciones impuestas por un poder proveniente del

¹⁸ Ibíd. pág. 176

¹⁹ Ibíd.

Estado, el cual es ajeno a las partes en conflicto. Esta forma de solucionar los conflictos generó buenos resultados ya que se utilizó una forma natural de solucionar los conflictos, y también porque este proceso evitaba la concurrencia de un juez, el cual estaba alejado a los problemas y vivencias de la comunidad, y por lo tanto tiene menores posibilidades de entender las circunstancias y consecuencias del hecho que generó el conflicto.

Podemos encontrar otro ejemplo en el Tribunal de las aguas de Valencia, en el cual funcionó en España desde el siglo XIII; este tribunal se componía de campesinos, los cuales tenían que realizar un reparto equitativo del agua en toda la comunidad; el agua es un bien escaso en España, y sin él es imposible asegurar la supervivencia de los cultivos y por ende de la vida económica de los campesinos. Estos campesinos no hicieron un mal manejo de este recurso ya que este sistema perduró durante siglos. Como vemos en este sistema la mediación es la base como fórmula autónoma y pacífica de solucionar conflictos. Como vemos en este caso tampoco se dio una imposición por parte del Estado, sino del propio círculo de los afectados.

Es necesario resaltar que la mediación no ha sido utilizada en el pasado solamente por el mundo occidental, las culturas orientales también la realizaban, por ejemplo en la antigua China la mediación era el principal método para la solución de conflictos, esto tiene nacimiento en la filosofía de Confucio, según la cual “la solución adecuada de un conflicto se logra únicamente a través de la persuasión moral del tipo de conducta a seguir siendo inadmisibles la imposición de un acuerdo a través de la coacción.”²⁰ Esta forma de

²⁰ *Ibíd.* pág. 177

pensamiento para solucionar conflictos todavía se conserva en China ya que ellos tienen los Comités Populares de Conciliación.

Con los ejemplos presentados se demuestra que la mediación ha existido durante mucho tiempo en la historia, y en distintas culturas del mundo, además podemos tener las siguientes conclusiones:

- Las personas a lo largo de la historia siempre han generado conflictos, pero igualmente han generado formas de solucionarlos.
- Han existido diferentes métodos alternativos de solución de conflictos a través de la historia, lo que proporciona a los seres humanos un marco más plural de solución de los problemas.
- Podemos afirmar que la mediación ha existido en diferentes culturas y en diferentes momentos históricos, en las distintas culturas se tenía como finalidad la solución de un conflicto acudiendo a un tercero, el cual era una autoridad reconocida de su comunidad, a fin de que esta persona les ayude a solucionar el problema de forma pacífica, sin tener la necesidad de acudir a instancias ajenas a la comunidad.
- Actualmente el sistema judicial es el más aceptado por la sociedad, pero eso no siempre ha sido así, es necesario conocer que a través de la historia siempre han existido diferentes formas de solucionar los conflictos, el conocer estas raíces

históricas nos ayuda a construir la figura actual de la mediación como medio pacífico y alternativo a la vía judicial para la solución de conflictos.

1.3. La mediación como método de autocomposición

1.3.1. La autocomposición y los sistemas alternativos de solución de conflictos

La autocomposición de acuerdo a María Isabel González Cano es “un mecanismo para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, o bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin”²¹. Dentro de la evolución de los medios de solución de conflictos la autocomposición es una forma más evolucionada y pacífica que la autodefensa y la autotutela.

La autocomposición tiene varias características de la autotutela, ya que en ambos casos el conflicto es solucionado por las propias partes, sin que la intervención de un tercero altere la naturaleza autocompositiva, ya que la función del tercero se limita a ayudar a las partes a llegar a un consenso, esta posición impide que el tercero imponga coactivamente solución alguna, este aspecto diferencia claramente a la autocomposición con intervención de un tercero de la heterocomposición, en la cual el tercero es quien impone la solución al conflicto.

La solución mediante autocomposición generalmente no es definitiva, al igual que la autotutela, ya que cualquiera de los sujetos intervinientes en la controversia puede decir,

²¹ *Ibíd.* pág. 134

desconocer la solución aceptada, quedando abierta la posibilidad de solucionar el mismo conflicto mediante la vía judicial, es decir mediante forma heterocompositiva; es necesario recalcar que esto solamente se cumple si el método de autocomposición utilizado se lo ejecuto de manera informal, ya que el Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación nos dice “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará 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. Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo.”²² De lo anterior podemos concluir que solo cuando las formas autocompositivas son formalizadas por una ley, el conflicto queda solucionado de forma definitiva, ya que este acuerdo hay como ejecutarlo de manera coactiva, es decir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la mediación que es una forma de solución de conflictos autocompositiva, tiene los mismos efectos que la vía judicial o heterocompositiva.

Las formas existentes de la autocomposición son la negociación, la conciliación y principalmente la mediación.

La negociación de acuerdo a María Isabel Cano es “la forma de autocomposición en la que las partes discuten por sí mismas la forma de resolución; la resolución puede realizarse entre las partes o sus representantes legales, la mayoría de las veces.”²³

²² Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 47.

²³ Soleto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigorma, pg. 135

La negociación termina con un acta transaccional, el cual puede hacerse ejecutar de manera judicial, ya que de acuerdo al art. 413 del Código de procedimiento civil el acta transaccional es un título ejecutivo; “Son títulos ejecutivos: la confesión de parte, hecha con juramento ante juez competente; la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; la copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas; los documentos privados reconocidos ante juez o notario público; las letras de cambio; los pagarés a la orden; los testamentos; las actas judiciales de remate o las copias de los autos de adjudicación debidamente protocolizados, según el caso; **las actas de transacción** u otras que contengan obligaciones de dar o hacer alguna cosa; y los demás instrumentos a los que leyes especiales dan el carácter de títulos ejecutivos.”²⁴

La distinción entre conciliación y mediación no es evidente, al punto que nuestra ley de arbitraje y mediación en su Art. 55 nos dice que “la conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.”, esto quiere decir que para la legislación ecuatoriana conciliación y mediación no tienen diferencia alguna. Si bien la legislación ecuatoriana no diferencia conciliación de mediación, doctrinariamente se las ha empezado a diferenciar en el sentido en que en la mediación el tercero mediador tiene una formación especializada y utiliza determinadas técnicas; en cambio en la conciliación es el genérico de una solución autocompositiva, así como en aquellos casos en los que la ley prevea el acceso a un acto en el que se procure el acuerdo de las partes, es decir la conciliación carece de la voluntariedad de acceso a ella, en la legislación ecuatoriana la audiencia de conciliación se encuentra planteada en los Arts.

²⁴ Código de Procedimiento Civil. Art. 413.

400-404 del código de procedimiento civil, lamentablemente es casi nula la eficacia de estas audiencias de conciliación.

1.3.2. La mediación como método alternativo de solución de conflictos

En los últimos años ha surgido un gran interés respecto a los métodos alternativos de solución de conflictos, especialmente en la mediación y el arbitraje, esto es debido a como considera Helena Soletto “ los conflictos interpersonales no precisan de la decisión impuesta por la decisión de un tercero, porque las personas debieran estar preparadas para superar y resolver el conflicto del modo más conveniente, con o sin ayuda de otro, pero sin intervención decisoria de nadie salvo en ocasiones extremas.”

Cuando las partes son incapaces de lograr una solución por sí mismos, pueden aplicarse los siguientes modelos para solucionar el conflicto:

- Monopolio absoluto del Estado: El estado designa una autoridad, la cual es la única que puede resolver el conflicto, esto quiere decir que en caso en que las partes no puedan solucionar su conflicto por sí mismos, deben acudir a la autoridad designada por el Estado, y acatar su solución impositiva, este modelo es el proceso jurisdiccional.

- Monopolio relativo del Estado: Las partes en conflicto pueden optar entre acudir a la autoridad designada por el Estado, o designar a un tercero quien será el que resolverá el litigio; hay que tener en cuenta que la ejecución de la resolución que

tome el tercero designado por las partes queda reservada al Estado; en este modelo se da la opción de escoger entre el arbitraje y el proceso jurisdiccional.

- Monopolio Relativo del Estado con actos previos de conciliación: en este modelo existe previamente al litigio mismo un acto previo de conciliación que lo realiza la autoridad impuesta por el Estado, bien por la voluntad de las partes o bien porque es parte obligatoria del proceso.
- En este cuarto modelo tomaré textualmente lo señalado por María Isabel González, “tiene perfecta cabida en el Estado de Derecho un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado; y además por ello no deslegitima en absoluto la función del Estado y en concreto del Poder Judicial, para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio de tutela al ciudadano.”²⁵ En este último modelo es en que es aplicable la mediación.

De lo anterior, podemos concluir que en el modelo donde se aplica la mediación, las personas que deciden solucionar sus problemas por esta vía, mejoran su comunicación ya que ellos mismos lograron el acuerdo de una manera voluntaria, lo que genera un mayor grado de compromiso para cumplir el acuerdo, de esta manera la mediación les ayuda para vivir de un modo menos conflictivo en el futuro. De esta manera vemos que la mediación es una forma “para” y no “de” solucionar el conflicto.

²⁵ Soleto Muñoz, Helena, *Mediación y Solución de Conflictos*, Rigorma, pg. 137

1.4. Características de la mediación

De acuerdo a las definiciones planteadas anteriormente de mediación podemos concluir las siguientes características de la mediación: Voluntariedad, Confidencialidad, Flexibilidad.

1.4.1. Voluntariedad

A diferencia del proceso judicial en el cual, las partes son obligadas a hacer o dejar de hacer algo, mediante una sentencia, en la cual siempre existe un vencedor y un perdedor, en la mediación existe la voluntariedad de las partes de realizar la mediación, si bien es cierto una de las partes solicita la mediación, pero la otra no tiene obligación alguna de acudir a realizar la mediación, en la mediación no existe demanda, intimando a la otra parte a contestar la demanda, ni plazos procesales estrictos, en la mediación existe una invitación de parte del mediador en la cual la otra parte sabe que si falta a la comparecencia no le acarreará ningún problema. La voluntariedad sirve para que el mediador les señale a las partes que ellos al acudir a la mediación tienen un acuerdo incipiente, el cual es, el utilizar la mediación como procedimiento para poner fin a su conflicto.

En Ecuador la audiencia de conciliación es obligatoria para todo procedimiento civil, pero incluso en este caso se resalta la voluntariedad, ya que las partes no son obligadas a someterse a este proceso, ya que pueden aceptar o no el someterse a este proceso.

1.4.2. Confidencialidad

En la mediación a diferencia del proceso judicial no se buscan pruebas para llegar a la verdad de los hechos, no existe una relación entre la decisión y los hechos, simplemente porque no existe ninguna decisión, y consecuentemente, nadie que la imponga. La mediación a diferencia del proceso judicial no se resuelve por los hechos, sino por los intereses y las necesidades.

Al no existir pruebas en la mediación, si las partes involucradas en el conflicto efectúan alguna declaración acerca de los hechos que rodean el problema, esta declaración no podrá ser utilizada en su contra en un futuro proceso judicial, esta obligación de confidencialidad, alcanza a las partes y al mediador, ya que en caso de ser llamado como testigo en un proceso judicial, el mediador tiene el deber de no declarar al respecto.²⁶

El mediador debe explicar la confidencialidad del proceso al inicio mismo del proceso de mediación, esta obligación del mediador de explicar a las partes la confidencialidad del proceso, se basa, en que las personas involucradas en el proceso se sentirán más libres de contar lo ocurrido, y su punto de vista respecto al problema, al saber que lo que digan no podrá perjudicarlo en un futuro.²⁷

A fin de instrumentar este deber de confidencialidad el mediador puede ofrecer a las partes la firma de un convenio en donde quede plasmado por escrito su compromiso de sigilo.

²⁶ Soleto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigorma, pg. 216

²⁷ Ibid.

1.4.3. Flexibilidad

La mediación es un proceso, el cual tiene una estructura maleable, lo cual quiere decir que el mediador y las partes tienen flexibilidad ya sea respecto a plazos o cuantas sesiones se deben realizar para solucionar el problema, las sesiones de mediación se realizan a conveniencia de los intervinientes, es un proceso informal, no formal como el proceso judicial.

Existe un verdadero poder de disposición de las partes respecto del resultado de ese proceso, es decir si se finaliza la mediación con un acuerdo, este se dará solamente porque les conviene a las partes, el mediador no impone nada, como si ocurre con la sentencia judicial.²⁸

El mediador es el director del proceso de mediación, él decide que hacer y que evitar, el mediador se debe adaptar de manera flexible a cada situación particular, si bien la mediación es un proceso y sigue ciertos procedimientos debe permanecer flexible y adaptarse a la dinámica de cada caso, la mediación al buscar satisfacer necesidades e intereses no puede ser un proceso rígido, no existen mediaciones iguales, el proceso debe adaptarse a la naturaleza de cada caso particular. El mediador al ser quien dirige el proceso de mediación tiene ciertas herramientas las cuales él puede decidir si utilizarlas o no, formular determinadas preguntas a fin de reunir más información, utilizar técnicas para generar opciones en las etapas finales del proceso, etc., podemos utilizar un ejemplo dado por Helena Soletto, para entender mejor la flexibilidad del mediador de recurrir a sus herramientas “podemos utilizar la imagen del conductor de un vehículo: el automotor es la

²⁸ Ibid. pg. 217

mediación misma y las partes intervinientes son los pasajeros transportados. El chofer es el mediador: nada le obliga a ir por el camino más corto para llegar al destino (el acuerdo): puede hacer un alto en el recorrido, cambiar la velocidad, hacer un rodeo, o tomar un atajo. Lo que deben saber los pasajeros es que el chofer conduce perfectamente bien y que hará lo posible –porque está perfectamente entrenado para ello- para llevarlos a buen puerto”²⁹

En esta parte hay que recalcar que si bien la mediación es un proceso informal, esto no quiere decir que las partes pueden hacer o decirse lo que les venga en gana, el mediador siempre debe ser el guardián del proceso. Por eso de acuerdo a Helena Soletto “el mediador controla el proceso, mientras las partes controlan el resultado de ese mismo proceso

1.4.4. Imparcialidad

El mediador no debe favorecer ninguna de las posiciones sostenidas por las partes, el mediador solamente facilita el proceso, más no se involucra en el mismo. Sin embargo esta imparcialidad no quiere decir que no informe a las partes sobre los alcances o consecuencias que en el plano jurídico pudieran derivarse de sus respectivas posturas. La imparcialidad también implica que el mediador no obtiene ningún beneficio ni se ve afectado directa o indirectamente con el resultado del proceso; esta imparcialidad también implica que el mediador no debe identificarse empáticamente hacia ninguna de las partes, ya sea por tener coincidencias o semejanzas en la vida personal, o cualquier otro motivo, si las partes notan esto, deben hacerlo notar al mediador para que este recupere su imparcialidad. Es preciso señalar en este punto que la mediación no se desarrolla solamente

²⁹Ibid. pg. 218

ante un tercero imparcial, también se la realiza en un espacio neutral, es decir el lugar donde se realiza la mediación debe proporcionar a las partes un estado de confianza y tranquilidad.

1.5. Aspectos positivos de la mediación como vía alternativa de solución de conflictos

Los aspectos positivos de la mediación pueden enmarcarse de acuerdo a: 1.- Razones relativas a la economía de costos; 2.- Razones para un más adecuado ejercicio de los derechos; y 3.- Razones por las que es una mejor formula.

