



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

Aplicación de la Mediación Penal en la Legislación Ecuatoriana

**Trabajo de Graduación Previo la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador**

Autor: Diana Martha Chicaiza Maldonado

**Director: Dr. Esteban Segarra Mst.
Dr. Jaime Ochoa Esp.**

**Cuenca, Ecuador
2012**

Dedicatoria

Mi trabajo de graduación se lo dedico a mi madre por su eterna compañía, perseverancia y sobre todo por el buen ejemplo que ha sabido darme durante toda mi vida, a mi padre por su incondicional apoyo y esfuerzo para darme todo lo necesario, y a mi hermana que con su hombro, su cariño y sus consejos es mi mejor amiga, y mi gran ejemplo del uso del dialogo, la negociación y la resolución pacífica de los conflictos, para vivir en un mundo de paz.

Agradecimientos

Mi eterna gratitud para mi Padre Celestial, quien me dio la vida, guía mis pasos y me otorga las facilidades para culminar esta meta. Agradezco de corazón a todos mis profesores que compartieron sin egoísmo alguno sus conocimientos, sus concejos y sus enseñanzas. Gracias a todas las personas que conforman la Facultad de Derecho, en especial Maria Elena, Marianita y Ceci, quienes incondicionalmente me brindaron su ayuda cuando la solicitaba. También gracias Juanito por facilitarme el saber y la ciencia en sus copias.

Mi amor, no tengo palabras para agradecerte por acompañarme durante todo el transcurso de mi carrera, por soportar y comprender todos los conflictos emocionales que surgieron durante el desarrollo del presente trabajo, y por estar siempre ahí cuando más lo necesito, Gracias Moyita.

Índice de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Índice de Anexos.....	vii
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
Introducción	1
CAPITULO I.....	3
LA MEDIACION.....	3
1.1 Concepto:	3
1.2 Origen de la Mediación.....	5
1.3 Objetivos de la Mediación.	8
1.4 Técnicas de mediación.	9
1.5 La Cultura de la Mediación.....	14
CAPITULO II	21
La Mediación en Derecho Penal	21
2.1 Antecedentes	21
2.2 La Pena y la Mediación.....	30
2.3 Los Fines de la Mediación Penal	34
2.4 El Sistema Inquisitivo y Dispositivo Vs La Mediación.	36
2.5 La situación de la Víctima y el Procesado	38
2.6 La Justicia Restaurativa y Justicia Penal Negociada.....	46
2.6.1 La justicia Restaurativa	47

2.6.2 La Justicia Penal Negociada	51
CAPITULO III.....	54
La Mediación Penal en La Legislación Ecuatoriana	54
3.1 Justificación de la Mediación Penal en el Ecuador	54
3.2 La Crisis Penal en el Ecuador	57
3.3 La Crisis en el Sistema de Rehabilitación Social Ecuatoriano	61
3.4 La Mediación y el Debido Proceso	66
3.5 Conflictos Penales Que Pueden ser Mediabiles Dentro del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.....	77
3.6 Momentos en los que se puede Mediar según el C.P.P Ecuatoriano	82
CAPITULO IV	86
El Uso de la Mediación en el Tratamiento del Delito.....	86
4.1 La Mediación y el Principio de Oportunidad.....	86
4.2 Artículo 36 del Código de Procedimiento Penal (La Conversión).....	94
4.2 Artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (El Acuerdo de Reparación).....	97
4.3 Suspensión Condicional del Procedimiento.....	102
4.4 Procedimiento Abreviado y Procedimiento Simplificado.....	108
4.4.1 Procedimiento Abreviado	110
4.4.2 Procedimiento Simplificado.....	113
CAPITULO V.....	117
El desarrollo de la Mediación Penal.....	117
5.1 Principios de la Audiencia de Mediación Penal.....	117
5.2 Selección del Caso Mediable	122
5.3 El mediador Penal	125

5.4 El mediador y las Partes.....	128
5.5 Confrontación de las partes.....	131
CAPITULO VI.....	134
Resultados de la Mediación Penal	134
6.1 El acuerdo de las Partes y su contenido	134
6.2 El Resarcimiento del Daño	136
6.3 La Reparación Económica	137
6.4 El Efecto Sentencia	141
6.5 Incumplimiento del Acuerdo	142
CAPITULO VII	145
La Mediación en la Justicia Penal del Ecuador.....	145
7.1 Ventajas y Desventajas de la Mediación en el Derecho Penal.....	145
7.1.1.- Ventajas:	146
7.1.2 Desventajas	149
7.2 Beneficios para las Partes	150
7.2.1 Para las Víctimas:.....	150
7.2.2 Beneficios para el delincuente:	151
7.3 Beneficios para el Sistema Judicial.....	152
7.4 Introducción de la Mediación Penal en la Legislación Ecuatoriana	154
7.4.1.- Críticas:.....	156
CONCLUSIONES	161
RECOMENDACIONES.....	163
BIBLIOGRAFIA	165

Índice de Anexos

ANEXO 1.....	169
ANEXO 2.....	172
ANEXO 3.....	173
ANEXO 4.....	176
ANEXO 5.....	179
ANEXO 6.....	180
ANEXO 7.....	182

Resumen

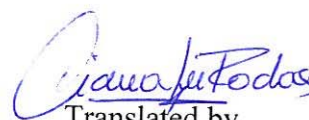
El presente trabajo inicia con un análisis del origen de la mediación, lo que significa en su esencia y cuales son los objetivos dentro de una sociedad, para introducirnos en el estudio profundo de lo que significa la Mediación penal, de manera comparativa con el Proceso Penal Ordinario y los beneficios que tiene su uso en la sociedad. Se pretende realizar, una investigación de los Métodos Alternativos al Proceso Penal a través de su marco teórico que se encuentra tipificado actualmente en el Código de Procedimiento penal, realizando un análisis real de su posible uso en la sociedad ecuatoriana, con la finalidad de establecer un diagnostico entre la administración de justicia común y los medios alternativos de solución de conflictos, para finalmente, como propuesta y solución a la situación actual en nuestra sociedad presentar la manera correcta que debería desarrollarse una audiencia de mediación, el perfil del mediador, los resultados que se obtendrían y la reforma al proyecto de creación del Nuevo Código de Procedimiento Penal del Ecuador.

ABSTRACT

The present research project starts with an analysis of the origin of mediation, that is to say its essence and goals within a society. Next, we make a profound study of the significance of Criminal Mediation; we compare it with the Ordinary Criminal Process and analyze the benefits of its application in society. The intention is to carry out an investigation of the Alternative Methods to the Criminal Process through the study of its theoretical framework, which is currently typified in the Code of Criminal Procedure. A real analysis of its possible use in the Ecuadorian society was performed in order to establish a diagnosis between the administration of common justice and the alternative means to solve conflicts. Finally, as proposal and as a solution to the current situation of this process in our society, we present the proper way to develop a mediation hearing, the profile of a mediator, the results that would be obtained and the amendment to the project for the creation of the New Ecuadorian Code of Criminal Procedure.



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
DPTO. IDIOMAS



Translated by,
Diana Lee Rodas

Introducción

La existencia de la Mediación no es nueva en nuestros tiempos, su origen data desde hace 2000 años y su uso es fundamental dentro de una sociedad en la que el diario desenvolvimiento de las relaciones personales generará de alguna manera conflictos. La mediación es considerada como un método para conseguir la paz social y el restablecimiento de las relaciones de los individuos que viven y se desarrollan dentro de un Estado Social de Derecho.

Los delitos contra la propiedad, los delitos cometidos por adolescentes infractores, los delitos de acción privada, las contravenciones y todos aquellos ilícitos contra las personas que pueden ser sujetos de mediación constituyen actualmente uno de los mayores problemas de la sociedad, sin esperanza que se detenga, pues las cifras señalan que cada día va en aumento, como expresan las estadísticas mensuales del ingreso de Personas Privadas de Libertad a los diferentes Centros de Rehabilitación Social del País, lo que indica que el uso del Derecho Punitivo no está generando buenos resultados en la prevención y en la búsqueda de la orden social, tampoco el uso de la pena ha logrado evitar la reincidencia de los delincuentes y menos las sentencias condenatorias han cubierto las necesidades de las víctimas de un delito, ni han otorgado seguridad jurídica en la sociedad.

Debido a que vivimos en una cultura de litigio, en la que las personas creen que la sentencia y el aumento de una pena, son la solución a los conflictos sociales, evitando buscar soluciones alternativas como la reparación del daño, la búsqueda de una justicia más práctica que recaiga directamente hacia la víctima o el ofendido, es que el legislador a creído conveniente, un nuevo método de justicia, muy utilizado en otros países con cultura de mediación, negociación, ánimo de buscar resarcir el daño a la sociedad, y que ahora es introducido también en nuestra legislación con opciones factibles que pueden ser utilizadas como procedimientos alternativos para evitar todo el trámite que genera un juicio penal, también para resolver el problema legal de manera rápida en la que el

objetivo sea cubrir las necesidades de las partes procesales, en lugar de pagar una pena en un centro que si bien tiene el nombre de centro de rehabilitación, no es precisamente lo que se está logrando en sus internos

No es oculto para nadie que nuestras cárceles, se encuentran abarrotadas y en condiciones insalubres, y que muchas de las personas que se encuentran allí cumpliendo una condena, podrían haber llegado antes a un acuerdo de reparación o a una conversión dependiendo del delito que se trate, y de esta manera encontrar una solución satisfactoria para la víctima y el procesado, que no siempre encuentra mayor beneficio económico, ni personal, ni psicológico, cuando el Juez de Garantías Penales dicta sentencia condenatoria. Tampoco es oculto que nuestro sistema judicial se encuentra en caos, con 700.000 causas retrasadas, prescritas, y abandonadas, lo que genera insatisfacción en la sociedad y falta de confianza hacia la justicia.

Por todas estas razones, el presente trabajo investigativo, se basa en la oportunidad que nos presenta el nuevo código de procedimiento penal, de disminuir la carga procesal en los juzgados, realizar una justicia efectiva aplicando penas o sanciones basadas en los derechos humanos, cuyo uso es de aplicación mundial y obligatorio, según nuestra constitución.

Es fundamental partir en este estudio con un análisis sobre el origen y lo que significa la Mediación en su esencia, sus características principales, objetivos y la manera que se puede utilizar en nuestro país. Así como lo que significa la Mediación Penal, las diferencias y similitudes que tiene con un Procedimiento Penal Ordinario y las posibles formas de aplicarla dentro de nuestra legislación.

Pondré énfasis en el análisis y la justificación del uso de la Mediación Penal en la Legislación ecuatoriana, así como la realización de una descripción exhaustiva de los artículos que posibilitan el desarrollo de un proceso de mediación, los momentos procesales oportunos y los resultados y beneficios que genera su uso en una sociedad.

CAPITULO I

LA MEDIACION

1.1 Concepto:

El “Real Life Dictionary of the Law” refiere y dice que la mediación es: *“El intento de poner fin a una disputa legal a través de la participación activa de un tercero (mediador) quien trabaja para encontrar puntos de consenso y hacer que las partes en conflicto acuerden un resultado favorable”*¹. Por lo tanto, como significado podemos decir que la mediación es un método o intervención que dirige una persona imparcial llamado mediador, con el propósito de resolver situaciones, desavenencias o conflictos que han surgido entre dos o mas personas, por medio del uso de diferentes técnicas que ayudan a estimular y facilitar la búsqueda de una solución o un acuerdo entre dos personas que tienen un conflicto.

Aristóteles nos dice *“El hombre es por naturaleza un ser social”* al ser un ser social implica compartir, convivir e inmiscuirse en la sociedad e interactuar con diferentes personas durante toda su vida. El ser humano interactúa desde el momento en que despierta en el día, al salir a la calle con distintas personas y personalidades a lo que llamamos relaciones sociales, y al cumplir con su rutina diaria y compartir con una sociedad se encuentra propenso al conflicto, la Mediación es un método alternativo para solucionar los conflictos que existen a diario en una sociedad sin tener que recurrir al litigio. Se podría decir que la Mediación es la mejor alternativa a la violencia, en la que las partes inmiscuidas en un conflicto con la ayuda de un tercero imparcial, buscan alternativas o soluciones al problema acontecido, analizando el presente y beneficiándose hacia el futuro en base a las necesidades subyacentes al conflicto.

¹ <http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1233>

La mediación se basa en la toma de responsabilidades por ambas partes, pero una responsabilidad que genera el establecimiento de metas a cumplir, metas que solo serán alcanzadas y resueltas por las partes en conflicto de una manera interactiva y no interpersonal como sucede en un juicio. El momento en que las partes activamente llegan a la búsqueda de una solución, se puede decir que se ha modificado el tipo de relación que tenían en principio, y que el objetivo de simplificar el conflicto y restablecer las relaciones de la mediación empieza a cumplirse. La mediación por lo tanto es una alternativa pacífica a los problemas comunes que se generan en la sociedad y entre las personas que son miembros activos de ella.

La persona ideal para dirigir el proceso y desarrollo de la mediación es aquella que no tenga ninguna relación de ningún tipo con las partes en conflicto, cuya característica primordial, inevitable y obligatoria es ser imparcial, *“Un tercero imparcial significa que no tiene intención ninguna preexistente de favorecer a uno o a otro en lo relativo a intereses, pero si, claro esta, de favorecer el cambio en la definición de la relación”*², por lo tanto para que la mediación sea exitosa es fundamental que el mediador que la dirija sea ajena a las personas en conflicto, maneje el problema con la debida madurez del caso, no se inmiscuya personalmente en la situación y apoye en igualdad de condiciones a las partes que necesitan su confianza y dirección.

La mediación debe ser una opción en todos los sistemas legales, debido a que una vez que se genera el conflicto, lo primero que se derrumba son las relaciones de las personas inmersas en el y con la mediación a través del uso de diferentes métodos y técnicas lo que se hace es facilitar la comunicación nuevamente entre las personas protagonistas del conflicto, reduciendo la dimensión de lo acontecido, y componiendo los obstáculos que se han generado como consecuencia del problema, y previniendo también los que podrían venir a futuro. Con la mediación se ahorra tiempo, esfuerzo y dinero, ya que es un proceso simple y rápido para resolver problemas entre las personas y que tiene los mismos efectos legales que un juicio ordinario, con la única diferencia que las partes son

² RODRIGUEZ JAIME, *La Mediación Presente Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*, Pag. 16

protagonistas en la búsqueda de soluciones satisfaciendo de esta manera sus necesidades reales.

La interacción de las partes se basa en la búsqueda de soluciones con la dirección de un tercero imparcial que ayudará a generar alternativas para solucionar, reponer o resarcir el conflicto y de esta manera conseguir que las partes reparen sus relaciones personales y se responsabilicen por lo acontecido en cuanto a las posibilidades reales de cumplimiento. Pero la mediación no termina allí, pues conforme más procesos de mediación se desarrollen crecerá la cultura mediática en la sociedad y se tomara como un modelo alternativo de justicia a seguir.

La mediación por lo tanto es:

1. Una negociación asistida;
2. Un procedimiento pacífico;
3. Un procedimiento no adversarial; y
4. es un procedimiento cooperativo en la resolución de conflictos.