1.5.1. Razones relativas a la economía de costos

Actualmente tenemos un sistema judicial en el cual los procesos avanzan de manera muy lenta, su costo es muy caro y su resultado incierto y en algunos casos puede resultar injusto, de manera que el tiempo de espera para un resultado no compensa el resultado del proceso.

En cambio con la mediación tenemos las siguientes ventajas:

- Es un procedimiento mucho más corto con menos grados de formalidades.
- Es un proceso de menor costo económico, ya que no se gasta en abogado.
- Ayuda al sistema judicial a evitar que se dé una sobrecarga procesal, ya que abre una manera efectiva de solucionar los conflictos que no sea exclusivamente

acudiendo a los tribunales y juzgados. Recordemos que el acta de mediación tiene validez de cosa juzgada, por lo que es equivalente a una sentencia.

- Permite que las partes que se encuentran en conflicto encuentren una manera de solucionar el mismo de una forma no muy complicada ya que las partes pueden expresarse las veces que ellas encuentren conveniente, sin que su respuesta sea definitiva, ya que pueden modificar su postura en el transcurso del proceso de mediación; las partes saben que tienen la responsabilidad de cumplir un acuerdo el cual ha sido debidamente comprendido y aceptado por cada una de las partes.

1.5.2. Razones para un más adecuado ejercicio de los derechos

- La mediación genera una mayor capacidad de las partes para solucionar sus conflictos por sí mismos, sin que estos tengan la necesidad de acudir al Estado para que sus conflictos sean solucionados.
- La mediación incrementa la creatividad de las partes, ya que estas deben encontrar la mejor solución al conflicto sin llegar a sentir que una de las partes ha salido perjudicada o favorecida.
- La mediación produce una mayor libertad de las partes, ya que para solucionar el conflicto estos solamente tienen como límite el no violar la ley, y pueden hacer o dejar de hacer cualquier cosa para llegar a una solución al conflicto.

- La mediación permite renunciar al proceso en cualquier momento que una de las partes decida, ya que solamente depende de la voluntad de las partes el llegar o no a un acuerdo.

- La mediación ayuda a generar más responsabilidad a las partes, ya que el acuerdo al que hayan llegado de forma voluntaria, debe ser mantenido de una manera responsable.

- La mediación permite que las personas rijan sus conflictos de acuerdo a sus propios designios.

- Al utilizar la mediación como vía alternativa de solución de conflictos ayuda a desjudicializar las relaciones entre las personas. Debemos entender que si bien la mediación es muy conveniente, esta conveniencia no debe entenderse como negadora de la vía judicial, ya que la vía judicial siempre será por excelencia la forma de solución de conflictos, ya que la mediación no es aplicable para solucionar toda clase de conflictos, como si lo es la vía judicial.

1.5.3. Razones por las que la mediación es una mejor formula

- La mediación es de fácil aplicación, ya que a diferencia de la vía judicial en la cual los procedimientos se encuentran estandarizados y no hay como cambiarlos, en la

mediación pueden existir muchas modificaciones, según las partes y las circunstancias lo requieran.

- En la mediación las partes sienten que la solución a su conflicto es suya y que solamente ellas son quienes mejor pueden solucionarlo; además saben que la ejecución de la solución dada por ellos mismos se vincula a su responsabilidad frente al compromiso adquirido.
- De acuerdo a Milagros Otero Parga la mediación es una medida interesante frente a la violencia ya que “las personas que practican la mediación se sientan voceros de la justicia, protagonistas de la misma y con posibilidad real de influir en un proceso que les afecta, desentendiéndose de los demás”³⁰
- La mediación ayuda a una socialización del conflicto ya que las personas tratan de solucionar sus problemas por sí mismos acogiéndose al principio de subsidiaridad, esto es exigir que el Estado solo actúe en caso en que las personas no puedan ser capaces de llegar por sí mismos a una solución satisfactoria de su conflicto.
- En el proceso de mediación se ejerce de mejor manera la autonomía de la voluntad, ya que ellos mismos deciden que hacer o no hacer de acuerdo a sus posiciones, intereses y necesidades; esto no puede ocurrir en la vía judicial, ya que en esta vía el Estado a través de los jueces es quien les dice lo que deben o no deben hacer.

³⁰ Soletto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigorma, pg. 148

- La mediación ayuda a que ninguna de las partes en el conflicto se sientan vencedor o vencido, ya que cada parte procura obtener la mejor solución para sí misma, siendo consciente de que también debe realizar algunas concesiones a favor de la otra parte.
- La mediación incrementa la imaginación y creatividad de las partes, ya que ellas mismas buscan una solución satisfactoria para todas las partes involucradas en el conflicto.

Como vemos en las razones que he expuesto a favor del uso de la mediación, estas razones promueven el uso de la mediación ya que las partes son mucho más protagonistas, y pueden llegar por sí mismos, aunque el mediador los ayuda, a la mejor solución a su conflicto, con el menor costo posible, con el mayor grado de ejercicio de sus derechos y de su responsabilidad.

Si bien existen estas razones para promover la utilización de la mediación, también existen varias razones por las cuales no es conveniente la utilización de la mediación como método para solucionar un conflicto, es necesario conocer también estas razones para que las personas puedan tener un buen elemento de juicio para escoger o no la mediación como vía de solución a un posible conflicto presente o futuro.

1.6. Aspectos negativos de la mediación como vía alternativa de solución de conflictos

Existen dos grandes grupos de razones por los cuales no es recomendable el uso de la mediación los cuales son: 1.- Razones que afectan al ejercicio de los derechos y, 2.- Razones referentes a la inefectividad de la mediación.

1.6.1 Razones que afectan el ejercicio de los derechos

- La mediación no protege de una manera correcta los derechos de la parte más débil. Esta razón surge debido a que si una de las partes no tiene un carácter adecuado para intentar solucionar sus necesidades en el proceso de mediación, esta parte es fácilmente susceptible a ceder a imposiciones de la otra parte. Si bien esto puede darse, es deber del mediador evitar que esto se produzca, ya que el debe detectar estas situaciones ya que al dialogar con las partes no existe un clima de confianza, y si el mediador se da cuenta de que una de las partes no está protegiendo sus derechos, el mediador debe suspender el proceso de mediación y continuarlo después, o incluso si el problema persiste debe realizar un acta de imposibilidad de mediación, ya que el problema no puede ser solucionado por esta vía.

- La mediación permite un acceso más reducido a la justicia, que la vía judicial. Esta razón se basa en que el juez es una persona especializada en el campo del derecho, por lo cual puede proteger de mejor manera los derechos de las personas. Si bien

esta razón resulta aparentemente lógica, el mediador también al igual que el juez puede llegar a la mejor solución del conflicto, con el aspecto positivo de que las partes son quienes llegan a esta solución y el mediador solamente es un facilitador. La mediación no busca que las personas dejen de solucionar sus conflictos por la vía judicial, sino aporta una alternativa a la misma lo cual aligera la carga procesal que tiene la vía judicial en la actualidad.

- En una mediación pueden realizarse acuerdos renunciando a derechos que son indisponibles. Siempre el mediador debe tener un conocimiento suficiente de derecho, para evitar que esto ocurra, por ejemplo puede darse el caso de que las partes acuerden llegar a una pensión de alimentos mucho menor al mínimo legal, lo cual es función del mediador no permitirlo. Es función y responsabilidad del mediador precautelar que no se violen los derechos de ninguna de las partes involucradas en el conflicto.

- La mediación lleva a la desjudicialización del derecho. Si bien esta razón es cierta, esto no quiere decir que la mediación y cualquier otro método alternativo de solución de conflictos ataque a la vía judicial, más bien es un apoyo a la vía judicial ya que solamente se utiliza cuando es necesaria y aplicable, la misma ley limita el uso de la mediación en los artículos Art. 43 y 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación los cuales dicen: Art. 43: “La mediación es un procedimiento 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.”³¹, en este punto la ley de arbitraje y mediación ya limita que temas pueden ser sometidos a mediación, ya que solamente son mediables los temas de materia transigible. El Art. 46 nos dice cuando es procedente aplicar la mediación: “La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales; b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y, c) Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten. Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar dicho

³¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 43

término.”³² Como vemos este artículo dice claramente que la mediación solamente puede realizarse por la voluntad de las partes, ya sea por pedido de una de las partes o porque antes tenían un convenio de que en caso de existir un conflicto este será solucionado por vía de la mediación.

1.6.2. Razones referentes a la ineffectividad de la mediación

- La mediación no genera Jurisprudencia. Lo cual es verdadero, la mediación sirve para solucionar un conflicto en concreto, pero jamás tendrá carácter de jurisprudencia, ya que solamente podría quedar como precedente para el mediador, el cómo se soluciona mejor un conflicto similar, que el deba ayudar a solucionar en el futuro. Sin embargo considero que si bien la mediación no genera jurisprudencia, esta no es una razón para que las personas crean que el acuerdo llegado por medio de la vía de la mediación no tenga la efectividad de una sentencia judicial ya que el art. 47 de la ley de arbitraje y mediación nos dice: “...El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará 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.”³³ Con esto vemos que la mediación tiene la misma efectividad que la vía judicial, por más que la mediación no genere jurisprudencia, como si lo hace la vía judicial.

³² Ibíd. Art. 46

³³ Ibíd. Art. 47.

- La mediación no es aplicable a cualquier caso, es decir no todos los conflictos pueden ser resueltos por medio de la mediación. Como vimos antes a mediación solo puede ser aplicable en materia transigible y en casos en los cuales haya existido un convenio previo en el cual las partes aceptan solucionar un conflicto futuro por la vía de la mediación, o en caso de que una de las partes haya solicitado la mediación y la otra parte lo haya aceptado. Este punto es fundamental para el tema de fondo a tratar en esta disertación ya que como vemos ningún delito de acción pública sería mediable ya que existe un interés superior del Estado y es función del Estado el sancionar el delito, jamás esta materia puede ser considerada transigible, sin embargo los daños y perjuicios que puede generar un delito de lesiones si es mediable, ya que los daños y perjuicios, si es una materia transigible ya que solamente afecta a las partes y no al Estado. Sin embargo esto lo veremos con profundidad más adelante.

Existen otras razones las cuales no pueden ponerse en ninguno de los 2 grupos que vimos anteriormente las cuales son las siguientes:

- Es incierto el asegurar la neutralidad del mediador. Si bien el mediador debe ser neutral e imparcial, puede darse el caso de que el mediador se identifique con una de las partes y empiece a ayudar subjetivamente a esa parte, en este caso el mediador tiene la obligación de realizar un cambio de mediador para que este nuevo mediador lleve el proceso. Si bien existe esta pequeña posibilidad de que el mediador no actúe con neutralidad, es más fácil asegurar la neutralidad del mediador ya que él es escogido por las partes para la utilización de sus servicios, que la neutralidad del

juez. No es fácil recusar a un juez en caso de que éste no se comporte de manera neutral, en cambio en la mediación cualquiera de las partes puede elegir un nuevo mediador ante la menor sospecha de que el mediador no está actuando de manera neutral, incluso si solamente una de las partes desea cambiar de mediador se debe realizar este cambio, esto debido a la voluntariedad del proceso de mediación.

- La mediación puede ser una pérdida de tiempo y dinero. Aunque las mediaciones son menos costosas y más cortas que los casos que se llevan por la vía judicial, si cuestan dinero y pueden durar cualquier período de tiempo, desde unas pocas horas hasta unos pocos días. Si bien la mediación es eficiente, tanto económicamente como en tiempo, esto solo es aplicable cuando ambas partes desean mediar la disputa. Si una de las partes acude a la mediación con la intención de no hallar solución alguna, la mediación se vuelve inefectiva. Esta razón en contra de la mediación es fácilmente subsanable ya que el mediador debe recalcar la voluntariedad del proceso de mediación, y si ambas partes acuden voluntariamente con la finalidad de solucionar el conflicto, la mediación será exitosa y la mediación no va a ser una pérdida de tiempo y dinero.

1.7. Capacidad para ser mediadores

Nuestra legislación establece claramente quienes pueden ejercer como mediadores, en el art. 48 de la ley de arbitraje y mediación, la cual señala lo siguiente: “la mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador

independiente debidamente autorizado. Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador. El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.»³⁴

Al ser únicamente necesario haber completado el curso académico y las pasantías necesarias, no es necesario tener un título profesional específico para ser mediador, aunque como criterio personal, considero debe tener un conocimiento básico de la legislación nacional, para evitar llegar a acuerdos no acordes con la ley, por ejemplo acordar una pensión alimenticia mucho menor al mínimo establecido por la ley.

Quien actúe como mediador para solucionar un conflicto de acuerdo al art. 49 de la ley de arbitraje y mediación queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o incluso arbitral, relacionado con el conflicto en el cual el actuó como mediador, ya sea como abogado, arbitro, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes; igualmente se le prohíbe acudir a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación³⁵; esto debido a que en caso de que realice cualquiera de estos actos violaría claramente los principios de confidencialidad e imparcialidad de la mediación.

³⁴ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 48

³⁵ *Ibíd.* art. 49

1.8. El Acta de Mediación

Todo proceso de mediación concluye con la realización de un acta de mediación la cual puede constar un acuerdo total, un acuerdo parcial, o la imposibilidad de lograr un acuerdo.

El acuerdo total, o cuando la mediación tiene total éxito, debe contener de acuerdo al art. 47 de la ley de arbitraje y mediación lo siguiente: “el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador. Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas. El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará 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.”³⁶

El acta de mediación también puede contener un acuerdo parcial, con los requisitos señalados anteriormente, pero las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo suscrito en el acta de mediación.

El mismo art.47 nos indica los efectos de no llegar a ningún acuerdo en el proceso de mediación, este artículo nos señala lo siguiente: “En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos

³⁶ Ley de Arbitraje y Mediación. Art.47

procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.”³⁷

Esta acta de imposibilidad de mediación también se la realiza en caso de que alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación respectiva dos veces seguidas.

³⁷ *Ibíd.*

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1. Noción del daño

De acuerdo a Eduardo Zannoni el daño se define como “el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.”³⁸ El daño no solamente puede ser generado afectando los bienes de una persona, es decir afecta un interés personal, sino también puede afectar el interés de un grupo de personas o interés colectivo, en este grupo pueden ubicarse los delitos ambientales ya que no solo afectan a una persona, sino a toda una comunidad.

2.2. Relación entre el daño y la responsabilidad jurídica

Es necesario comprender la definición de daño ya que es el daño el que la obligación de resarcir, es decir la responsabilidad jurídica, de acuerdo a Zannoni “no hay responsabilidad jurídica si no hay daño.”³⁹ En nuestro código Civil encontramos en su art. 2214 que el daño genera una indemnización a la parte afectada, es decir la responsabilidad jurídica, este art. Dice lo siguiente: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”⁴⁰ Como vemos el código civil nos indica que para que exista una

³⁸ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 1

³⁹ *Ibíd.* Pg. 2

⁴⁰ Código Civil, Art. 2214.

responsabilidad civil es necesario que se haya realizado un delito o cuasidelito, es decir el daño debe haber sido cometido dolosamente o culposamente, de acuerdo a Zannoni “no hay responsabilidad sin culpa.”⁴¹

La responsabilidad civil puede decirse que surge como la reparación del daño injustamente causado, y desde el punto de vista de la persona afectada, es la reparación de un daño justamente sufrido. El daño siempre debe ser responsabilizado a una persona, ya que el daño puede ser generado por el hacer o no hacer de una persona, por ejemplo si un perro de X persona le muerde a Y en la calle, el perro no es responsable del daño causado por más que el, sea el que genera el daño, el responsable es X que tenía la obligación de salir con el perro con cadena y bozal, y por lo tanto X tiene la responsabilidad civil de indemnizar a Y.