Su propósito es lograr:

- a) Un acuerdo rápido,
- b) Minimizar los costos de tiempo, dinero y esfuerzo y
- c) Dejar abierta la vía judicial si la mediación no ha logrado resolver el conflicto.

1.2 Origen de la Mediación

La mediación al ser una posibilidad que tienen dos o más personas de encontrar una solución práctica frente a un conflicto o problema con la ayuda de un tercero imparcial ha existido desde que había dos o más personas en la tierra. Buscando su origen se observa que no es un invento nuevo y revolucionario sino una adaptación a la cultura que ya se utilizaba desde hace mucho tiempo atrás. La primera gran señal de su existencia se encuentra en las Sagradas Escrituras “La Biblia” que data de dos mil años atrás y expresa en el Nuevo Testamento (1 Carta de Corintio 6:1-4) que Pablo al dirigirse a la congregación en corintio les pide a las personas que no resuelvan sus desavenencia en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para

conciliarlas, es decir un tercero que naturalmente debió haber sido una persona de paz e imparcial. Es desde entonces, durante siglos y hasta actualmente que la iglesia es el ejemplo más grande de mediación ya que ha desempeñado un papel importantísimo en la resolución de conflictos entre sus miembros. En todas las culturas de nuestro planeta el párroco, sacerdote o rabí aún es llamado a intervenir como mediador en desavenencias familiares (divorcio), personales (deudas), de amistades (compadres), para sugerir la manera de convivir, reorganizar sus relaciones o persuadir a la reconciliación, debido a que la mediación va de la mano con el perdón, y la sobrevivencia en comunidad.

Para Confucio *“la resolución óptima de una disputa se lograba por la persuasión moral y el acuerdo, más bien que por la coerción del soberano; que los ancianos en el Viejo Testamento son modelos solucionadores de conflictos; y que los apóstoles en el Nuevo Testamento expresan la necesidad de resolver los conflictos dentro de la congregación en vez de llevarlos a los tribunales seculares, inclusive con ayuda de otros miembros de la congregación si fuera necesario”*³.

Al parecer, las raíces históricas de la Mediación no solo son muy nombradas en las Sagradas Escrituras, pues su origen demuestra que empiezan en la Antigua China, con el uso de métodos que logran la paz y el restablecimiento de las relaciones personales en búsqueda de una convivencia pacífica, lo que actualmente se sigue utilizando en la República Popular de China a través de los “Comités Populares de Conciliación”. En África desde siempre y actualmente su legislación se basa en el Iusnaturalismo, en el que eligen un “Comité de Ancianos” cuya tarea principal es resolver los conflictos legales y personales entre los miembros de una comunidad, ellos convocan a una junta en la que las partes exponen sus desavenencias, sentimientos y necesidades, para que la autoridad con el uso de la mediación y conciliación busque la solución al conflicto, cuya única sanción o castigo es el servicio a la comunidad, pues la ley y el castigo es utilizado solo para casos graves y de extrema sanción.

³ MARTINEZ ARNOSO AIRANA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg. 79-80

En Estados Unidos, los inmigrantes chinos establecieron la Chinese Benevolent Association para resolver a través de la mediación, desavenencias entre miembros de la comunidad y dentro de la familia (Doo, 1973). En 1920, la comunidad judía norteamericana estableció su propio foro de mediación, el Jewish Conciliation Board, en la ciudad de Nueva York (Yaffe, 1972). Los primeros cuáqueros en los Estados Unidos ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales y desacuerdos maritales, sin recurrir al litigio (Ordione, 1954). En épocas más recientes, el Christian Conciliation Service puso en práctica diversos proyectos piloto para capacitar y proporcionar mediadores eclesiásticos para la resolución de las desavenencias personales (Buzzard, 1982)⁴.

El avance de la sociedad y de la lucha por derechos civiles, laborales y humanos a partir de la segunda guerra mundial, generó en la sociedad la necesidad de establecer políticas de conciliación entre los miembros de una sociedad, cuyo primer y más grande ejemplo se da en el año de 1947 con la creación del “*Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS)*”, dirigido a solucionar problemas laborales e industriales dentro de la sociedad americana. En la década de los cincuenta se crean los “*Comites del buen vecino*”, que eran grupos encargados de resolver los problemas originados entre miembros de una comunidad o condominio privado de la población estadounidense.

Todo este incremento de la lucha de las personas, junto con los derechos de las mujeres y los hombres hicieron que no se tolere más injusticias en los tribunales judiciales, el avance de las leyes y la búsqueda de soluciones rápidas y eficaces a los problemas más comunes dentro de la sociedad fueron las herramientas principales en la búsqueda de métodos alternativos a los conflictos. Así como el divorcio tuvo más aceptación dentro de la sociedad adaptándole como un procedimiento común y corriente entre las parejas, las ONGs y los movimientos femeninos impulsaron a que se constituya en 1963 la “*Association of Family and Conciliation Courts*”, una institución cuya finalidad era la resolución de litigios de orden familiar, que también se encargaba de establecer nuevas

⁴ FOLBERG JAY & TAYLOR ALISON, *Mediación: Resolución de Conflictos sin Litigio*, pg. 23

políticas judiciales que incluían la mediación o la resolución alternativa de conflictos al litigio, siempre y cuando el conflicto era dentro de un hogar.

En la década de los setenta es cuando aparecen por primera vez el “*Institute For Enviromental Mediation y The Conservation Fuoundation*” para solucionar problemas con los recursos naturales y el medio ambiente, sobre todo para regular practicas que afecten a la salud de los habitantes y el medio de reparación económica cuando ha existido algún perjuicio en los miembros de un determinado territorio que ha sido afectado por contaminación de ciertas fábricas o industrias.

En nuestra legislación aparece en el año de 1963 cuando la legislación introduce la “*Ley de Arbitraje Comercial*” como opción para solucionar los problemas entre comerciantes, creando de esta manera los Centros de Arbitraje y Mediación que hasta la actualidad son organizados de manera privada en todas las Cámaras de Comercio del País. En el año 1997 se crea la Ley de Arbitraje y Mediación que posibilita a todos los juzgados civiles, societarios, de inquilinato y de niñez y adolescencia la posibilidad de transferir las causas en que las partes puedan resolver por si mismo sus problemas.

1.3 Objetivos de la Mediación.

La mediación tiene como objetivo principal la resolución del conflicto y como objetivo secundario el restablecimiento de las relaciones personales entre los protagonistas del mismo. Las personas acuden a un proceso de mediación tal vez porque ya han experimentado todo lo que se invierte en un proceso judicial ordinario y para obtener una respuesta rápida al problema generado, es en base a estas necesidades subyacentes de la sociedad que se establece distintas metas o sub-objetivos en los que la mediación cumplirá un papel importante, y son los siguientes:

- Mejorar el modelo de justicia con métodos de soluciones rápidas y eficientes que a corto plazo devolviera la confianza de las personas en el sistema judicial.
- Descongestionar los juzgados y los tribunales haciendo que los casos de gravedad y de resultados de gran importancia sean los que ocupen el mayor tiempo y dedicación por los administradores de justicia.