Nuestro Código Civil en su Art. 2220, nos trata sobre la responsabilidad civil generada por hechos ajenos, el cual nos dice “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”⁴²

⁴¹ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 3

⁴² Código Civil Art. 2220.

Como vemos siempre existe un responsable del daño causado, por un delito o cuasidelito y como vimos en el art. 2214. La persona que cometió el delito o cuasidelito, independientemente de la responsabilidad penal que puede tener con el Estado, tiene la obligación civil de reparar el daño causado.

El daño puede ser de 2 formas daño directo o daño indirecto y es necesario revisar las distintas distinciones que existen entre el daño directo y daño indirecto:

- Daño directo es aquel que afecta directamente el patrimonio del afectado, es decir directamente en sus bienes; en cambio el daño indirecto es aquel que recae sobre los bienes extrapatrimoniales del afectado, estos de acuerdo a Zannoni son “los derechos de la personalidad, ya sean su integridad física, el honor, la intimidad, la propia imagen”⁴³
- También se denomina daño directo a aquel que sufre el afectado por el acto dañoso, e indirecto es aquel que experimentan terceros en razón del mismo acto dañoso. En caso de que el daño afecte a terceros nuestro código civil en su art. 2215. Nos indica que no solamente el afectado directamente puede reclamar la indemnización, el art. 2215 dice lo siguiente: “Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de

⁴³ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 54.

habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.”⁴⁴

- Existe también una distinción entre daño directo y daño indirecto, de manera relativa al tiempo de consecuencia del daño, es decir el daño directo sería aquel en el cual el perjuicio es una consecuencia inmediata del acto dañoso; en cambio sería daño indirecto cuando el daño se genera luego de que el acto dañoso se conecta con un hecho distinto, a este daño también se lo denomina daño mediato. De acuerdo a Boffi Boggero el dice que “ el daño inmediato es aquel que acontece según el curso natural de las cosas y mediato es aquel que surge de ese curso, pero con el aditamento de la conexión con un acontecimiento distinto”⁴⁵

2.3. Clases de daño

Para entender las distintas clases de daño es fácil entenderlas con un ejemplo; un señor se encuentra conduciendo un automóvil junto a su esposa, el es impactado por un camión, del cual como resultado el tiene graves heridas, por las cuales no puede trabajar 3 meses, y su esposa fallece debido a la gravedad de sus heridas. En este ejemplo vemos varias clases de daño, el del vehículo puede ser reparado por el valor económico del mismo, el cual es el denominado **daño emergente**, existe un daño respecto a los ingresos que dejó de percibir debido a la larga ausencia de su trabajo, el cual es el **lucro cesante**, y el daño más

⁴⁴ Código Civil Art. 2215

⁴⁵ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 55

importante de todos y es muy difícil resarcirlo patrimonialmente el cual es el **daño moral** causado por la muerte de su esposa en el accidente.

El daño emergente y el lucro cesante son daños patrimoniales es decir afectan directamente el patrimonio del individuo, de acuerdo a Zannoni, el daño patrimonial es “la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir, sobre los bienes que integran su esfera jurídica que, por ende, le pertenecen.”⁴⁶

2.3.1. Daño emergente y lucro cesante

De acuerdo a Zannoni el daño emergente se entiende como “la sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado,”⁴⁷ es decir sufre un “empobrecimiento del contenido económico actual”, es el perjuicio efectivamente sufrido.⁴⁸

El lucro cesante de acuerdo a Zannoni es aquel que “corresponde a la frustración de nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente obtenido sino se hubiera verificado el hecho ilícito o el incumplimiento.”⁴⁹ Es la ganancia de la que es privado el damnificado.

Tanto el daño emergente es decir el daño que causa un empobrecimiento directo a la situación actual del individuo, y el lucro cesante, entendido como la frustración de un enriquecimiento, ambos son daños que surgen de una privación económica, es decir ambos daños afectan directamente el patrimonio del afectado.

⁴⁶ *Ibíd.* Pág. 88

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.* pág. 89

El daño patrimonial es independiente de la naturaleza del bien jurídico afectado, el bien afectado puede ser patrimonial, las cosas de dominio de la víctima, o extra patrimonial, la persona en si misma o sus derechos, por ejemplo en el primer caso puede considerarse que el bien afectado sea una motocicleta, y en el segundo caso las repercusiones laborales que tiene un periodista, el cual ha sido víctima de una injuria. Como vemos el daño patrimonial es una consecuencia, la cual puede ser el daño efectivamente sufrido, o la ganancia de la que fue privado el afectado.

De acuerdo a Matilde Zavala de González el “daño patrimonial proviene de la lesión a un interés económico vinculado con la preservación de un bien el cual puede ser patrimonial o extrapatrimonial; pero este atentado no es el daño, sino la causa generadora de un disvalioso efecto material pecuniario.”⁵⁰

Debemos entender que el patrimonio no debe ser entendido solamente como los bienes exteriores pertenecientes a un ser humano, sino también como lo dice Matilde Zavala de González, debe comprender “las potencialidades humanas que instrumentalmente también poseen naturaleza económica.”⁵¹ De esta manera vemos que el daño a derechos de la persona, puede repercutir de manera mediata o inmediata a lo que tiene, o lo que podría haber llegado a tener.

Considero necesario reunir criterios de diversos autores respecto a lo tratado anteriormente, por ejemplo Minozzi nos dice que “los bienes originarios o atributos de la personalidad humana son, sin embargo, verdaderos bienes instrumentales, como se diría en economía, con respecto de los otros bienes. Si bien aquellos, por su propia naturaleza, no integran el

⁵⁰ Zabala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Tomo 1, Editorial Astrea, Pág. 20

⁵¹ *Ibíd.* Pág. 25

patrimonio, configuran energías que junto con éste constituyen todo el avere de la persona, concepto más amplio que el patrimonio jurídico.”⁵²

De la misma manera Franzoni nos indica que “en la noción de patrimonio ingresan aquellas utilidades y aquellos valores que, aun no siendo en sí mismos patrimoniales, crean situaciones de ventaja para el sujeto, apreciables económicamente. El acento generalmente puesto sobre la necesidad de considerar la vida del hombre en sus actividades extralaborativas, conduce a valorar la persona también por comportamientos que son posibles si existe un completo estado de bienestar psicofísico”⁵³

De acuerdo a esta perspectiva nos damos cuenta que los derechos o bienes personalísimos del ser humano no son únicamente la persona en sí misma, sino también algo que ella posee, siempre y cuando pueda actuarlo de una forma productiva.

De esta manera nos damos cuenta que los bienes personalísimos, además de ser un fin en sí mismos, son o pueden ser medios para la obtención de un objetivo económico, equiparándose de esta manera a los bienes patrimoniales, ya que si estos bienes personalísimos son lesionados pueden ocasionar en una pérdida económica del afectado.

De esta manera los derechos personalísimos de la persona si bien no tienen un valor económico en sí mismo, pueden tener un valor económico por repercusión ya que son una herramienta indispensable para cualquier logro, ya sea personal o material.

Si bien los bienes personalísimos de la persona pueden generar un buen económico, no debemos tratar de ponerles un precio, ya que sería poner un precio al ser humano en sí

⁵² *Ibíd.* Pág. 26

⁵³ *Ibíd.*

mismo, debemos comprender que una lesión que perturba estos bienes personalísimos, tiene repercusiones materiales, además de las morales que trataremos más adelante.

Debemos comprender que el daño patrimonial no solamente cubre el daño emergente, entendido como el daño al patrimonio que dejo de percibir por una actividad laboral, ya que el daño patrimonial también puede ser potencial, por ejemplo si el afectado es un menor de edad, una ama de casa, o una persona que en el momento del daño carecía de empleo al respecto Mosset Iturraspe nos indica que “La integridad física de una persona, la incolumidad corporal y fisiológica tiene importancia decisiva en la vida de producción o trabajo –y en ese sentido la alteración corporal o bien la enfermedad o los desequilibrios acarrear un innegable daño patrimonial-; pero la vida del hombre considerada en su plenitud no se extingue en la faceta estricta del trabajo. En el examen complejo de su multiforme actividad, al margen de la laboral, toda persona desarrolla en su casa o fuera de ella, tareas vinculadas con sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, sociales, religiosas, sexuales, etc., y los deterioros o menoscabos en tales quehaceres pueden acarrear consecuencias de carácter patrimonial.”⁵⁴

Como vemos el poder realizar actividades diarias, aunque estas no sean necesariamente laborales o sirvan para incrementar el patrimonio, si tienen un significado económico, por ejemplo la posibilidad de conducir un vehículo, realizar trámites, limpiar un piso, en fin un sinnúmero de tareas de la vida cotidiana, si estas actividades se ven frenadas o imposibilitadas de realizar debido a un daño, estas actividades tienen una consecuencia económica.

⁵⁴ Ibíd. Pág. 33

Podemos citar algunos ejemplos al respecto, si un ama de casa se ve incapacitada, si bien ella no realizaba una actividad rentable para la familia, ya que a pesar de la incapacidad del ama de casa la familia continua percibiendo los mismos ingresos económicos, pero este trabajo de ama de casa reporta grandes ventajas y utilidades a la familia, ya que satisface necesidades que proporcionan un bienestar material.

De igual manera debe reconocerse la incapacidad de disfrutar 0eneficios futuros por parte de un menor de edad el cual haya quedado incapacitado, sin poder ya realizar actividades útiles económicamente hablando en un futuro, estas personas si bien no se ve menoscabado su nivel económico, se le altera su futura productividad.

De igual manera si es un anciano o jubilado el afectado, si bien no acarrea una pérdida de ingresos, ya que seguirá percibiendo ingresos de su jubilación, pero si tiene un perjuicio material ya que no podrá desenvolverse por sí mismo, ya talvez sea necesario que contrate una persona para percibir ayuda.

En estos ejemplos no existiría lucro cesante desde un sentido estricto, sin embargo debemos entender que la afectación patrimonial no es solo la que es contra lo que consideramos directamente productivo. El valor material de vivir en plenitud, es un valor que se refleja materialmente, pero a veces de manera mediata, no inmediata. Debemos entender que en todos estos ejemplos el daño es completamente distinto a la perturbación anímica del afectado, lo que se considera daño moral.

2.3.2. Daño Actual y Daño Futuro

Tal como vimos anteriormente todo daño es posterior al hecho dañoso, o sea si ponemos en un orden cronológico los acontecimientos primero ocurriría el hecho dañoso y luego el daño en sí mismo. Sin embargo para entender lo que es el daño actual y el daño futuro de acuerdo a Eduardo Zannoni debemos ubicarnos en un momento posterior al evento dañoso “es el momento de la sentencia judicial que declara reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil del obligado a responder, estima en particular los daños producidos a la víctima y finalmente la condena a su resarcimiento.”⁵⁵ En este momento que la sentencia considera como presente, el juez considera como actual todo daño que ha sido producido de manera efectiva en todo el tiempo que duro el litigio, el cual concluye con la sentencia judicial; respecto a esto Zannoni nos indica que el daño actual sería aquel tiempo que “el juez en su sentencia, deberá referirse a aquello que se reclamo, alegó y probó, es decir a actividades desarrolladas en momentos anteriores, como si realmente estuviesen fusionados en un instante único con el momento de la sentencia.”⁵⁶ En cambio de igual manera Zannoni nos indica que el daño futuro sería aquel que “con razonable certeza, han de producirse luego del tiempo ideal o instante único que marca el momento de la sentencia”⁵⁷.

Como vemos el presente que delimita ambos daños es el tiempo que dura el litigio, por lo tanto el daño es actual cuando se refiere a ganancias frustradas con anterioridad al proceso, y el daño futuro es aquel en que la perdida se produce o continúa produciéndose luego de la conclusión del litigio.

⁵⁵ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 95

⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 96

⁵⁷ *Ibíd.*

De esta manera es muy importante tanto el momento de la demanda como el de la sentencia ya que en el momento de la demanda, esta debe comprender el daño futuro, ya que la víctima puede prever la frustración de sus ganancias en su futuro. En cambio el momento de la sentencia es importante ya que para calcular el daño que denominaríamos actual, este ya ha ocurrido y es posible hacer un cálculo exacto, en cambio en el daño futuro se entrega por adelantado la liquidación de acuerdo al buen criterio del juez.

Un ejemplo de daño actual y daño futuro es de utilidad para comprender el tema de mejor manera; si ocurre un accidente de tránsito en el cual el vehículo queda completamente destruido y el conductor sufre varias lesiones que le generan una incapacidad de 3 meses, en este caso serían daños actuales el valor del vehículo, o lo que le costó reponer un vehículo de características similares al que fue destruido. Los gastos que el afectado debió afrontar para recuperarse de las lesiones, los cuales pueden ser gastos hospitalarios, honorarios de los médicos, adquisición de medicinas, gastos de rehabilitación, etc., todos estos daños serían el daño emergente. De la misma manera también serían daños actuales los perjuicios que trajo la imposibilidad de utilizar el automóvil, la falta de ingresos que dejó de percibir la persona por motivo de recuperación del accidente, ya que durante este periodo la persona era imposibilitada de trabajar; estos daños conformarían el lucro cesante. Si además, por motivo de el daño recibido, la persona presenta una secuela permanente la cual le representa una discapacidad parcial para realizar su normal trabajo, y exige tratamientos médicos de forma periódica, entonces el afectado también puede reclamar la frustración de las ganancias que dejará de percibir en el futuro a consecuencia del daño recibido, y por los gastos que también deberá realizar el afectado en el futuro para realizar esos tratamientos.

En el ejemplo planteado nos damos cuenta que no es lo mismo el daño actual con el daño emergente y de misma manera el daño futuro con el lucro cesante. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser actuales o futuros, incluso es posible que se dé el caso en que solamente exista lucro cesante actual y daño emergente futuro, para comprender de mejor manera esto, Moisses de Espanés nos propone el siguiente ejemplo “supongamos que sobre los bordes de un acantilado, en una costa marítima, una persona tiene construida una casa de verano, que suele arrendar por un muy buen precio, en razón de la privilegiada situación que tiene, y el hermoso panorama que desde allí puede contemplarse. Por un hecho cualquiera, lícito o ilícito, se destruyen los espigones de defensa, que impedían avanzar el oleaje, y el mar socava entonces el acantilado; puede preverse con absoluta certeza que este hecho va a traer como consecuencia que el acantilado se derrumbe, y junto con él la casa. Adviértase que esta hipótesis, el daño emergente, es decir la pérdida de la casa que desaparecerá del patrimonio del sujeto, todavía no se ha producido, pero puede preverse desde ya que el daño va a ocurrir y estamos frente a una hipótesis de daño emergente que es futuro. Incluso en este caso vemos que aparece primero el lucro cesante, pues aunque la casa no está todavía destruida, la peligrosidad de su situación le impide arrendarla, ya que el debilitamiento de la base del acantilado hace temer que en cualquier momento se derrumbe.”⁵⁸

Es necesario diferenciar el daño futuro del daño sucesivo, el cual es “el que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como la previsible prolongación o agravación de un daño actual según las circunstancias del caso y la experiencia de la vida.”⁵⁹ El daño

⁵⁸ *Ibíd.* pág. 98

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 99

sucesivo se genera con el hecho dañoso, pero su perjuicio no se agota inmediatamente, es decir sus efectos pueden ser permanentes o cesar luego de un lapso de tiempo, un ejemplo de este daño sucesivo puede ser una víctima de una lesión en la cual sufrió la pérdida de una de sus extremidades, ya que este daño le genera una incapacidad parcial o permanente para realizar cualquier actividad laboral, el cual subsistirá durante toda la vida del afectado. Tal como vemos en este ejemplo el daño sucesivo puede acarrear daños futuros, pero no es correcto decir que todo daño sucesivo es un daño futuro.

El daño futuro no es siempre una prolongación o agravación del daño actual, tal como vimos en el ejemplo anterior, el daño futuro puede constituir un nuevo daño, pero este nuevo daño es una consecuencia del hecho dañoso original.

Como vimos en el ejemplo de la casa del acantilado, el daño emergente futuro el cual sería la destrucción completa de la casa cuando el mar destruya el acantilado, y junto con este la casa, es un daño distinto al lucro cesante actual, el cual es la imposibilidad que tiene el propietario de arrendar la casa. Ambos daños constituyen una consecuencia del evento dañoso original, el cual es la destrucción de los espigones de defensa, pero el daño emergente futuro no es una prolongación del hecho dañoso original, es un daño distinto aunque originado por el mismo hecho dañoso.

El daño futuro acarrea la dificultad de establecer una certeza del daño futuro, tal como lo dice Zannoni “el daño futuro es un daño jurídicamente relevante en cuanto revista los caracteres de certidumbre, por lo que puede parificarse al daño presente en tanto y en

cuanto pueda aparecer como un daño cierto, ya que la simple posibilidad o eventualidad, no bastan a la hora de exigir su responsabilidad”⁶⁰

De lo señalado por Zannoni podemos distinguir que el peligro de un daño futuro no es un daño cierto, de acuerdo a De Cupis la probabilidad de un daño futuro es un daño actual, ya que “incide negativamente en el valor del bien al que incumbe, disminuyendo tal valor y repercute en el interés del sujeto a que corresponde el bien.”⁶¹ En cambio el daño futuro propiamente dicho es “aquel daño que con certidumbre actual, acaecerá más allá del tiempo ideal que culmina en la sentencia que condena su resarcimiento”⁶²

Si existe una incertidumbre sobre si ocurrirá o no de manera efectiva el daño futuro sobre cualquier bien, ya sea este patrimonial o no patrimonial, el daño futuro propiamente dicho no se configura ya que no hay como indemnizar la eventualidad como un daño cierto , pero si es evaluable ya que incide negativamente como una pérdida de chances. Entendiéndose estas pérdidas de chances u oportunidades, como la perdida de probabilidades de ganancias que la víctima puede reclamar.

2.3.3. La pérdida de Chances

De acuerdo a Matilde Zavala de González, se habla de chances “cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una

⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 101

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

perdida. La frustración de esa ocasión propicia, imputable a otro, engendrar un perjuicio resarcible.”⁶³

De acuerdo a Zannoni Chance es “la posibilidad de un beneficio probable, futuro. Privar de esa esperanza conlleva daño, aún cuando sea difícil estimar la medida de ese daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal.”⁶⁴

Márquez define al chance como “la oportunidad verosímil de lograr una ventaja o de impedir una pérdida, el daño indemnizable radica en la frustración de esa oportunidad a raíz del hecho lesivo”⁶⁵

Las características que definen al chance de acuerdo a Márquez serían las siguientes:

- Debe existir una oportunidad probable y futura de obtener un beneficio económico o de que pueda evitarse una pérdida.
- La oportunidad debe tener una probabilidad alta de producirse, dicha oportunidad en caso de que no hubiera existido el hecho dañoso, se hubiese efectuado.
- El resultado de la oportunidad debe ser incierto al momento del evento dañoso.
- Por un hecho dañoso la oportunidad se ve frustrada de manera definitiva.

⁶³ Zabala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Tomo 2, Editorial Astrea, Pág. 259

⁶⁴ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 103

⁶⁵ Zabala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Tomo 1, Editorial Astrea, Pág. 402

- La víctima o el afectado, al momento del hecho dañoso, se encontraba en una situación ideal para aspirar a la obtención de las ventajas que proporciona la oportunidad.⁶⁶

Respecto a esta última característica, no en todas las circunstancias el afectado tenía la certeza de estar en la situación idónea para lograr las ganancias o beneficios que esperaba obtener en el futuro, y el hecho dañoso frustra esta esperanza de manera definitiva. Zannoni nos da algunos ejemplos al respecto, “el caso en que por culpa del transportista, el caballo de carrera que debía participar en una competencia hípica no llega a tiempo para la salida de la carrera , lo cual provoca, en consecuencia, que el propietario del caballo pierda la esperanza o chance de ganar el premio; el mandatario que, negligente con el mandato que se le había dado de asistir a una subasta judicial del bien que se remataba, hace perder al mandante las posibilidades o chance con que contaba para lograr la adquisición de ese bien; el del abogado negligente que deja perimir una causa judicial, haciendo perder a su cliente la chance de ganar el pleito, etc.”⁶⁷

Como vemos en los ejemplos, no es necesario que el afectado tenga en el momento del hecho dañoso una situación idónea de que se cumpla su oportunidad, es claro que la persona dueña del caballo no podía afirmar si este iba o no a ganar la carrera, de la misma forma que el mandante efectivamente iba a adquirir el bien en la subasta judicial, o que si el abogado no hubiera sido negligente el afectado podía ganar el litigio.

De la pérdida de chance o daños pretendidos por la pérdida de una esperanza, la cual se frustra por un hecho ilícito, ¿Cómo el juez identifica si efectivamente la pérdida de esta

⁶⁶ Marquez, Indemnización de la perdida de chances u oportunidad, Zavalía, Pág. 540

⁶⁷ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, Pág. 104.

oportunidad puede repercutir en perjuicios eventuales? El juez y cualquier otro ser humano, carece de la habilidad de ver el futuro, el juez debe proyectar la situación actual a una consecuencia razonable, de acuerdo a Zannoni “viendo el presente, el hoy, apreciará en qué medida, de no haber mediado la producción del evento dañoso, la condición de la víctima sería mejor, en el futuro de lo que es a consecuencia de ese evento.” La certeza del daño futuro, en suma, no es sino la constatación de que el evento dañoso impide al damnificado conservar, para sí, y en el futuro, la satisfacción de un interés patrimonial de que gozaba y que era de prever que hubiera continuado satisfaciendo de no ocurrir aquel.”⁶⁸

De la misma manera compartiendo el criterio de anterior, Matilde Zavala nos dice que “cuando la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar la pérdida es bastante fundada, o sea, cuando más que posibilidad sea una probabilidad razonable, la frustración de ella debe indemnizarla el responsable; pero esta indemnización es de la chance misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida, que era objeto aquella, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la chance, la cual por su propia naturaleza, es siempre problemática en su relación”⁶⁹

Tal como vemos tanto Matilde Zavala como Zannoni están de acuerdo en que el juez solamente debe indemnizar la chance en sí misma, mas no la ganancia patrimonial o el haber evitado una pérdida, ya que lo frustrado es la oportunidad o chance, y no el beneficio esperado como tal.

Tal como vemos cuando existe la frustración de una esperanza o chance, coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre o duda.

⁶⁸ *Ibíd.* Pág. 105

⁶⁹ Zabala de González, Matilde, *Tratado de daños a las personas*, Tomo 2, Editorial Astrea, Pág. 261

Certeza en caso de que si no ocurría el hecho dañoso, el afectado hubiera mantenido la esperanza de que en el futuro, podría haber obtenido una ganancia que incremente su patrimonio, y de la misma forma la esperanza de haber evitado una pérdida en su patrimonio.

Incertidumbre o duda ya que de no haber ocurrido el hecho dañoso, y haber ocurrido el presupuesto de la oportunidad, se hubiera obtenido una ganancia o a su vez evitado la pérdida patrimonial.

Como vemos en cada caso de que solicite indemnización por la pérdida de una chance, hay que tener en cuenta que en cada caso va a existir una probabilidad fáctica diferente, de que el afectado puede obtener el beneficio que esperaba o de evitar la pérdida.

La chance u oportunidad no siempre, se refiere a la afectación de un posible beneficio patrimonial o evitar la pérdida de bienes patrimoniales, ya que la oportunidad frustrada puede referirse a un beneficio espiritual o emocional, como puede ser la pérdida de chance de contraer matrimonio.

Podemos por lo tanto concluir que pueden darse tanto pérdidas de chances productivas o patrimoniales, y de chances espirituales, las cuales se encuentran emparentadas con el daño moral que revisaremos más adelante.

De lo expuesto vemos que la pérdida de chances productivas o patrimoniales constituye un daño económico, solamente que la certeza versa sobre la privación de obtener determinadas ventajas, y la pérdida de dicha chance u oportunidad implica nocividad, claro que en menor manera que el de perjuicios efectivos. Al respecto Matilde Zavala nos señala que “la

perdida de chances productivas como consecuencia de las lesiones psicofísicas, se encuentra emparentada con el daño patrimonial, en tanto aquellas chances implican el beneficio esperado que la víctima tenía oportunidad de alcanzar en el plano material o económico, sin que en ello influya la profesión u ocupación del damnificado”⁷⁰

2.3.3.1. La Chance Productiva o Patrimonial

De acuerdo a Matilde Zavala debemos entender la chance productiva o patrimonial como “a la hipótesis en que el beneficio deseado y que se había oportunidad de alcanzar era material o económico en sentido amplio.”⁷¹

Pare entender de una forma sencilla la chance productiva o patrimonial, podemos poner por ejemplo cualquier persona que sufre una incapacidad laboral parcial o permanente, ya que esta persona incapacitada debe ser reparada no solamente por efecto del lucro cesante ya que también se ve privada de chances u oportunidades para desenvolverse en la vida económica.

El objeto a resarcir radica en la disminución de la potencialidad que tenía el sujeto para efectuar actividades laborales, tal como puede ser la frustración de la oportunidad de obtener un nuevo trabajo o ascenso. “Es indemnizable la pérdida de ganancia, proveniente de la probable obtención de un empleo, si dicha probabilidad no descansa sobre bases puramente subjetivas sino sobre bases objetivas.”⁷²

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 263

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 262.

⁷² *Ibíd.* pág. 263

La pérdida de chances productivas en algunos casos puede ser tan importante para el afectado, al punto que la frustración se aproxima a un lucro cesante, por ejemplo si el afectado luego del daño causado, conserva su empleo de forma permanente, pero debido a la gravedad o irreversibilidad de su lesión, su trabajo lo realiza en condiciones muy precarias, al extremo de que si por cualquier motivo el afectado pierde su trabajo, el no cuenta con la capacidad ni expectativas de reemplazarlo por otro de similares características al que tenía de no haber sufrido el daño.

Como vemos en este caso el juez debe tener en cuenta que la incapacidad sufrida, puede dejarle al afectado sin un posible nuevo empleo, o causarle la pérdida del actual, y está perdida obviamente tiene un valor indemnizatorio.

2.3.4. Daño Moral

De acuerdo a Zannoni daño moral es “el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir por el hecho o acto antijurídico.”⁷³ En el ejemplo que planteamos anteriormente vemos claramente que el daño moral a resarcirse es el daño moral que sufre el individuo por la muerte de su esposa. El daño moral también puede definirse como todo daño que no puede entenderse en el daño patrimonial, es decir como daño emergente o lucro cesante”, porque el objeto dañado es no patrimonial. En nuestro Código civil el daño moral se encuentra comprendido en el art. 2231 el cual dice que “las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para

⁷³ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, Pág. 149

demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.»⁷⁴

Sin embargo de lo expuesto anteriormente no se debe entender que el daño moral es simplemente todo daño que lesione bienes extrapatrimoniales, ya que se puede lesionar un derecho extrapatrimonial tal como la salud, pero que provoca daños patrimoniales, como en el caso de la salud, serían los gastos de curación es, medicamentos y la incapacidad para trabajar. El dolor o el sufrimiento, no es lo que define al daño moral, estos son resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar la cual impide o frustra la satisfacción o el goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento por el ordenamiento jurídico, y estos intereses, pueden estar vinculados a derechos patrimoniales o a derechos extrapatrimoniales.

Hay que distinguir que entre el daño patrimonial y el daño moral existe casi siempre una relación que es que se generan por el mismo hecho ilícito, pero se diferencian por los intereses de la persona, para entenderlo de una manera simple el daño patrimonial afecta los intereses patrimoniales del afectado, el daño moral afecta los sentimientos del afectado, es decir son los daños emocionales causados como consecuencia del daño, puede ser por ejemplo el daño que experimenta el padre por la muerte violenta de su hijo, la humillación de quien ha sido calumniado, el sufrimiento de aquella persona que perdió una extremidad, etc., estos sentimientos son estados de la mente de cada individuo, que cada quien los percibe o experimenta a su manera.

⁷⁴ Código Civil Art. 2231

El daño patrimonial proviene de la lesión a un interés económico, pero no es la lesión en sí misma lo que va a resarcirse, sino su consecuencia, la disminución o falta de enriquecimiento patrimonial, el daño moral en cambio proviene de la lesión a un interés, el cual es la modificación significativa de las emociones de la víctima.

Los bienes extrapatrimoniales afectados en el daño moral, son derechos subjetivos, atributos de su personalidad, los cuales son inherentes al ser humano, son fines en sí mismos ya que se confunden con la propia personalidad del ser humano, esto a diferencia de los bienes patrimoniales, los cuales solamente son medios económicos de los cuales se sirve un ser humano para satisfacer sus intereses, de esta forma podemos concebir un ser humano que tenga más patrimonio que otro o mayor o menor fortuna económica que otro, pero no es concebible un ser humano con más derecho a su intimidad, o a su honor, que otro ser humano, de igual manera no es concebible un ser humano con más intimidad, más honor, más vida, más imagen, que cualquier otro ser humano. De esta forma los derechos inherentes a la persona, no son medios, como sí lo son los derechos patrimoniales, sino son un fin en sí mismo.

Cuando se trata de un daño patrimonial, el daño causado se mide o constata de forma de que medios económicos ha sido privado, o cuales ha dejado de percibir el afectado y en función de esto se liquida el perjuicio. En cambio cuando se trata del daño moral, lo que busca resarcirse es el ataque a un atributo del ser humano, un derecho subjetivo, que a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene como objeto bienes susceptibles de ser cuantificados económicamente, estos derechos, el honor, la imagen, la intimidad, la vida, etc., son derechos intangibles, pues cada derecho es parte de la personalidad del individuo.

El daño moral no se mide por las repercusiones que contiene, sino más bien por el menoscabo que causa la actividad dañosa a la persona, y se la estima en razón de la entidad del interés no patrimonial lesionado. Por esto la liquidación del daño patrimonial puede ser exacta, en cambio la liquidación del daño moral solamente es una estimación del daño moral que sufrió la persona.