- Restablecer la seguridad jurídica en el país al convertirse en un camino para que las personas confíen en el sistema judicial, en la eficiencia de los administradores de justicia y en la solución de un problema legal con equidad y satisfacción de las necesidades.
- Lograr la culminación de los procesos de una manera rápida y que implique menos desgaste económico, psicológico, de tiempo y esfuerzos para las partes.
- Proveer a las partes de un lugar legalmente seguro para que tengan la oportunidad de mirarse “cara a cara” entre ellas, expresar sus sentimientos, necesidades y buscar una solución de acuerdo a sus deseos y posibilidades reales de cumplimiento.
- Generar un momento idóneo para que las partes hablen sobre el arrepentimiento y el perdón, siempre y cuando lo hagan de manera voluntaria.
- Conseguir el orden y la paz social al restablecer las relaciones personales entre las partes, lo que coincide con uno de los fines del Derecho Penal.
- Conducir a la aceptación de responsabilidad de las partes sobre el conflicto, es decir saber que el conflicto pertenece únicamente a las dos partes y que ellas son las únicas que voluntariamente pueden resolverlo como mejor se adapte a sus necesidades
- Obtener retribución y equidad entre las partes de acuerdo a sus verdaderas necesidades.

1.4 Técnicas de mediación.

La persona que dirige el proceso de mediación se llama mediador y la gran importancia que exige su preparación, entrenamiento y profesión radica en que, al ser una persona que va a ayudar a las partes a interactuar en el problema y en la búsqueda de soluciones tiene que saber e identificar perfectamente el momento oportuno, adecuado y prudente en que debe utilizar las siguientes técnicas de mediación, las mismas que llevarán a desarrollar un proceso exitoso:

1.- Escucha activa empática: *“también se denomina “parafrasear”; en esencia, implica por parte del mediador recoger la información expresada por las partes,*

ponerla en sus propias palabras y devolverla a los emisores, incluyendo tanto el contenido como las emociones expresadas”⁵. Es decir, el mediador tendrá que escuchar a las partes de manera atenta y demostrarles que esta poniendo atención y comprensión a lo que ellas dicen, de esta manera logrará su confianza y con ello que las partes puedan expresarse libremente proporcionando la suficiente información sobre sus necesidades. Mediante la escucha activa se demuestra que existe un interés real en solucionar el conflicto, la parte que expone se siente comprendida y el procesado puede entender más claramente los sentimientos de la víctima. Cuando existan argumentos difíciles o contradictorios, con la ayuda y explicación del mediador se intercambiará o aclarará las ideas de manera pacífica, para que ambas partes se sientan importantes e incluidas en el proceso, facilitando de esta manera la búsqueda de opciones. Parafrasear es utilizar la información de cada una de las partes, transformarlas en sus propias palabras y repetirlas, por ejemplo: “si lo entiendo bien...”, “lo que me está usted diciendo es...”, etc.

2.- Separar a las personas del problema: *“tratar un problema esencial y mantener una buena relación de trabajo no tienen que ser objetivos opuestos, si las partes se comprometen y están preparadas psicológicamente para tratar a cada uno separadamente y de acuerdo a sus propios y legítimos fundamentos*”⁶. Para separar a las personas del problema el mediador debe conducir el proceso centrándose básicamente en los intereses de las partes y evitando concentrarse o resolver las posiciones. “Los profesores Ury, Fisher y Patton (1993) recomiendan tres elementos: percepción, emoción y comunicación”⁷, Por percepción se entiende que el mediador debe estar capacitado para reconocer lo que las partes sienten, ya sean sentimientos positivos o

⁵ SASTRE VENTAS ROSA, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, pg. 16

⁶ FISHER ROGER, URY WILLIAM, PATTON BRUCE, *Obtenga el Si: El Arte de Negociar Sin Ceder*, pg. 39

⁷ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 235.

negativos y como manejarlos durante el proceso, también debe conocer las emociones de las partes; atenuarlas, si para las partes el desarrollo del conflicto genera un problema peor del que sucedió, y aprovechar, si las partes han superado el problema y están predispuestas a negociar; la comunicación que el mediador debe manejar entre las partes y su persona debe ser fundamental, ya que sin una buena comunicación jamás se conseguirá un resultado positivo del proceso mediático. Es importante que un mediador pueda identificar el momento en que las partes están evitando llegar a un acuerdo o los conflictos nuevos que se están generando, debe saber cómo sobrellevar esas emociones nuevas que ha generado el proceso y la forma en que resolverá las dificultades que se presenten a raíz de los problemas subyacentes. Si bien, las partes tienen sus puntos de vista totalmente distintos, razón por la cual se origina el conflicto, la idea principal es trabajar para lograr los intereses positivos del mismo, es decir, mirar al presente y al futuro, dejando a un lado el pasado, buscando opciones y oportunidades que generen beneficios a largo plazo.

3.- Reenmarcación de Frases negativas: *“Se conoce también con los términos “reformulación” o “reencuadre”; consiste en una paráfrasis realizada por el mediador sobre las opiniones expresadas por las partes en la que se eliminan los comentarios dañinos, desagradables o negativos (ataques personales, descalificaciones, insultos, mentiras, tergiversaciones, ataques al mediador, etc)”⁸*. Es muy importante el uso de esta técnica para pacificar los sentimientos de ira que puede generar el desarrollo de una audiencia de mediación, es decir, para evitar que las emociones negativas cambien el ambiente pacífico y la conducta amable de las partes implicadas en el proceso. La reenmarcación es una herramienta indispensable para el mediador, ya que mediante ésta se puede controlar cuidadosamente el desarrollo del proceso cuando las posiciones se enfrentan con sentimientos opuestos, y sobrellevarlo de un modo diferente e idóneo para facilitar la comunicación, por ejemplo:

⁸ VENTAS SASTRE ROSA, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, pg. 124

Parte A: ¡Mentiroso! ¡No lo crea usted! ¡No es verdad lo que dice.... Está mintiendo!

Mediadora: “Entiendo que desde su punto de vista la situación ocurrió de manera diferente y que usted no está de acuerdo con lo que él esta contando.....”⁹

4.- Realizar preguntas: es muy importante que el mediador pregunte directamente a las partes para permitir a éstas expresar intereses, deseos, objetivos, etc., que en ocasiones los implicados no lo dicen abiertamente, pero las preguntas tienen que ser específicas, en positivo y que no impliquen susceptibilidad de sentimientos. Los tipos de preguntas más frecuentes son:

De clarificación: Preguntas que expliquen lo que una de las partes está tratando de decir pero no lo hace de una manera correcta. También sirve para comprobar y confirmar un sentimiento expresado de una manera positiva evitando amenazar o condenar a una de las partes del proceso. Por ejemplo: ¿Estoy de acuerdo, pero me puede indicar algo más sobre el asunto?, ¿Qué pasaría si ____?, ¿Cómo usted desearía que se se arregle el problema?, etc.

Preguntas cerradas: Usadas para confirmar o negar algún argumento. Por lo general la única respuesta que se puede dar es “sí/no”, “de acuerdo/en desacuerdo”, etc. Sin embargo, el uso de este tipo de preguntas no puede ser común en el proceso de mediación ya que se convertiría en una confesión judicial y no un intercambio de ideas y soluciones. Su uso puede alargar el proceso y generar contraposiciones de las partes. Para utilizar estas preguntas se debe hacer solo en positivo, para que las respuestas de las partes sea un sí, que evite lastimar sentimientos o generar inconformidad. Por ejemplo: ¿entiendo que ustedes quieren obtener buenos resultados?, ¿Se siente mal por su error, quisiera enmendarlo?, ¿Ustedes quieren que el proceso sea rápido y eficaz?, ¿Ustedes prefieren llevar el acuerdo de acuerdo a sus posibilidades?, etc.

Preguntas abiertas: Son aquellas preguntas que posibilitan a las partes a expresar sus sentimientos y necesidades de una manera libre y espontánea. Con el uso de estas

⁹ www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccar1/7_8_0.pdf

preguntas se intenta encontrar respuestas creativas ante las necesidades de las partes y ampliar el número de soluciones o alternativas frente al problema. Los términos más utilizados son: “por qué”, “que”, “quien”, “como” o “cuando”. ¿Por qué cree usted que esa es la mejor opción?, ¿Cómo le gustaría a usted que se solucione el problema?, etc.

6.- Equilibrar el poder: Proviene de la imparcialidad del mediador, debido a que existirán situaciones en donde el desequilibrio de poder entre las partes es muy elevado (y/o se percibe como insalvable), sobre todo en la mediación penal cuando existe una víctima y un culpable. El mediador debe saber determinar la viabilidad de la mediación y que tan factible sería su desarrollo aunque existan desequilibrios de poder, tanto explícitos (por ejemplo, diferencias jerárquicas) como tácitos (por ejemplo, la diferencia de género). El mediador a de procurar que la parte “débil” se sienta segura y pueda expresar y manifestar sus opiniones, deseos, necesidades, ofertas, posibilidades, etc., de manera que en el proceso el poder este equilibrado en la mayor medida posible. Es decir el mediador debe controlar que las partes dialoguen en igualdad de condiciones y evitar que una de las partes use su poder jerárquico para coartar la libertad a la otra persona inferior, o una de las partes intente sentirse literalmente inferior y así manipular al mediador y la contraparte.

8.- Intercambiar roles: Consiste en la invitación del mediador a que cada parte se ponga en el lugar de la otra, con el objeto de percibir la realidad desde su punto de vista y ver las posibles reacciones ante cualquier propuesta o alternativa. Requiere un esfuerzo de imaginación de las partes, que suele ser muy eficaz cuando se logra. Nada mejor que pensar en la otra persona e intentar sentir lo que está sintiendo ésta para poder encontrar una solución que lleve a un acuerdo razonable y de posible cumplimiento.

9.- Proyectar hacia el futuro: Es uno de los objetivos principales de un proceso de mediación, en el que el mediador se encarga de crear un ambiente en el que se acepte la situación ocurrida y en base al futuro se busque una solución. La forma de encontrar soluciones es creando escenarios hipotéticos para determinar las reacciones de las partes y las posibilidades de aceptación y cumplimiento según la solución propuesta. La mejor manera de utilizar esta técnica es por medio de preguntas condicionales, por ejemplo: “Que pasaría si...”, “A usted le gustaría...”, “Y si el señor A realiza...”.

10.- Gestionar la Ira y emociones fuertes: Todo proceso de mediación corre el riesgo que el momento en que las partes expresen sus sentimientos la ira domine la situación, y para evitar un nuevo conflicto el mediador debe manejar de forma pacífica la situación y en lo posible evitar la tensión, angustia, miedo o emociones “fuertes” sentidas por las partes durante el proceso. Como es natural, la mejor manera es resolver primero las emociones con la debida prudencia y el manejo de los sentimientos de las partes, luego intentar abandonar el sentimiento negativo para concentrarse en la búsqueda de la solución, ya que sería imposible soluciones y mucho menos acuerdos si las partes tienen sentimientos encontrados y eufóricos. En casos extremos de emociones encontradas lo mejor será que el mediador suspenda el proceso y continúe en otro momento.

11.- Técnicas de “enfrentamiento”: consiste en nombrar abiertamente las emociones y tratar de atenuarlas buscando la causa subyacente. El mediador tiene que manejar la manera en que las partes exponen sus sentimientos, necesidades, emociones, y de ser necesario debe proponer descansos, recesos o sesiones por separado en el caso que las emociones negativas impidan la comunicación o la relación entre las partes. También es muy importante que en todo momento el mediador trate de controlar sus propias emociones y mantener la serenidad, a pesar de que la tensión del proceso se incremente.

12.- Resolver los estancamientos con intervenciones: Es una de las técnicas con mayor importancia dentro de un proceso que sufre un bloqueo, detenimiento o cuando las partes se encuentran en posiciones inflexibles. El mediador tiene que manejar el problema de una manera profesional, buscando las mejores salidas a la situación, por ejemplo: cambiar de tema disimuladamente, generar un momento de receso o pacificación en que las partes puedan tomar aire o respirar calmadamente, invitar a las partes a servirse un vaso con agua, o por último utilizar el sentido del humor de manera prudente para generar sentimientos positivos. Si a pesar del esfuerzo del mediador el proceso continúa detenido, lo mejor será reprogramar el proceso para otra oportunidad.

1.5 La Cultura de la Mediación

Una cultura de mediación es aquella en la que las personas de una sociedad al encontrarse inmerso en un conflicto, buscan soluciones o acuerdos en lugar de ir al

litigio y a los tribunales en búsqueda de una sentencia que perjudique a su enemigo. Es aquella cultura en la que el litigio va quedando para aquellos casos que no se pueden resolver mediante la conversación o la negociación. Se dice que una cultura de mediación inicia desde pequeños, en el hogar se les forma a los niños para no pelear, luego en la escuela, el colegio y finalmente a lo largo de su vida, inculcando que todo conflicto tiene otras vías alternativas al litigio y los problemas. El Ecuador al ser un país tercer mundista no ha generado aún la cultura de mediación, como por ejemplo lo ha hecho Estados Unidos, en el que su modelo de justicia sería nulo si no existieran los procedimientos alternativos al litigio; y, el mayor ejemplo de su empleo se puede observar claramente desde su palacio legislativo, pues sus votos ante una gran decisión nunca terminan en agresiones o peleas, lo que demuestra que existe una cultura más racional ante la agresión, discordia y amenaza, tanto que *“Actualmente en las escuelas de Estados Unidos y Canadá se enseñan los procedimientos mediadores para que cualquier persona pueda utilizarlos cuando se encuentre involucrado en un conflicto sin necesidad de recabar la asistencia de un mediador profesional”*¹⁰.

Todos hemos pasado por momentos en que no sabemos a qué lugar acudir para encontrar una solución frente a un conflicto, inicialmente recurrimos a nuestras amistades, familia, iglesias y personas que nos aconsejen y ayuden a su vez a buscar una solución sobre todo cuando son casos de deudas por letra de cambio, división de bienes dentro de un divorcio, herencias, etc. Como personas siempre añoramos encontrar una respuesta justa y que probablemente se adapte a nuestras necesidades, mantenemos la esperanza que la autoridad haga justicia y tome decisiones cuando existe un problema, es por eso que el momento que existe un conflicto inmediatamente se llama a la policía y se busca asistencia legal con el objetivo que sean los jueces los que resuelvan las expectativas generadas después de un conflicto, sobre todo porque estamos predispuestos a que se haga “justicia” a nuestro favor, sin embargo casi nunca es así.

¹⁰ VINYAMANTA EDUARD, *Aprende Mediación*, pg. 76

Entonces, para empezar una cultura de mediación desde nuestros hogares, hacia la ciudad, país y por que no hasta el continente, debemos fomentar en nosotros mismos la humildad de “admitir” que mediante el uso del litigio no vamos a solucionar los conflictos, y que el Juez a su vez está obligado a seguir los preceptos procesales especificados en la ley que nos toman tiempo, esfuerzo, dinero y que no siempre resuelven los problemas. Mientras pidamos ayuda a un tercero imparcial que puede ver las cosas desde otro punto de vista muy diferente al nuestro y que busque llegar a un acuerdo razonable y beneficioso para ambas partes, estaremos creando la cultura de la mediación.