Los derechos de la personalidad los cuales son afectados en el daño moral, tienen una connotación especial que Zannoni la llama “repercusión social”⁷⁵, la cual es una característica que adquieren los derechos de la personalidad o derechos subjetivos reconocidos a la persona. El resarcimiento del daño moral se constituye, además de satisfacción al afectado, un modo de reparación por la disminución que el afectado sufre socialmente en razón del ataque del mismo. “Mientras los bienes patrimoniales son vistos como un medio de satisfacción de su titular, los derechos de la personalidad extrapatrimoniales exigen una consideración solidarista en cuanto expresan, de un modo u otro, fines sociales realizadores de la existencia personal.”⁷⁶ Para entender de mejor manera lo señalado por Zannoni, podemos entender que las lesiones afectan físicamente al afectado, pero no es solamente su cuerpo el que sufre, sino la esencia de la persona, al ver su cuerpo herido o minusválido, por más que este daño solamente sea temporal; esto se evidencia más si lo afectado es el honor, la imagen, la intimidad, la libertad sexual, o cualquier derecho subjetivo extrapatrimonial del afectado.

Este daño moral también es aplicable a las personas incapaces de sentirse afectadas, por ejemplo si una mujer en estado de coma es violada, ella no comprende ni sufre por el acto

⁷⁵ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 156

⁷⁶ *Ibíd.*

dañoso, sin embargo el daño moral si existe ya que la persona en coma tiene la misma consideración y respeto que cualquier mujer en sus 5 sentidos. De lo contrario se diría que una persona que no se encuentra en capacidad de sentir sus derechos subjetivos extrapatrimoniales, no los tiene, y eso sería no considerarla como persona, ya que los derechos de la personalidad nos definen como seres humanos. Además como nuestro código civil en su Art. 2233 el cual dice que “la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.”⁷⁷ Como vemos no solamente la víctima directamente afectada puede realizar la acción por daño moral sino también lo pueden realizar terceros interesados, o terceros afectados directa o indirectamente.

Las personas que no se encuentren en capacidad de sentir sus derechos subjetivos extrapatrimoniales, podría considerarse que al realizar la acción del daño moral ellos no van a tener una satisfacción en el sentido que el común de la gente entiende por satisfacción, en este caso la indemnización no servirá para aliviar el dolor del afectado, ya que esta persona no es capaz de percibir el mal que sufrió, más bien su resarcimiento puede servir para mejorar su atención, como puede ser mejorar su atención médica, pagar todos los gastos de terapia de rehabilitación de su problema; también la persona afectada directamente, la cual esta privada de entendimiento, razón o sensibilidad, puede tener una resarción del daño

⁷⁷ Código Civil Art. 2233

sufrido, por el adecuado uso que se dé, de la indemnización, por medio de sus representantes legales.

2.3.4.1. Los Derechos de la Personalidad

De acuerdo a Zannoni los derechos de la personalidad “constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos”⁷⁸

Los derechos de la personalidad, son derechos subjetivos cuyo objeto son los bienes jurídicos atribuidos al ser humano en tanto es una persona, el bien jurídico protegido por los derechos de la personalidad es la autoexistencia de la persona. En este punto Zannoni añade que “la persona no debe ser considerada únicamente como instrumento o como medio; a ellos corresponde igualmente el reconocimiento de lo que la caracteriza en su individualidad, así como de un ámbito existencial propio solamente de ella, en el cual puede existir únicamente para sí misma.”⁷⁹

Los derechos de la personalidad son distinguidos conceptualmente de los derechos humanos, ya que como bien lo indica Zannoni, los derechos humanos “ponen en cuestión la relación hombre- Estado y, en función de esa relación, la eventual colisión o conflicto entre los factores individuales de la persona y los sociales del bien común, a través del Estado.”⁸⁰

⁷⁸ Zannoni, Eduardo, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, pg. 166

⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 167

⁸⁰ *Ibíd.*

En cambio los derechos de la personalidad son aquellos en los que la persona se encuentra en una relación de coordinación, en el cual predomina el sentido de libertad sobre el de función.⁸¹

Tanto los derechos humanos como los derechos de la personalidad tienen la misma característica de ser innatos, inalienables, absolutos y esenciales y tanto los derechos de la personalidad como los derechos humanos pueden ser los mismos. La diferencia se encuentra en que los derechos de la personalidad se ubican en la esfera de mayor intimidad de las personas.

2.3.4.1.1. Características de los derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad al nacer del Derecho Natural, comparten ciertas características, las cuales son:

- **Esencial.** Esencia de una cosa es el conjunto de propiedades las cuales lo constituyen como tal. Es aquello por lo cual un ser o cosa es lo que es, y no algo diferente. Los derechos de la personalidad son esenciales, en el sentido en el que sin estos derechos de la personalidad, las personas dejarían de ser personas humanas.
- **Personalísimos.** Cada ser humano es un ser único e irrepetible, el cual tiene un conjunto de derechos que sólo ellos pueden ejercer y que por lo tanto no los puede ejecutar a través de un representante o de terceras personas.

⁸¹ *Ibíd.*

- **Originarios e Innatos.** Estas características de los derechos de la personalidad son similares entre sí. Son derechos propios de la naturaleza del ser humano, por lo que la raíz y el origen de los derechos de la personalidad, se encuentran en la propia naturaleza humana, y los adquiere cada ser humano desde el momento de su concepción.

- **Sin contenido patrimonial.** El contenido de los derechos de la personalidad no puede ser apreciado en dinero. Esta característica de los derechos de la personalidad significa que no pueden ser objeto de transacción, ni de transmisión alguna, por la cual se obtenga a cambio un pago o compensación, por ejemplo ningún ser humano puede vender o transferir su honor u honra a otro ser humano.

- **Absolutos.** Son absolutos porque estos derechos de la personalidad valen en cualquier circunstancia y frente a todas las demás seres humanos; por lo que no pueden ser disminuidos ni relativizados bajo ninguna circunstancia ni por cualquier individuo, o autoridad alguna.

- **Inalienables e Intransmisibles.** Como se apuntó en dos características anteriores, los derechos de la personalidad carecen de contenido patrimonial, por lo que los derechos de la personalidad no pueden ser transmisibles, ni transmitibles.

- **Imprescriptibles.** Los derechos de la personalidad nunca se adquieren o pierden por el simple transcurso del tiempo. Los derechos de la personalidad permanecen con cada individuo desde su concepción hasta su muerte. El hecho de que un ser humano, por su comportamiento inmoral o por haber cometido delitos, los cuales pueden disminuir su imagen, esto no conlleva a que el sujeto haya perdido su dignidad de ser humano ya que aún así, este conserva sus derechos de la personalidad.
- **Irrenunciables** Ningún ser humano puede renunciar voluntariamente a sus derechos de la personalidad, ya que solamente los derechos patrimoniales pueden ser objeto de renuncia.

2.3.4.1.2. Clasificación de los derechos de la personalidad

Los derechos de la personalidad se clasifican de acuerdo a los bienes jurídicos, o a las manifestaciones innatas de la persona a las que protegen.

De esta manera los derechos de la personalidad se clasifican en:

Derechos de la integridad física:

- En los cuales se encuentran comprendidos todos los derechos relativos a la integridad física del ser humano que la presupone.

- En estos derechos a la integridad física se incluyen los bienes jurídicos personalísimos vinculados con el desarrollo, provecho y defensa de la personalidad física de la persona: el derecho a la vida que atañe a la existencia vital del cuerpo y el derecho a la salud, en estos derechos se incluye el poder de actuar sobre el destino de partes del cuerpo separadas de él y sobre el propio cadáver.

Derechos sobre la integridad existencial del ser humano:

- El derecho a la libertad de actuar, en el cual no solo se incluye la libertad de desplazamiento, sino también a la libertad espiritual, es decir a la posibilidad de hacer o no hacer cualquier acto o negocio jurídico y en la cual se encuentra incluida la libertad de conciencia.
- Derecho a la propia imagen, derecho a la intimidad y el derecho al honor

2.3.4.2. Prueba del Daño Moral

Como vimos el daño moral afecta derechos subjetivos extrapatrimoniales, pero esto no quiere decir que no necesite ser probado, si bien el daño moral no puede ser medido por un procedimiento material, como lo sí puede ser el daño patrimonial, es factible hacerlo por una vía inmaterial, la cual podría considerarse una balanza mental. Así pues medimos los padecimientos de otra persona indagando lo que uno mismo sentiría en una situación similar. Si bien esta mediada resulta muy subjetiva ya que todos los seres humanos somos distintos y tenemos distintas formas de afrontar nuestros problemas, esto no quita valor, a

que esta es la única forma de medir el daño moral, podría considerarse que el juez que va a realizar la acción de daño moral debe ponerse en los pies de la víctima, para juzgar lo que el consideraría justo para resarcir su daño.

Respecto a este tema Mosset Iturraspe nos dice “si bien el derecho no puede ver directamente en la intimidad del sujeto al efecto de indagar su daño moral, las ciencias que estudian al hombre (antropología, sicología, y saberes afines) nos dirán de las reacciones normales y naturales que el ser humano padece ante ciertos comportamientos agresivos ejercitados en su contra, apuntando a lo psíquico, lo espiritual, los estados de ánimo. Y el jurista deberá aceptar esas consecuencias inmediatas de ataques injustos. Ellas se desprenden de los hechos, y de ahí las presunciones, que no son ficciones, sino inferencias reales y científicamente comprobadas.”⁸²

Para cuantificar el daño moral es necesario también valorar los factores circunstanciales a los que se ve sometido el afectado, por ejemplo dos personas, una con hijos pequeños y la otra sin cargas familiares, ambas quedan incapacitadas de manera similar, sin embargo el sufrimiento puede ser superior por parte de la persona que tiene hijos pequeños, que la otra que carece de cargas familiares.

Si no existiera este factor variable bastaría solamente realizar una tabla de indemnizaciones en caso de la violación de determinado derecho de la personalidad.

Considero en esta parte oportuno indicar el criterio de Brebbia quien nos dice que “ siendo el agravio moral la consecuencia necesaria e ineludible de la violación de algunos de los derechos de la personalidad de un sujeto, la demostración de la existencia de dicha

⁸² Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, t. 4, p. 35.

transgresión importará al mismo tiempo, la prueba de la existencia de daño moral”⁸³, Brebbia pone el siguiente ejemplo para entender lo planteado: “para que se indemnice el agravio moral emergente de un delito contra la honestidad, no será menester la prueba especial de que el estupro o la violación han determinado una reacción biopsíquica especial de la víctima, sino bastará la simple demostración de que el hecho configura un delito señalado en el Código como vulnerador de la honestidad de las personas, para dar acreditada simultáneamente la existencia del daño extrapatrimonial.”⁸⁴

Es necesario señalar que para comprobar el daño moral, el juez no debe exigir exámenes psicológicos, o solicitar declaraciones de testigos, para comprobar que la persona que realiza la acción por daño moral efectivamente sufrió una transformación emocional, ya que el juez debe simplemente, de acuerdo a su experiencia personal, y del común de las personas, analizar la situación de la persona anterior al hecho dañoso, y si posteriormente a este hecho lascivo, efectivamente existió un empeoramiento en la vida del afectado, incluso si la víctima no demuestra su sufrimiento, ya que debemos entender que muchas veces las personas no exteriorizamos nuestro sufrimiento.

J. García Falconí señala que deben probarse tres cosas en caso de daño moral:

- “La licitud del acto o hecho, pues en caso de que la persona que hubiere ocasionado el daño, lo hubiere hecho por mandato de la Ley o en cumplimiento de su deber, no existiría tal ilicitud y por tal no cabría sentencia condenatoria por daño moral;

⁸³ Zabala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Tomo 2, Editorial Astrea, Pág. 320

⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 321

- Probar el daño ocasionado; y,
- Probar la relación de causalidad existente entre el acto o hecho ilícito cometido y el daño ocasionado.”⁸⁵

2.3.5. La Chance Espiritual

Existen casos en los que se afectan posibilidades o perspectivas existenciales del afectado, las cuales tenían una alta posibilidad de realizarse. Esta frustración de una oportunidad existencial, es la denominada chance espiritual; esta chance representa un daño injusto, el cual se realiza contra la pérdida de una oportunidad existencial o espiritual.

De acuerdo a Matilde Zavala se percibe la chance espiritual “cuando los beneficios probables que el hecho ha malogrado atañen al equilibrio, integridad o bienestar intrínseco del sujeto, al margen de aspiraciones económicas y aunque a veces mantengan algún lazo con éstas”⁸⁶

La chance espiritual con frecuencia se la vincula a sentimientos, los cuales traspasan el ámbito meramente anímico; cuando ocurre un daño que afecte esta chance espiritual o existencial, esto es susceptible de apreciación externa, si se realiza una comparación previa y una posterior al daño, ya que se arrebatan expectativas legítimas de realización personal, y esto es verificable mediante un análisis objetivo, sin que sea necesario entrar en la psiquis del afectado.

⁸⁵ www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2494&Itemid=426

⁸⁶ Zabala de González, Matilde, Tratado de daños a las personas, Tomo 2, Editorial Astrea, Pág. 373

Estas chances espirituales, al igual que las chances patrimoniales, no son meras esperanzas de realizar o conseguir algo, sino que existe una posibilidad razonable de que ocurra un suceso que el afectado prevé que ocurra.

Si bien la chance espiritual se encuentra incluida dentro del daño moral, no debe ser tratada de la misma forma que el daño moral, ya que su perjuicio es menos grave, pues solo se ha perjudicado una posibilidad, y no un beneficio existencial concreto, esta posibilidad no es verificable como tal, sino es verificable como una aspiración a conseguir, la cual de haber seguido el tiempo un curso normal, podía efectivamente haber ocurrido, de no haber ocurrido el hecho lascivo.

De esta manera la indemnización debe ser menor a la indemnización por daño moral, pues como se señaló el daño moral es un daño certero, y se indemniza un daño certero, y no solamente se indemniza una chance.

Podemos diferenciar con un ejemplo la pérdida de un chance espiritual, del daño moral en sí mismo, no es igual la frustración que tiene un incapacitado por tetraplejia de la posibilidad de contraer matrimonio con cualquier mujer (perdida de chance espiritual), que la frustración de otra persona, con la misma discapacidad, la cual ya estaba comprometida a matrimonio con una determinada mujer, y debido a su incapacidad no puede hacerlo (daño moral cierto).

La chance espiritual, al igual que la chance patrimonial versa sobre el porvenir del afectado, aunque estas se indemnicen en la actualidad siempre y cuando el juez tenga la convicción de que el hecho dañoso corto la oportunidad de manera irreversible.

Tomando el criterio de Matilde Zavala siempre, al igual que el daño moral, la indemnización de la chance espiritual posee el problema de que no es mensurable en dinero; “la valoración de la oportunidad malograda no conduce a una suma indemnizatoria específica, y adquiere gravitación decisiva el prudente arbitrio judicial que, sin embargo, no puede estar huérfano de toda fundamentación razonable y de alguna coherencia con pronunciamientos similares.”⁸⁷

Como vemos el resarcimiento debe ser inferior al que se hubiera realizado de mediar un cese efectivo de un beneficio existencial o espiritual, en lugar de una oportunidad de alcanzar este beneficio existencial. Por esto y de manera genérica, es procedente que el juez estime que suma habría fijado en caso de existir un daño moral efectivo, para después disminuirla recalcando el punto de que lo que se indemniza es la privación de un chance y no el perjuicio cierto, y también el juez debe examinar el grado de la expectativa frustrada.