Los miembros que forman parte de una sociedad y que desean formar una cultura de mediación, deben en primera instancia entender a los procesos alternativos al litigio como una aproximación a la cultura de paz y perdón entre las personas, lo que inevitablemente exige eliminar la predisposición a buscar venganza, o los deseos de probar que la otra persona actuó equivocadamente. Para lograr esto, también se necesita un cambio en las actitudes y el compromiso de los funcionarios(as) que forman parte de la administración de justicia, como los abogados, jueces y fiscales. Los abogados son los primeros que construyen los cimientos de una búsqueda alternativa al litigio, ya que la gente cuando tiene problemas lo primero que busca es el consejo, patrocinio y asesoramiento de un profesional en derecho frente al problema. En consecuencia, esta en manos de nosotros los abogados tomar la mediación como una opción rápida y eficiente para resolver el problema de nuestro cliente. Si nosotros como abogados no tenemos una inclinación favorable a la mediación, difícilmente la sociedad se inclinará hacia la búsqueda de soluciones alternativas para evitar el litigio y todo lo que con ello implica.

Los Jueces, con las reformas actuales que se dirigen hacia una conversión y acuerdo reparatorio, también deberían estar capacitados para proponer de oficio que se desarrolle procedimientos alternativos en los casos que pueden ser susceptibles de resolución alternativa al litigio, y no solo los jueces, también los secretarios o asistentes judiciales al tener conocimientos fuertes sobre la mediación, podrían sugerir a los jueces el tratamiento distinto para aquellos casos de menor gravedad, previo el análisis exhaustivo del caso. Y no digamos los Fiscales, que actualmente son los que proponen y solicitan al

juez la aprobación de la mediación. Por esta razón el cambio hacia una cultura de mediación y paz, proviene tanto de las personas que forman una comunidad como del apoyo de los órganos administradores de justicia.

Todas las personas que formamos parte de una comunidad nos encontramos en un círculo vicioso en el que la solución al problema empieza con la demanda y el desarrollo de un proceso judicial, compuesto por el miedo, apartamiento y aislamiento que conlleva el desarrollo del mismo, lo que genera en consecuencia un ambiente de intranquilidad y disputa, que no solo afecta a todos los sujetos procesales sino también a la colectividad de la que ellos forman parte, haciendo imposible la vida en armonía y generando un ambiente aislado de individuos en zozobra. Es por esto, que la comunidad es la primera responsable en el bienestar de las personas que forman parte de ella, la que debe buscar un remedio ante los hechos litigiosos por medio de estrategias y toma de decisiones que influyan en la recuperación e implementación de un sistema de justicia eficiente, el mismo que involucre a las personas como protagonistas del conflicto para que con la ayuda del estado se garantice la satisfacción de las necesidades subyacentes a los problemas legales dejando al litigio como último recurso.

“El desarrollo de una filosofía y de una cultura de la mediación pasa en buena manera por establecer criterios, formas y planes que contribuyan con el desarrollo, a la popularización y valoración de la misma mediante publicaciones, programas en los medios de comunicación social, cursillos, inclusión en el desarrollo del programa escolar, en las prácticas comerciales y en toda forma contractual, evitando de esta manera el fácil, oneroso y costoso recurso al sistema judicial, sobrado en exceso de procedimientos legales que lo colapsan en detrimento de la calidad de la justicia”¹¹ .

El estado tiene la responsabilidad de crear políticas procesales que generen una cultura en la comunidad que pueda apoyar a las víctimas de un delito y detener sus heridas, al mismo tiempo proveer al procesado una oportunidad de arreglar el hecho delictivo

¹¹ VIYAMANTA EDUARD, *Aprende Mediación*, pg. 76

cometido y sus consecuencias. Así mismo, se debe crear directrices para que las personas tomen conciencia de la magnitud del problema que se genera y las consecuencias que surgen a raíz de un actuar ilícito, y a su vez emprender medidas preventivas del delito en base a una noción de justicia restaurativa y reparadora hacia la comunidad. La autoridad legal debe inmiscuirse en ser también una autoridad comunitaria que dirija y fortalezca la cultura de responsabilidad, paz y perdón entre las personas, que se lograría solo a través de la mediación.

Todo proceso que busque un culpable está condenado a la insatisfacción de las partes, no porque sea difícil impugnar una culpa, sino porque el hacerlo no siempre beneficia al ofendido. El objetivo de un proceso legal debería ser poner énfasis en el futuro y no en el pasado, el análisis del pasado debe hacerse solo para evitar que se repitan conductas y actuaciones litigiosas. Entonces, la mediación genera una cultura comunitaria que busca arreglar lo que salió mal y minimizar el daño causado. En primer lugar, en vez de asignar culpas, analiza el problema en forma integral y objetiva buscando una responsabilidad colectiva no solo individual. En segundo lugar, en vez de buscar la verdad histórica, busca una solución a futuro, y en tercer lugar, la finalidad es dar solución y satisfacción a las partes en lugar del castigo o rehabilitación que ningún bien genera en la sociedad. Por lo tanto, la mediación vincula directamente a la sociedad y la creación de una cultura que en lugar de creer que el resto de la sociedad no necesita cambiar, cree que todos son responsables de encontrar la solución.

Solo a través del uso extenso de la resolución alternativa de conflictos se creará una cultura de mediación, ya que la mediación genera un acercamiento de la justicia a los ciudadanos, mostrando formas ágiles y participativas para resolver los problemas legales dentro de una comunidad. El control y la sanción con base comunitaria, a través de sistemas de cumplimiento dentro de ella, canalizan el tiempo y la energía del procesado hacia actividades productivas que refuerzan la rehabilitación de las personas dentro de su propia comunidad, evitando de esta manera la reincidencia durante el tiempo que determine el cumplimiento de un acuerdo comunitario. Claro que, el sistema de justicia y rehabilitación social deberá principalmente estar preparado para asegurar que los infractores estén supervisados por personal comunitario capacitado para dirigir

actividades productivas en bienestar de la comunidad y rehabilitación del procesado. También, la comunidad debe proveer información sobre las preocupaciones que existan en cuanto a seguridad pública y orden social, para lograr sentimientos de seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial pero en base a una cultura de mediación y resolución alternativa de conflictos.

Para generar una cultura de mediación dentro de la sociedad ecuatoriana se debe generar una visión amplia de servicios, que a su vez, sean posibles, variables, convenientes, adecuados, y que puedan ser prestados por las personas que han cometido hechos delictivos menores o menos graves, en lugar de cumplir con una pena o castigo. La finalidad de establecer estos servicios a la comunidad es beneficiar y cubrir las necesidades tanto de la sociedad como de los ofendidos o sus familias que han sido afectadas por el cometimiento de un hecho delictivo. La comunidad debe crear programas en contexto a la familia, barrio y sociedad que llenen requerimientos culturales, políticas preventivas y participación familiar en esfuerzos cooperativos para generar cambio y asistencia a los infractores, así como estabilizar la confianza de las personas hacia una seguridad jurídica que se desarrolla con inmersión y beneficio comunitario.

La cultura de mediación no es nueva, he tomado dos grandes ejemplos de su uso: “En Francia en los años 1980-90, se la llamo “*La década de la Mediación*” en España corresponde al periodo 2000-2010; se habla de ella en todas partes”¹²; “En la India, LAS Mahila Panchayats son colectivos de mujeres basados en la organización comunitaria tradicional que tratan de resolver las disputas a la vez que evitan la necesidad de que intervenga la justicia oficial”¹³. La cultura de mediación en estos países nace desde los hogares en los niños con proyección hacia el futuro enseñando que

¹² RODRIGUEZ JAIME, MUÑOZ ARANA, DE PRADA RODRIGUEZ MERCEDES, *La Mediación Presente, Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*, pg. 3

¹³ ANMISTIA INTERNACIONAL, *Esta en Nuestras Manos: No Más Violencia Contra Las Mujeres*, pg. 134.

todas las personas tienen que tomar conciencia de sus actuaciones y las consecuencias de las mismas, para poder resarcir el hecho causado. Si las personas no se responsabilizan por lo ocurrido jamás podrán encontrar una solución menos ser parte de un proceso de mediación.

CAPITULO II

La Mediación en Derecho Penal

2.1 Antecedentes

Hablar de mediación en Derecho Penal es un tema moderno, si buscamos entre todos los famosos autores juristas y en especial penalistas, no existe bibliografía que tenga más de 20 años de antigüedad. La mediación en todas las materias se la puede encontrar desde la segunda guerra mundial, sobre todo en el ámbito laboral, pero en el espacio del Derecho Penal es un tema casi nuevo, desde luego, comparado con la antigüedad que tiene el Derecho Penal por si mismo. *“La mediación se concibe como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral (mediador) con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre modos de reparación, tanto material como simbólica”*¹⁴.

Según los avances del Derecho Penal se puede ver que en la edad antigua *“El Derecho Romano primitivo tuvo lugar como la “edad de oro” de la víctima, por ser entonces cuando el agraviado contó con un mayor poder de disposición respecto al castigo del delito. En esta época el principio de religiosidad (acatar las órdenes de los dioses) otorgaba el derecho del ofendido a la venganza contra el ofensor, sin requerirse que el castigo fuese proporcional a la lesión sufrida la venganza de sangre fue la característica de esta época”*¹⁵, lo que en realidad era degradante, ya que se violaban totalmente las garantías del debido proceso y más aún los derechos del procesado. Si bien la víctima tenía total potestad sobre el acusado, no había un órgano estatal ni

¹⁴ RODRIGUEZ JAIME, *La Mediación Presente Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*, Pag. 51.

¹⁵ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA, *Estudios Penales y Criminológicos XXII*, pg.160.

juzgador que racionalice el cobro de la deuda pendiente. Podemos observar que al ser todo este proceso violatorio de derechos, aún en la actualidad ha dejado raíces bien fuertes, ya que la famosa sed de venganza no ha desaparecido en su totalidad, y un claro ejemplo lo encontramos dentro de nuestro ordenamiento jurídico en la Justicia Indígena, cuando una persona es encontrada flagrante robando o incluso en adulterio se le castiga físicamente y moralmente con la humillación y la exigencia de pedir perdón en frente de todo su grupo étnico. A mi criterio la mayor gravedad de estas raíces las encontramos en cultura islámica y su llamada aún Ley del Talión.

Pasemos a la segunda etapa en la que *“el delito dejó de concebirse como una ofensa individual, y se considero una afrenta al grupo familiar al que pertenecía la víctima. La infracción comportaba una vulneración del principio de paz social (“fried”) que debía regir entre las familias: por su parte, el círculo familiar del infractor (“sippe”) podía optar entre entregarlo, liberándose de responsabilidad o apoyarle asumiendo la afrenta como propia”*¹⁶. Ventajosamente ha desaparecido en la actualidad esa posibilidad, tanto que nuestra legislación el art. 126 del Código de Procedimiento Penal protege a los familiares del procesado del sentimiento de culpabilidad generado al declarar en contra de su cónyuge o pariente comprendido entre el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, indicando que el testimonio de los familiares es inadmisibile y no serán obligados a declarar. Y es lógico, que no deban pagar los familiares por un delito cometido por uno de sus miembros, ya que su misma consanguinidad genera efectos colaterales terribles en los parientes que han tenido que declarar en contra de su propia sangre, en lugar de eso ahora el único responsable y quien paga la condena o castigo es el infractor en delitos por personas naturales, y en delitos de personas jurídicas la responsabilidad es solidaria entre representante legal y dueños.

En la tercera etapa del desarrollo del Derecho Penal se instaura la “compositio”, *“que junto al castigo físico suponía el pago por el culpable de la cantidad (“busse”) estipulada con el lesionado como contraprestación por el desistimiento de la venganza*

¹⁶ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA, *Estudios Penales y Criminológicos XXII*, pg.162

que consistía en el precio de la persona, “veregildo” “welded”, variando según la edad, sexo y condición del ofensor y el daño sufrido por la víctima”¹⁷. Actualmente no han quedado raíces de esta etapa y su desaparición ha sido de la misma manera que la esclavitud.

En la cuarta etapa “la compositio” “se judicializó, pasando a ser los jueces los encargados de determinar la suma económica precedente en cada paso”¹⁸. La cuarta etapa seguía manteniéndose durante el sistema inquisitivo, pero aún no ha desaparecido totalmente y persisten raíces de ésta etapa dentro de nuestro ordenamiento jurídico que podemos equipararla actualmente al reclamo de la indemnización civil que el ofendido tiene derecho a efectuarlo una vez que se ha declarado la sentencia condenatoria en el juicio penal. Sin embargo, nuestra legislación ha tenido grandes avances del Derecho hasta llegar actualmente al sistema dispositivo, en el que no solo que el juez es el encargado de juzgar sino que existe un tercero que en nombre del Estado se encarga de investigar el hecho delictivo y perseguir que se haga justicia, lo que ha quitado totalmente la potestad para el juez de oficio, las víctimas y su familia de hacer justicia por mano propia.

Vaca Andrade hace un breve estudio al respecto de la evolución del derecho e indica que “como el Estado ha prohibido que se haga uso de la fuerza privada o de la venganza privada, surge, entonces, la necesidad de que a los particulares se les otorgue la facultad de obtener la protección de la fuerza pública del Estado que se les brinda mediante los órganos jurisdiccionales. A decir de Vescovi, “el Estado expropia la facultad sancionadora monopolizándola. Es él quien realiza la función de resolver los conflictos de interés (jurisdicción) y por medio del proceso. Mas para que el estado proceda es necesario que el individuo lo pida”. Como dice el prof. RUBIANES “Desde el primitivo golpe con un palo, para reclamar a alguien lo que consideramos nuestro, hasta el evolucionado escrito de demanda solicitando que ese reclamo se realice por

¹⁷ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA, *Estudios Penales y Criminológicos XXII*, pg.162

¹⁸ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA, *Estudios Penales y Criminológicos XXII*, pg.163

medio de los órganos jurisdiccionales del estado, hay una importante evolución, en que se revela que la acción material es sustituida por la acción procesal”¹⁹.

Ahora bien, estamos ingresando a la quinta etapa del Derecho Penal, en la que surgen el uso de procedimientos alternativos a la acción penal como es la Conversión, El Acuerdo de Reparación y el Principio de Oportunidad, dejando de ser un Derecho Punitivo, sobre todo en los crímenes pequeños o de menor cuantía, para convertirse en un derecho reparador del daño causado y de rehabilitación social del procesado. Muchos años se ha intentado buscar una solución menos castigadora, empezando con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la misma que sirve de modelo obligatorio para muchas legislaciones mundiales y no digamos la nuestra que es netamente garantista, tanto que la Constitución en el artículo 190.- *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*. Es este un gran paso para salir del sistema castigador y de venganza para entrar en un sistema de gente civilizada y que es muy utilizado en los países primer mundistas, también llamados modelo de Justicia. Es entonces la Mediación Penal la quinta etapa que se adapta al del Derecho Penal Moderno, para superar al tradicional que acarrea una superpoblación carcelaria e insatisfacción en las víctimas.

Al hablar de su historia podemos encontrar que su origen principal fue en los países mas desarrollados, “La mediación se inicia en EEUU y Canadá en los 70; en Ontario en 1974 con el derecho penal juvenil; Gran Bretaña comienza en 1977 en jóvenes y adultos para resolver disputas entre vecinos; Holanda, Alemania y Austria en 1985; en Francia se inicia en los años 80, con participación de oficinas de ayuda a las víctimas , recibiendo un impulso por la “Lay 93.2” del 4 de enero de 1993 al modificar el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal; en Bélgica se introduce por la Ley 10-2-1994 aunque comienza en 1992 experimentalmente en siete demarcaciones; en Suiza se inician ciertas prácticas de reparación en el ámbito de menores pero la mediación se moviliza en

¹⁹ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Tomo I*, pg 218.