De la misma forma no deben indemnizarse por igual dos chances que pueden ser similares, ya que se debe dirimir la importancia de la probabilidad en cada presupuesto, por ejemplo la chance de contraer nupcias o de establecer un vínculo íntimo con la pareja, se incrementan a mayor juventud del afectado, y de igual forma disminuyen en función de la vejez del afectado, pero sin embargo esta posibilidad jamás desaparece por completo, ya que si existe varios casos de matrimonios de personas ancianas.

⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 392

III. EL DELITO DE LESIONES, Y LA INDEPENDENCIA LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, FRENTE A LA ACCIÓN PENAL

Se considera lesión toda alteración del equilibrio emocional y de la salud del ser humano, es decir se entiende por lesión a todo menoscabo a la integridad corporal o la salud física.

De acuerdo a Matilde Zavala se entiende por lesión “a toda alteración de la contextura física o corporal como una contusión, escoriación, herida, mutilación, fractura, etc., y todo detrimento del organismo, sea por un empeoramiento del desempeño de la función o un desempeño más gravoso, y cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud o en el mental, aunque no medien alteraciones corporales”⁸⁸

De acuerdo al código penal, lesión es cuando una persona o conjunto de personas que hirieren a golpearen a otro, causándole una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal.

3.1 Bien Jurídico Protegido

En caso de que ocurra el delito de lesiones, el bien jurídico protegido no es el atentado contra la vida, sino la integridad personal del afectado, entendamos que la integridad personal es, de acuerdo a Francisco Pérez Borja “El estado de bienestar de la persona humana en su aspecto físico y emocional, con capacidad para mantener su propio equilibrio vital y poder interrelacionarse armónicamente en su rol social con los otros miembros de la comunidad humana y con un entorno cósmico, haciendo uso de los objetos que le sirven

⁸⁸ Ibíd. Pág. 78

para su desarrollo personal y social en su trabajo, profesión, cumplimiento en definitiva, desde una perspectiva trascendente, de la misión personal que cada persona tiene mientras vive en el mundo;”⁸⁹ La Organización Mundial de la Salud define a la integridad personal como “el ambiente armónico de bienestar personal y social al que cada ser humano tiene derecho.”⁹⁰ Díez Ripollés define a la integridad personal como “el estado del cuerpo en su concreta plenitud anatómico-funcional externa e interna”⁹¹

Como vemos las tres definiciones de integridad personal coinciden en que no solamente la integridad personal es el encontrarse en una condición física ideal, sino también la integridad emocional o psíquica, como bien lo indica Arturo Donoso la legislación ecuatoriana “no ha llegado a desarrollar la normativa para cubrir todo el bien jurídico protegido, sino que se circunscribe a los aspectos físicos y somáticos de la integridad personal, sin ampliarlos a la integridad psíquica, emocional, espiritual y moral que forman parte de esa integridad total del ser humano.”⁹²

Como vimos el código penal ecuatoriano solamente considera lesiones a una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, dejando de lado la integridad emocional o psíquica, sin embargo por la vía civil si es posible reclamar cualquier daño emocional o psíquico sufrido, ya que como vimos en el capítulo anterior las lesiones no solamente generan un daño físico, sino también emocional, y en caso de que ocurra un daño emocional de acuerdo al artículo 2214 y específicamente el artículo 2232 del código civil si es posible

⁸⁹ Donoso Castellon, Arturo, Guía para estudio de Derecho Penal, Editora Jurídica Cevallos, Pág. 74

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Moreton, María, Los delitos de lesiones, Editorial Bosch, Pág. 8

⁹² Donoso Castellon, Arturo, Guía para estudio de Derecho Penal, Editora Jurídica Cevallos, Pág. 74

reclamar daños y perjuicios por un daño emocional causado por lesiones el cual nos dice “**Art. 2232.-** En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de **delito o cuasidelito**, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes **causen lesiones**, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”⁹³

De acuerdo a María Moreton también puede considerarse como el bien jurídico protegido a la salud, entendiendo que salud es la ausencia de alguna enfermedad, y la enfermedad es “toda alteración temporal o permanente del normal funcionamiento de un organismo humano que precise asistencia sanitaria, o/y un periodo preciable de recuperación espontánea.”⁹⁴

De acuerdo a este criterio siempre hay que tener en cuenta el estado previo del afectado, ya que en caso de que una persona tenga una enfermedad preexistente y no se produce ningún

⁹³ Código Civil. Art. 2232.

⁹⁴ Moreton, María, Los delitos de lesiones, Editorial Bosch, Pág. 9

agravamiento a su enfermedad, no existiría una lesión, ya que la salud se encontraba alterada previamente a la agresión.

De acuerdo a Beristain Ipiña el bien jurídico protegido afectado por el delito de lesiones es “la incolumidad, que ampara frente a perturbaciones no insignificantes del bienestar corporal aunque no supongan la producción de un daño o un dolor, siempre que el resultado o la intención vayan más allá de una mera afección a la libertad, en general, los malos tratos”

Si bien este autor amplía el bien jurídico protegido por el delito de lesiones a los malos tratos, esto no es aplicable en nuestra realidad jurídica ya que para que se configure el delito de lesiones es necesario que ocurran cualquiera de las faltas citadas en los arts. 463-472.

3.2 El delito de lesiones como daño al cuerpo o a la salud

3.2.1 Daño Corporal o Daño en el Cuerpo

Nuestro código penal considera lesión únicamente cuando el afectado o agredido, debido a la agresión sufre una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal mayor de tres días, lo cual es un daño al cuerpo del ser humano, o a su salud.

De acuerdo a Guillermo Ledesma el daño en el cuerpo es “cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima”⁹⁵

⁹⁵ Ledesma, Guillermo, Derecho Penal, Editorial Abeledo Perrot, Pág. 99

La palabra modificación es muy bien utilizada por Guillermo Ledesma, ya que el término modificación comprende tanto la reducción de la integridad corporal del individuo, agregando también una posible modificación anatómica, por ejemplo la desviación del tabique a consecuencia de un golpe.

Esta modificación corporal puede ser tanto interna como externa, por lo que no tiene relevancia alguna, el hecho que la modificación no sea apreciable exteriormente.

Esta modificación debe ser de un tiempo más o menos amplio, es decir el afectado o víctima debe quedar privada de la acción normal de su propio cuerpo, nuestro código penal indica que para que se configure el delito de lesiones debe ocurrir “una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de tres días,” esto porque en caso de ser una lesión menor tal como puede ser una torcedura, que si bien modifica la contextura física del individuo, no conlleva un daño en el cuerpo que cause una modificación corporal de más de tres días, en este caso no sería un delito de lesión sino una contravención de acuerdo al art. 607 numeral 2 del código penal, el cual nos dice “Serán reprimidos con multa de catorce a veintiocho dólares de los Estado Unidos de Norteamérica y prisión de cinco a siete días, o con una de estas penas solamente: Los que voluntariamente hirieren o dieran golpes a otro, causándole enfermedad o incapacidad para el trabajo personal que no pase de tres días.”

Para que ocurra la modificación corporal no es necesario que ocurra la emanación de sangre, ya que existen un sinnúmero de lesiones que no la producen, incluso existen lesiones que no pueden producir dolor, pero esto no indica que la lesión no exista.

3.2.2 Daño en la Salud

Al daño a la salud, Guillermo Ledesma lo define de forma muy similar al daño corporal, es “una modificación funcional del organismo, la cual también comprende la salud mental.”⁹⁶

Este daño a la salud al igual que el daño corporal para que sea un delito de lesiones, debe generar una incapacidad para el trabajo personal mayor de tres días. Por ejemplo una sensación de malestar, un mareo, el frío, la repugnancia, pueden ser provocados por otro individuo, al menos que estas alteraciones al organismo se prolonguen por más de tres días como consecuencia de la lesión.

Para concluir tanto el daño a la salud como el corporal, nuestra legislación los comprende y sanciona de igual manera, y en ambos caso con relación al tiempo de inactividad laboral del afectado, este debe establecerse por el peritaje médico legal correspondiente.

3.3 Tipos de Lesión

Las lesiones pueden ser causadas de forma intencional o inintencional la cual es la primera forma de clasificar las lesiones.

3.3.1 Lesión Intencional y Lesión Inintencional

3.3.1.1 Lesión Intencional

Lesión intencional es aquella en la cual existe el propósito de producir un daño concreto y determinado a consecuencia de su acción lasciva, por ejemplo cuando en una discusión

⁹⁶ *Ibíd.* Pág. 100

entre dos individuos, uno de ellos decide propinarle un golpe con el puño a otro en la nariz, la cual causa una rotura de la misma, si bien el individuo talvez no tenía la intención en concreto de fracturarle la nariz, si tenía la intención de causarle un daño a la misma.

La intencionalidad o dolo se encuentra comprendido en el art. 14 del código penal el cual nos dice lo siguiente respecto a lo concerniente: “La infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión”⁹⁷, este artículo está directamente relacionado con el art. 13. El cual nos dice en su parte pertinente lo siguiente “el que ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.”⁹⁸

En este punto es necesario recalcar que en las lesiones, nuestro código penal establece la presunción de que toda lesión fue causada de forma voluntaria mientras no se pruebe lo contrario, la norma que nos dicta este principio es el art. 448 el cual dice textualmente lo siguiente: “Se califican de voluntarios el homicidio, **las heridas, los golpes y lesiones**, mientras no se pruebe lo contrario, o conste la falta de intención por las circunstancias del hecho, calidad y localización de las heridas, o de los instrumentos con que se hicieron.”⁹⁹

⁹⁷ Código Penal. Art. 14

⁹⁸ Ibid. Art. 13

⁹⁹ Ibid. Art. 448

El grado de intencionalidad con el que se cometió la lesión puede servir como agravante en caso de que ocurra lo señalado en el art. 450 del código penal y la lesión sea realizada con: “alevosía; Por precio o promesa remuneratoria; Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento; Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido; Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse; Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos; Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio; Con el fin de que no se descubra, o no se detenga al delincuente, excepto cuando el homicida sea ascendiente o descendiente, cónyuge o hermano del delincuente, al que se haya pretendido favorecer; y, Como medio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.”¹⁰⁰

3.3.1.2 Lesiones Inintencionales o Culposas

Las lesiones inintencionales son aquellos casos en los cuales se exceptúa la presunción de intencionalidad de la lesión, en la cual se debe demostrar la no intencionalidad de querer causar la lesión. De acuerdo a nuestro código penal en su art. 14 “la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes.”¹⁰¹

¹⁰⁰ Ibid. Art. 450

¹⁰¹ Ibid. Art. 14

Un ejemplo de lesión inintencional es cuando un albañil se encuentra ingiriendo su almuerzo en una viga situada en un tercer piso, y al mover fuertemente su brazo deja caer su bebida, la cual estaba en una botella de vidrio, sobre la cabeza transeúnte, causándole una conmoción cerebral.

En este ejemplo el albañil claramente no tiene la intención de afectar a nadie pero por su imprudencia de ingerir su almuerzo desde el tercer piso en una viga, causo un accidente, por culpa de su imprudencia.

La lesión inintencional se encuentra específicamente tipificada en el art. 472 del código penal el cual nos dice “es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, y será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.”¹⁰²

Para concluir es necesario señalar que en el caso del delito de lesiones no es posible que ocurra la preterintencionalidad ya que no se puede demostrar cuál es la gravedad de la lesión que se quería producir efectivamente.

3.3.3 Lesiones de acuerdo a la gravedad de la incapacidad

La legislación ecuatoriana, en el código penal gradúa las lesiones de acuerdo a la gravedad que acarrea a la víctima en cuanto a la incapacidad que tiene la víctima para realizar su

¹⁰² Ibid. Art. 472

actividad laboral. De esta forma las lesiones se clasifican de acuerdo a la gravedad de la incapacidad en:

- **Contravención o cuando la lesión produce una incapacidad menor a tres días;** esto se refiere a lo previsto en el art. 607 numeral segundo del código penal el cual nos indica que “serán reprimidos con multa de catorce a veintiocho dólares de los Estado Unidos de Norteamérica y prisión de cinco a siete días, o con una de estas penas solamente: Los que voluntariamente hirieren o dieran golpes a otro, causándole enfermedad o incapacidad para el trabajo personal que no pase de tres días.”

- **Lesión que produce una incapacidad para laborar de tres hasta ocho días,** esta lesión se encuentra tipificada en el art. 463 del código penal el cual nos dice “el que hiriere a golpear a otro, causándole una enfermedad o incapacidad para el trabajo personal, que pase de tres días y no de ocho, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norte América. Si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450, las penas serán de prisión de dos a seis meses y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.”¹⁰³

- **Lesión que produce una incapacidad de ocho hasta treinta días,** se encuentran comprendidas en nuestro código penal en su art. 464 el cual nos indica lo siguiente: “Si los golpes o heridas han causado una enfermedad o una incapacidad

¹⁰³ Ibid. Art. 463

para el trabajo personal, que pase de ocho días y no exceda de un mes, las penas serán de prisión de dos meses a un año y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América. Si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450, la prisión será de seis meses a dos años, y la multa de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América”¹⁰⁴

- **Lesión que produce una incapacidad de treinta hasta noventa días;** este tipo de lesión es de una gravedad mayor para la víctima y se encuentra comprendida en el art. 465 del código penal, el cual nos señala lo siguiente: “si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el trabajo, que pase de treinta días y no exceda de noventa, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a cuarenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América. En caso de concurrir alguna de las circunstancias del Art. 450, la prisión será de dieciséis a sesenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.”¹⁰⁵
- **Lesión que produce una incapacidad mayor a noventa día,** Este es el tipo de lesión más grave, ya que puede representar una incapacidad permanente para el trabajo o la actividad que realizaba el afectado, a diferencia de las lesiones señaladas anteriormente, este tipo de lesión se encuentra comprendido en dos artículos igualmente diferenciados por la gravedad de la lesión, el art. 466 señala que “si los golpes o heridas han causado una enfermedad o incapacidad para el

¹⁰⁴ Ibid. Art. 464

¹⁰⁵ Ibid. Art. 465

trabajo personal, que pase de noventa días, o una incapacidad permanente para los trabajos a que hasta entonces se había dedicado habitualmente el ofendido, o una enfermedad grave, o la pérdida de un órgano no principal, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.”¹⁰⁶ En caso de concurrir alguna de las circunstancias del Art. 450, las penas serán de prisión de dos a cinco años, y multa de de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América”. Este artículo nos indica claramente la sanción aplicable en caso de una enfermedad grave, la pérdida de un órgano no principal, y también la incapacidad para realizar el trabajo habitual sufrida por las lesiones puede ser superior a noventa días, o puede ser permanente; esto a diferencia del artículo 467 el cual también comprende incapacidad permanente, pero la enfermedad no solamente debe ser grave, debe ser cierta o probablemente incurable, o también producir la incapacidad permanente, no solamente para el trabajo habitual, sino para cualquier trabajo, esta lesión también comprende la pérdida o inutilización de un órgano principal; este art. 467 del código penal dice textualmente lo siguiente: “Las penas serán de prisión de dos a cinco años y multa de treinta y un a ciento veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, si de los golpes o heridas ha resultado una enfermedad cierta o probablemente incurable, o una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal. Las penas serán de reclusión menor de tres

¹⁰⁶ Ibid. Art. 466

a seis años y multa de dieciséis a ciento cincuenta y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, si concurre alguna de las circunstancias del Art. 450.

Si la persona que comete la infracción, o sujeto activo causa cualquiera de estas lesiones “sobre la persona del padre, madre, u otro ascendiente o descendiente, en la cónyuge, o en la de un hermano”¹⁰⁷, se le considera un agravante y no se aplica la pena señalada en el artículo que correspondería el delito causado, sino se aplica la pena inmediata superior.

3.3.4 Otros tipos de lesiones

3.3.4.1. Lesiones estables, episódicas e intermitentes

Estas lesiones se caracterizan por el modo en el cual se exteriorizan los efectos de las lesiones.

Lesiones estables son aquellas en las que la afección sufrida por la lesión, no arroja grandes diferencias en el transcurrir del tiempo.

Lesión episódica, es aquella lesión en la cual la afección sufrida, refleja algunas exteriorizaciones ocasionales

Lesión Intermitente es aquella en la cual, las consecuencias del daño sufrido por el hecho lascivo, se presentan con intervalos regulares.

Conocer esta clasificación de las lesiones tiene importancia ya que sirve para averiguar la concreta gravitación de las lesiones en la vida de la víctima, pues mientras más larga es la

¹⁰⁷ Ibid. Art. 471

duración, o la reiteración de la afección, la nocividad del hecho que causó el daño se intensifica.

3.3.4.2. Lesiones Subsanables e Incapacitantes

Lesión subsanable es aquella lesión de la cual no queda consecuencia alguna luego del tratamiento de curación de la misma

Lesión incapacitante es aquella en la cual no es posible corregir completamente la integridad personal o la salud de la víctima de la lesión.

Es necesario conocer la diferencia de este tipo de lesiones ya que la lesión incapacitante genera un daño moral, ya que el vivir prolongadamente con la subsistencia de una afección, afecta el equilibrio espiritual de la víctima, esto generalmente no ocurre con las lesiones subsanables, las cuales se curan completamente.

Esta distinción también es importante, porque tal como lo vimos en el capítulo anterior no solamente debe resarcirse el daño emergente y el lucro cesante, sino también la disminución o incapacidad permanente para realizar actividades cotidianas, las cuales son útiles pero no remuneradas.

Al igual que para toda lesión, la subsanalidad de estas se demuestra con el peritaje médico legal correspondiente, el cual sirve de prueba tanto en la acción penal, como en la acción civil de daños y perjuicios.

3.3.4.3. Lesiones producidas por la administración de sustancias

Existen lesiones que pueden ser causadas por administración de sustancias dañinas para el organismo, las cuales pueden ser administradas por medio de bebidas o en los alimentos, las cuales pueden generar una enfermedad transitoria, o bien una enfermedad incurable, este tipo de lesiones se encuentran tipificadas en el código penal en el art 468 y 469 del código penal, los cuales dicen lo siguiente: “Art. 468. Será reprimido con prisión de uno a seis meses y multa de doce a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que hubiere causado a otro una enfermedad o incapacidad transitoria para el trabajo personal, administrándole voluntariamente sustancias que puedan alterar gravemente la salud.”¹⁰⁸ “Art. 469. “La pena será de prisión de dos a cinco años cuando dichas sustancias hubieren causado una enfermedad cierta o probablemente incurable, o una incapacidad permanente para el trabajo personal, o la pérdida absoluta, o inutilización de un órgano.”

Es necesario señalar que igualmente como señalamos antes, si el sujeto activo realiza estas lesiones sobre la persona del padre, madre, u otro ascendiente o descendiente, en la cónyuge, o en la de un hermano, se considera un agravante y se aplicara la pena inmediata superior.

¹⁰⁸ Código Penal, Art. 468

3.3.4.4. Lesiones en riña o agresión colectiva

La riña de acuerdo a Guillermo Ledesma es “el acometimiento recíproco, por vías de hecho caracterizado por la confusión y el tumulto.”¹⁰⁹ Generalmente en la riña se desconoce quién o quienes son el sujeto activo causante las lesiones, la ley considera como autores a todos los que participaron en el hecho violento, esto se encuentra comprendido en el código penal en su art. 470 el cual dice textualmente lo siguiente: “Cuando en riña o agresión en que tomen parte más de dos personas, resultaren heridas o lesiones, sin que constare quien o quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, y se aplicará la pena de quince días a un año de prisión y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América.”¹¹⁰

Guillermo Ledesma realiza una crítica respecto a que se considere autores a todos los que ejercieron violencia sobre el ofendido ya que, esto solamente se presume, y en el derecho penal es necesario una certeza de que estas personas si fueron autores de dichas lesiones, además si se desconoce quién fue el autor o autores de la lesión, y se tiene como autores a todos los que ejercieron violencia sobre el afectado, no se establece la posición subjetiva que tuvo cada uno de ellos en relación con el resultado.

También Ledesma nos indica que al considerar autores a todos los que ejercieron violencia sobre la víctima “se violenta el principio de inocencia, en la medida en que sin probar, a

¹⁰⁹ Ledesma, Guillermo, Derecho Penal, Editorial Abeledo Perrot, Pág. 118

¹¹⁰ Código Penal. Art. 470

través de un debido proceso legal, quienes fueron autores del resultado típico, igualmente se les aplica una sanción”¹¹¹

La solución para evitar estos problemas se soluciona simplemente sancionando la riña en sí misma como un delito, y si se producen lesiones a una persona en esa riña, se debe considerar un agravante.

3.3.4.5. Lesiones Deportivas

Las lesiones deportivas son muy comunes generalmente en deportes de contacto, como el fútbol, por lo que no se sancionan, ya que el legislador considera que no existe intencionalidad de realizar la lesión, siempre y cuando se trate de un deporte que no sea prohibido en nuestro país, ya que caso contrario se aplicarían las normas generales de las lesiones.

Las lesiones deportivas se encuentran comprendidas en el Art. 473 del código penal.

3.4 Independencia de la acción civil, frente a la acción penal en cuanto al delito de lesiones

A través del tiempo se ha comprendido a la acción civil como reparadora y a la penal como punitiva, esto porque es facultad exclusiva del derecho penal sancionar con la amenaza de una pena.

¹¹¹ Ledesma, Guillermo, Derecho Penal, Editorial Abeledo Perrot, Pág. 119

Tal como vimos en el capítulo anterior toda lesión genera responsabilidad civil, es decir la persona que realizó una lesión a otra, tiene la obligación de resarcir dicho daño independientemente de la sanción penal respectiva.

En nuestra legislación el delito de lesiones, tal como vimos, es delito penal, el cual tiene consecuencias civiles, además de la posible sanción punitiva, por lo que si bien es verdad que en nuestro código civil en su artículo se establece que quien ha cometido delito, o cuasidelito está obligado a indemnizar; existe una prejudicialidad necesaria en la cual únicamente si existe sentencia condenatoria, se puede iniciar la respectiva reclamación de daños y perjuicios por el delito de lesiones; esto de acuerdo al artículo 31 del código de procedimiento penal el cual nos dice:

“Para determinar la competencia en los juicios de indemnización, se seguirán las reglas siguientes:

1.- De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia condenatoria;

b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular, **será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el juez de lo civil al que le corresponda según las reglas generales;**

c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al juez penal que

dictó la sentencia; y,

d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte respectiva.”¹¹²

Luego de que exista la sentencia condenatoria, en caso de que el ofendido no haya presentado acción particular, recién ese momento puede iniciar la acción de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual.

Esto genera serios problemas en los afectados o víctimas de un delito de lesiones ya que el tiempo que conlleva un proceso penal es muy largo para luego de este proceso recién poder iniciar la acción de daños y perjuicios; la víctima de un delito de lesiones que por esta afección permaneció un tiempo largo en hospitalización y quedo en una situación de incapacidad para realizar su actividad laboral habitual, lo que más necesita es la reparación del daño de manera rápida, si espera el tiempo que demora el proceso penal, para luego de culminado el proceso penal, recién poder iniciar la acción de daños y perjuicios, en ese tiempo puede que este daño haya destruido todo su patrimonio, y haberle causado un daño moral mayor al inicial, ya que la preocupación de carecer de los medios para cancelar las deudas generadas por sus gastos hospitalarios, generan un daño espiritual, que podría evitarse en caso de no existir esta prejudicialidad.

El proyecto de reforma de código civil argentino de 1992 en su artículo 1697, propone una solución a este serio problema, ya que nos dice lo siguiente: “Si la acción criminal hubiese precedido a la acción civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los siguientes casos: 1) Si median causas de extinción de la acción penal. 2) si la dilación del

¹¹² Código de Procedimiento Penal. Art. 31

procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración afectiva del derecho a ser indemnizado. 3) Si la acción civil está fundada en factores objetivos de responsabilidad.”¹¹³

Este último numeral es muy importante, ya que se independiza a la acción civil de la penal.

A criterio de Mosset Iturraspe debe existir una independencia sustancial de la acción civil frente a la acción penal, ya que en el derecho de daños la acción civil es la adecuada para cualquier reclamo de daños y perjuicios y debe ser completamente independiente de la acción penal.¹¹⁴

Una de las soluciones posibles a este problema, es el realizar una mediación de los daños y perjuicios generados por el delito de lesiones, mientras se continua, o no el proceso penal.

Este punto se explica claramente en el siguiente capítulo.

¹¹³ Mosset Iturraspe, Jorge, Independencia de la acción civil frente a la penal , Editorial Abeledo Perrot, Pág. 119

¹¹⁴ Ibíd. Pág. 57

IV. APLICABILIDAD DEL PROCESO DE MEDIACIÓN EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS GENERADOS POR UN DELITO DE LESIONES

4.1. Razones por las que es posible realizar la mediación en los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones

Tal como vimos al final del capítulo anterior de la presente disertación los daños y perjuicios generados por un delito de lesiones, pueden ser reclamados ante un juez de lo civil en caso de que no se haya presentado acusación particular. Esta responsabilidad extracontractual generada por el delito de lesiones es perfectamente mediable, ya que la acción civil de daños y perjuicios es independiente de la penal.

En nuestra legislación vigente existe norma expresa por la cual si es posible aplicar la mediación en el delito de lesiones, incluso evitando que exista una sanción punitiva, el delito de lesiones por regla general es un delito de acción pública, excepto “las lesiones que no superen los treinta días de enfermedad o incapacidad para el trabajo, excepto en los casos de violencia intrafamiliar y delitos de odio.”¹¹⁵ Esto de acuerdo al art. 36 literal k) del código de procedimiento penal, el cual establece que esta clase de lesiones son de acción privada.

Existe el proceso de conversión por el cual ciertos delitos de acción pública pueden convertirse en delitos de acción privada, el cual se encuentra contenido en el art. 37 del código de procedimiento penal el cual nos señala lo siguiente: “Las acciones por delitos de

¹¹⁵ Código de Procedimiento Penal. Art. 36

acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa. No cabe la conversión: a) Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social; b) Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado; c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio; d) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o, e) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular. Transformada la acción cesarán todas las medidas cautelares que se hayan dictado. Si el ofendido decide presentarse como querellante para iniciar la acción privada, será competente el mismo juez de garantías penales que conocía del proceso en la acción pública. El plazo para la prescripción de la acción privada correrá a partir de la resolución de la conversión. La conversión procederá hasta el término de cinco días después de que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.”¹¹⁶ Es posible realizar este proceso de conversión a todo delito de lesiones, excepto en aquellas lesiones que causen una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal, ya que en este caso la sanción es de reclusión menor de tres a seis años en caso de que se haya realizado con alevosía, por precio o promesa remuneratoria, por medio de inundación, veneno incendio, o descarrilamiento, con ensañamiento aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido, cuando se ha imposibilitado a la

¹¹⁶ Ibíd. Art. 37

víctima para defenderse, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos. Solamente en este caso no es posible realizar el proceso de conversión, ya que como vimos en el art. 37 del código de procedimiento penal no cabe la conversión cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.

Es necesario realizar la conversión a delito de acción privada ya que solamente realizando esta conversión es posible realizar un acuerdo de reparación, los cuales perfectamente pueden ser realizados en un centro de mediación, o ante un mediador debidamente autorizado; el art. 37.1 nos explica exactamente en qué consisten estos acuerdos de reparación: “excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria. El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa. En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo. La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal. Los jueces de garantías penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se

ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.”¹¹⁷

Tal como vemos es perfectamente posible realizar un proceso de mediación en caso de un delito de lesiones, incluso reemplazando al proceso penal, pero ¿es posible realizar una mediación en caso de que el delito de lesiones haya generado una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal? La respuesta a esta interrogante es positiva, pero el proceso penal continua, independiente de la mediación de daños y perjuicios. .

En todos los casos de mediación en delitos de lesiones se busca llegar a una justicia restaurativa, es decir se busca que el afectado sea debidamente reparado su daño. De acuerdo a José Luís Manzanares, la justicia restaurativa “contribuye a que cada parte asuma la responsabilidad por su conducta y a proteger la dignidad de las personas; y la mediación es su expresión más extendida ya que constituye la posibilidad de producir la reintegración social de los delincuentes y responder a las necesidades de las víctimas en el marco de los valores de la comunidad”¹¹⁸

La justicia restaurativa, y la mediación como su principal instrumento buscan satisfacer no solo el derecho de la víctima a su reparación de daños y perjuicios, la cual sin embargo si es el objetivo principal de la mediación, en la justicia restaurativa también se busca darle la

¹¹⁷ Ibíd. Art. 37.1

¹¹⁸ Manzanares Samaniego, José Luís, Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Pág. 17

oportunidad de comprender la motivación del delincuente, conociendo las circunstancias y recibir una posible petición de perdón.

Al ser el principal objetivo de la justicia restaurativa, el reparar los daños y perjuicios de la víctima, encuentro erróneo el llamarlo mediación penal como lo hacen la mayoría de autores, ya que lo único que se busca solucionar en el proceso de mediación es solamente reparar los daños y perjuicios de la víctima el cual es un tema puramente civil, si bien el hecho generador de estos daños y perjuicios es un delito penal, en el proceso de mediación jamás se busca imponer una sanción a la persona que cometió este delito, solamente se trata de reparar **la responsabilidad civil extracontractual generada por un delito de lesiones.**

4.2 Perfil del Mediador de un delito de lesiones

El mediador que va a realizar una mediación de un delito de lesiones, debe cumplir los requisitos legales que establece la legislación ecuatoriana el cual es “para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta Ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador”¹¹⁹

Aparte de los requisitos de ley para ser un correcto mediador de delitos se debe tener un perfil especial, el mediador debe ser una persona de gran calibre humano, con suficientes conocimientos técnicos respecto a daños y perjuicios, y principalmente debe ser capaz de

¹¹⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Art. 48

evitar involucrarse emocionalmente en el proceso; el mediador debe estar atento para recoger la buena voluntad que se exponga durante la mediación y también la mal; debe saber que la víctima no puede ni debe padecer a oscuras, y tener captación y tino cuando se trata de saber que busca, que es lo que la satisface dentro de las penosas circunstancias que le toca vivir en ese momento.¹²⁰

El mediador de delitos debe ser un ser humano con gran capacidad de escuchar y de captar cada postura de las partes, debe ser un ser humano que le produzca gran confianza al transmitir un ideal de conciliación, tanto a la víctima como al delincuente. El mediador de delitos debe estar consciente de que el solamente es una ayuda para solucionar al conflicto, esta ayuda debe realizarla de manera amigable y objetiva.

Considero de gran importancia que el mediador de delitos de lesiones, debe tener un conocimiento adecuado respecto a responsabilidad civil extracontractual, ya que la víctima puede que no acuda sola al proceso de mediación sino con su abogado, el cual si tiene conocimientos adecuados respecto a la responsabilidad civil extracontractual. Por ejemplo jamás puede ocurrir que la víctima solicite en la mediación la reparación de su daño moral, aparte del daño emergente y el lucro cesante, y el mediador no tenga conocimiento alguno del daño moral.

Considero oportuno citar las palabras de Elías Neuman respecto al perfil del mediador: “Mediar en materia penal, no es lo mismo que hacerlo en materia civil, comercial o laboral. Los bienes jurídicos son otros, pero en lo penal hay compromisos personales íntimos, que

¹²⁰ Neuman Elías, Mediación Penal, Editorial Universidad, Pág. 147

ponen la emocionalidad y el psiquismo a la intemperie. Casi siempre requieren consejos, ayuda y contención”¹²¹

El mediador de delitos debe estar preparado para realizar el encuentro entre la víctima y el delincuente, lo cual no es nada fácil.

Si bien existe la voluntad de la víctima de llegar a un acuerdo, al haber realizado la conversión del delito de acción pública a delito de acción privada, y haber solicitado un proceso de mediación para realizar el acuerdo de reparación; y al delincuente a su vez le conviene realizar dicho acuerdo ya que de esta manera evita la sanción punitiva. La víctima puede sentirse incomoda, al estar junto a la persona que le ocasiono la lesión, e igualmente al delincuente puede resultarle una mala experiencia el estar junto a su víctima, al ver el daño que le causo, puede que muchas personas preferirían que el proceso penal siga su curso normal, antes que tener una confrontación con su victimario.

Para solucionar este inconveniente el mediador debe evitar que durante el proceso de mediación se atribuyan culpas, o el proceso de mediación inicie realizando acusaciones que perjudicarían el proceso. El mediador debe centra la discusión solamente para enmendar el daño causado, no en los motivos que llevaron a cometer el delito, ni centrarse en el delito mismo.

¹²¹ Ibíd. Pág. 149

4.3 El Proceso de mediación en los delitos de lesiones

Previamente a iniciar un proceso de mediación por un delito de lesiones como vimos anteriormente, debe previamente realizarse la conversión a delito de acción privada en caso de ser necesario, obviamente el causante de las lesiones, debe reconocer que él fue el autor de dichas lesiones, ya que caso contrario es imposible iniciar el proceso de mediación.

En caso de que se trate de un delito de lesiones que cause una incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal, ya que en este caso la sanción es de reclusión menor de tres a seis años en caso de que se haya realizado con alevosía, por precio o promesa remuneratoria, por medio de inundación, veneno incendio, o descarrilamiento, con ensañamiento aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido, cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos, si bien el proceso de mediación de los daños y perjuicios es perfectamente viable, en este caso es imposible realizar un acuerdo de reparación por lo que por más que se repare efectivamente los daños y perjuicios a la víctima, el proceso penal debe continuar.

La doctrina establece que el modelo correcto a seguir en un proceso de mediación de delitos es el siguiente:

- **Fase de admisión.** En este procedimiento de admisión es importante identificar si es o no posible aplicar la mediación al caso específico, la víctima por ejemplo no debe estar en un estado físico muy deplorable, como para que no sea posible hablar en el proceso de mediación, ya que incluso si comparece con su apoderado, siempre es importante escuchar cuáles son sus intereses directamente de la víctima.

En esta fase del proceso de mediación de un delito el mediador debe identificar que la víctima no tiene como objetivo únicamente denigrar y atacar a su agresor. De la misma forma el victimario debe ser una persona que muestre un arrepentimiento del hecho causado, es decir que sea capaz de rehabilitarse, ya que si el mediador identifica que esta persona siente bienestar por el delito cometido, lo más sensato es no iniciar el proceso de mediación y dejar que sea la jurisdicción penal quien decida la culpabilidad del victimario, y su sanción respectiva.

- **Fase de preparación de la mediación:** Es recomendable no iniciar la fase de mediación directamente ya que como señalamos anteriormente, es recomendable evitar el enfrentamiento víctima-victimario, sin una preparación correcta.

Es necesario realizar una reunión preliminar con la víctima y con el victimario por separado, para escuchar la versión de los hechos de cada uno, explicarles en qué consiste el proceso de mediación; esto nos sirve para identificar si efectivamente las partes están dispuestas a someterse a un proceso de mediación de manera voluntaria, y es necesario que las partes señalen si desean o no continuar el proceso de mediación.

Igualmente es necesario evitar una revictimización ya que se debe señalar que tanto la víctima como el victimario acudan a la mediación con máximo otra persona, ya que si bien ellos pueden estar dispuestos a solucionar su conflicto por medio de la mediación, puede darse el caso que sus familiares, no estén de

acuerdo con llevar este proceso y acudan solamente a querer agredir a la parte contraria.

Esta fase preparatoria puede no durar solamente una sesión por cada parte, sino puede llevar varias sesiones, para que las partes estén seguros de lo que van a decir cuando se encuentren frente a la otra parte, y estén concientes de que asumirán con responsabilidad el posible acuerdo futuro, estas sesiones sirven al mediador también para ganarse la confianza de ambas partes, señalándoles que jamás tomaran favoritismo por una o por otra.

- **Fase de mediación:** Esta fase inicia cuando existe la primera sesión en la que acuden tanto la víctima como el victimario, en esta fase es cuando las partes ayudadas por el mediador discuten sus puntos de vista para llegar a una justa reparación de la víctima.

En esta fase las audiencias deben realizarse en un lugar neutral en el que ambas partes se sientan cómodas, en etapa se ve el éxito de las fases anteriores, ya que si se llevaron con éxito, el mediador tendrá la confianza y legitimidad suficiente como para no tener mayores inconvenientes en las audiencias de mediación.

En caso de que no se logre llegar a ningún acuerdo, el proceso penal seguirá su curso natural.

- **Fase de seguimiento:** Esta fase de seguimiento lo realiza el juez de garantías penales, no el mediador, ya que es el juez de garantías penales ordena el archivo

temporal de la causa, hasta que el conozca que efectivamente se cumplió el acuerdo de manera íntegra.

El mediador también puede controlar el cumplimiento del acuerdo, reforzando la responsabilidad de que se cumpla efectivamente la reparación contenida en el acuerdo.

4.4. El acta de mediación, en la mediación de un delito de lesiones.

Los requisitos generales que señalamos en el punto 1.8 son los mismos, a diferencia de que el acta de mediación en la mediación de delitos no surte efectos de cosa juzgada al menos que antes, este acta de mediación que contiene el acuerdo de reparación se remita al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verifica que en el delito en cuestión es posible realizar el proceso de conversión y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria. El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa. En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo. La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Tal como vemos el afectado en caso de que no se cumpla este acuerdo de reparación, puede solicitar que se continúe el proceso penal, o a la vez hacer cumplir dicho acuerdo por la vía de apremio amparado en el art. 924 del código de procedimiento civil.

4.5. Ventajas y desventajas de la mediación en delitos de lesiones

4.5.1. Ventajas para todas las partes involucradas en el conflicto

- La reparación lograda en la mediación, y el posible perdón al victimario, son socialmente más constructivos que el empleo de la fuerza para lograr dicha reparación.

- En la mediación de delitos, ambas partes participan de forma activa en el proceso de mediación, esto en contraste al rol pasivo que tienen en la justicia habitual.

- El proceso de mediación en delitos ayuda a evitar que exista un hacinamiento en la población carcelaria, ya que se evita que personas que cometieron delitos menores sean sancionados con penas privativas de libertad.

- El proceso de mediación de delitos evita que exista una sobrecarga procesal en el sistema penal.

4.5.2. Ventajas para la víctima

- La víctima obtiene su reparación de daños y perjuicios de manera rápida, satisfaciendo sus necesidades de mejor manera, ya que por la vía judicial debería esperar a que exista una sentencia condenatoria, para recién poder iniciar el proceso de daños y perjuicios, en caso de no haber realizado acusación particular.
- La víctima confronta al autor de sus lesiones, y puede expresar sus pensamientos directamente al victimario.
- La víctima puede aliviar temores exagerados sobre el victimario, al comprender que el también es un ser humano que cometió un grave error.
- La víctima tiene la posibilidad de recibir una disculpa
- Cuando el acuerdo reparatorio se cumple de manera efectiva, la víctima tiene menos preocupaciones ya que la conclusión de este conflicto le trae tranquilidad.

4.5.3. Ventajas para el victimario

- El victimario tiene la oportunidad de enmendar de manera efectiva el daño causado a la víctima, en lugar de sufrir un castigo privativo de libertad, de esta manera, al no ser una persona peligrosa para la comunidad, evita la sanción penal, reparando a la víctima de una manera justa para ambas partes.

- Puede ofrecer una disculpa a la víctima y explicar las razones por las cuales realizó el ilícito, directamente a la víctima.
- Permite mostrarse como un ser humano ante la víctima, no solamente como un criminal.
- El victimario participa con propuestas sobre como enmendar los daños causados a la víctima de una manera efectiva, que sea factible de cumplir.
- El victimario evita que se deteriore su imagen al no ser condenado con una sanción privativa de libertad.
- Se evita la reincidencia de la persona que cometió el delito de lesiones, ya que al haber realizado una indemnización justa a la víctima se redujo su patrimonio, cosa que la persona que cometió el delito, quisiera evitar que ocurra de nuevo.
- Al evitarse la sanción penal por delitos menores, se logra evitar que estas personas tengan peores problemas, como la pérdida de sus trabajos, y no tener una manera de cómo sostener a su familia.

4.5.4. Desventajas de la mediación de delitos

- La mediación no es aplicable para todos los delitos
- La mediación no es aplicable en todos los casos, ya que el victimario efectivamente puede ser un delincuente merecedor de una sanción.

- La mediación de delitos de lesiones puede fracasar en caso de no tener mediadores debidamente capacitados.
- La mediación no garantiza la reincidencia del victimario, pero esto tampoco lo garantiza el sistema judicial.
- Solamente un pequeño número de delincuentes pueden ser partícipes del proceso de mediación.
- En el proceso de mediación la víctima puede renunciar a ciertos derechos indemnizables, con tal de tener una resarción de su daño de manera rápida, sin que esto justifique que sea una restauración injusta.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- En la presente disertación se logro demostrar el objetivo principal, el cual es demostrar la utilidad de la aplicación del proceso de mediación, en los daños y perjuicios generados por los delitos de lesiones.
- Es muy necesario que el mediador de daños y perjuicios de un delito de lesiones tenga un buen conocimiento respecto a derecho de daños, ya que todas las clases de daño pueden ser solicitadas por la víctima en el proceso de mediación, y el mediador debe obviamente tener el conocimiento necesario del tema.
- Si bien la mediación proporciona una solución para que la víctima sea indemnizada de una manera más rápida que la vía judicial, esto no quiere decir que todos los casos pueden ser solucionados por medio de un proceso de mediación, la vía judicial siempre será la vía más óptima para la generalidad de los casos.
- El delito de lesiones puede generar muchas clases de daño, tal como el daño emergente, lucro cesante, daño moral, daño futuro y la pérdida de chances.
- Todo delito de lesiones es susceptible de que su reparación de daños y perjuicios se la realice por medio de la mediación, incluso en los delitos -que causen una

incapacidad permanente para el trabajo, o una mutilación grave, o la pérdida o inutilización de un órgano principal, en caso de que se haya realizado con alevosía, por precio o promesa remuneratoria, por medio de inundación, veneno incendio, o descarrilamiento, con ensañamiento aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido, cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse, por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos-, la diferencia radica que en estos delitos nunca se archiva el proceso penal, ya que no son susceptibles de conversión.

5.2 Recomendaciones

- Es necesario realizar un proceso de socialización en toda la ciudadanía, respecto a la posibilidad la posibilidad de solucionar ciertas clases de delitos penales por medio del acuerdo de un acuerdo de reparación, independientemente de si este acuerdo de reparación se lo realice en un proceso de mediación, o en proceso de negociación. De esta manera, los ciudadanos ya conociendo esta nueva manera de solucionar sus conflictos en ciertas clases de delitos, pueden acudir a esta vía, para de esta manera evitar una sobrecarga procesal tanto en la fiscalía, como en juzgados de garantías penales.
- Es recomendable que la función judicial realice cursos de capacitación para mediadores de delitos, con conocimientos específicos en temas de mediación y responsabilidad civil extracontractual, ya que con unos mediadores capacitados

específicamente para estos procesos, pueden lograrse acuerdos exitosos, los cuales pueden ser beneficiosos para el común de la ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA

1. ASIPI, Manual Práctico de Mediación. Legis, Colombia, 2008.
2. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, México, 2004.
3. Buch, Baruch. Promesa de Mediación. Granica Ediciones S.A., Buenos Aires, 1997.
4. Calcaterra, Ruben. MEDIACIÓN ESTRATÉGICA. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2002.
5. Cárdenas, José Eduardo. Mediación en los Conflictos Familiares. Editorial Lumen, Buenos Aires, 2008.
6. Ceretti, Adolfo. Justicia Reparadora. Ediciones Lexis Nexis. Buenos Aires, 2005.
7. Donoso, Arturo. Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2007.
8. Highton, Elena. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS Y SISTEMA PENAL, Editorial Ad. Hoc, Buenos Aires, 1998.
9. Horowitz, Sara. MEDIACION UNA RESPUESTA INTERDISCIPLINARIA, EUDEBA, Buenos Aires, 2004.
10. Horowitz, Sara. Mediación y Revinculación, Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
11. Ledesma, Guillermo, Derecho Penal, Editorial Abeledo Perrot, Edición décimo séptima, Buenos Aires, 2008.
12. Manzanares, José Luís. Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 2007.
13. Martinez Alarcon, Javier. Obligaciones Civiles, 1ª ed., Ed. Oxford University Press, México, 2000.
14. Moreton, María. Los delitos de lesiones, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2000.
15. Mosset Iturraspe, Jorge, Independencia de la acción civil frente a la penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003
16. Mosset Iturraspe, Jorge. Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.
17. Neuman, Elias. Mediación Penal. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2005.

18. Rojina Villegas, Rafael, Teoría General de las Obligaciones. 17ª ed., Ed. Porrúa, México, 1991
19. Soletto Muñoz, Helena, Mediación y Solución de Conflictos, Rigorma, Sevilla, 2004
20. Suarez Marinez. MEDIACION. CONDUCCION DE DISPUTAS, COMUNICACION Y TECNICAS, Paidós Ediciones, Barcelona, 1997
21. Zannoni, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005.
22. Zavala de González, Matilde. Tratado de daños a las personas Disminuciones psicofísicas, Tomo1 y tomo 2, Editorial Astrea. Buenos aires, 2009.