1994 en el ámbito de la lucha contra el racismo; en Italia las primeras experiencias de mediación y reparación surgen en el ámbito de los menores en 1988, pero es más reciente el inicio de la mediación penal de adultos a través de la reforma llevada a cabo en el año 2000 por decreto legislativo 274/00 en relación a las competencias del Juez de Paz; mas recientemente en Portugal se aprueba la mediación de adultos pro refo del Código Penal portugués en el 2007”²⁰.

En el Continente Americano la Mediación aparece en Canadá en el año de 1978 en la Iglesia Católica, con un primer caso en la Iglesia Menonita, cuando a través de un sacerdote un funcionario que era el encargado de la libertad condicional de los procesados intercede con el Juez para solucionar el conflicto entre las partes con la finalidad de encontrar la reconciliación y el perdón en la comunidad. Tomando el ejemplo de la Iglesia Menonita, Estados Unidos resuelve su primer caso de mediación penal en el año de 1980 en Boston, para resolver delitos cometidos en adultos, tomando fuerza en el año de 1985 mediante un programa sugerido por un sheriff del Estado de Nueva York para resolver los problemas de Adolescentes Infractores. En Brasil empieza en el año de 1990 con la posibilidad que tiene el Fiscal de renunciar a la acción penal en adolescentes, según el tipo de infracción y la conmoción social que esta cause, para en 1995 introducirse para adultos en base al principio de oportunidad, en delitos con pena privativa de libertad menor a un año. La legislación brasileña otorga al imputado la oportunidad de declararse culpable del hecho, reparar el daño causado y cumplir el castigo o condena con una pena no privativa de libertad.

En Costa Rica la mediación nace como un resultado de un estudio del Sistema Judicial entre 1985 y 1992 cuya conclusión detecta que existen tres problemas principales muy parecidos a la realidad ecuatoriana que son: El retraso judicial debido al congestionamiento en los juzgados penales, la desconfianza de la sociedad en los órganos administradores de justicia y el pésimo acceso al sistema de justicia. Sin

²⁰ REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, *Cuestiones Actuales de la Jurisdicción en España*, pg. 919.

embargo, pese a todos estos problemas es utilizada únicamente en adolescentes infractores.

Actualmente, *“En Cuba el juez se sienta, analiza y le pregunta a la víctima como va a reparársele el daño y cómo quiere que en un momento dado se pueda llevar adelante la sanción y en México existe la individualización penal en la que se le pregunta a los delincuentes como quieren pagar, si en abonos, y como lo va a hacer”*²¹.

Como procedimiento, la mediación penal es aquel método alternativo a todo lo que implica el proceso penal, en el que dirige un tercero totalmente imparcial que facilita un encuentro entre la víctima e imputado y que a su vez ayuda en la búsqueda de una solución al hecho delictivo que se ha generado como consecuencia del actuar ilícito del procesado. Es una forma de reparar el daño que ha sufrido la víctima, un mecanismo de rehabilitación social del delincuente, una herramienta del Derecho Penal más pacificadora que punitiva, que se propone encontrar una solución más justa tanto para procesado como para ofendido, buscando una satisfacción equitativa de las necesidades de las partes.

Si bien el derecho penal se encarga de minimizar o prevenir la violencia y delincuencia en la sociedad, la mediación en Derecho Penal se encargaría de prevenir y revertir la violencia en las reacciones frente a los delitos por parte de las víctimas, la minimización de las penas a cambio del resarcimiento económico o la simple satisfacción de alguna manera de la parte ofendida. *“En la justicia penal común es a ver quién gana. Pero en la mediación, ambos están dispuestos a encontrar una solución, genuina, con responsabilidad, y con la posibilidad de que la comunidad comprenda cuál fue el origen profundo de las causa de esa conducta delictiva para volver a buscar el bienestar social”*²². Dentro de un proceso penal, quien enfrenta al imputado o procesado es el estado por medio del Agente Fiscal y el Juez que es a su vez el que resuelve, sin que

²¹ VILLAMANTA CAMP EDUARD, *Aprender Mediación*, pg. 358.

²² JORNADAS IBEROAMERICANAS, *Oralidad en El Proceso y Justicia Penal Alternativa*, pg. 353.

ofendido y procesado ni siquiera expongan sus sentimientos y necesidades, a pesar de ser las directamente implicadas en el hecho y las que a su vez deben buscar una solución o reparación del daño.

Como alternativa, la mediación penal es una respuesta al pequeño crimen que, en lugar de buscar la retribución o el castigo, se fundamenta en otorgar oportunidades de discutir el hecho delictivo entre las partes, a su vez preguntar y obtener respuestas para encontrar de ser posible la reconciliación entre ofendido y procesado, y lo más importante, obtener la reparación del daño y el restablecimiento de las relaciones entre las partes, inclusive, intentando encontrar el perdón del ofendido; *“es un método de resolución de conflictos no adversarial dirigido por un mediador con título habilitante, a través del cual se promueve la comunicación entre las partes en conflicto procurando la efectividad de un avenimiento que logre, en la medida de lo posible, la reparación o compensación de las secuela y/o las consecuencias que el hecho delictivo ha ocasionado a la víctima”*²³.

La Mediación Penal se caracteriza por ser un método totalmente voluntario y confidencial, en el que la verdad sobre el hecho esta dicha y por lo tanto no se recaba en la verdad histórica, ni en la búsqueda de un culpable que pague la condena, logrando que el Proceso penal sea la *“ultima ratio”* para aquellos pequeños delitos y sea el Derecho Penal el que se encargue de los hechos delictivos de gran magnitud en los que no que no existe otra solución más que la coercitiva.

Hay que tomar en cuenta que la mediación al ser un proceso pacificador, no se puede utilizar en todos los tipos delictivos, ya que su finalidad no es negociar las penas, ni obtener impunidad, al contrario esta diseñada solo para aquellos tipos que su naturaleza es leve o *“menos grave”*, y con los que se busca una solución, una explicación, un deshago de sentimientos, llegando así a reparar el daño causado con la intervención de un tercero imparcial totalmente capacitado para lograr el intercambio de ideas y soluciones entre víctima e imputado o acusado para solucionar el conflicto que nació del

²³ MAGRO VICENTE, *Mediación Penal: Una Visión Práctica Desde Dentro Hacia Fuera*, pg. 53.

delito. En los delitos de acción privada, lo ideal sería resolver el conflicto a través de la mediación, ya que es más fácil negociar con el acusador particular que con el Estado. En nuestra legislación se encuentra perfectamente reglada en el Código de Procedimiento penal, los requisitos que debe cumplir un hecho delictivo para que pueda ser sometido a mediación.

*“Las necesidades de las víctimas y el restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debe tener la respuesta al crimen, por lo que lo importante es reconocer el sufrimiento ocasionado a la víctima, repararle el daño que le fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable, a quien debe intentar reincorporarse a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales”*²⁴. Después de llevar siglos con el mismo tratamiento al delito, es hora de cambiar de táctica y apelar a métodos más pacíficos, más humanos y rápidos de solucionar los conflictos y a su vez los delitos. Actualmente existen diferentes grupos activistas que luchan para la equidad de las personas en los centros de rehabilitación, grupos que apelan a la búsqueda de una solución alternativa a la cárcel, pero es ardua la tarea debido a que en nuestra legislación aún no se encuentra la mediación penal especificada como tal.

La mediación como procedimiento, no es una medición de fuerzas y razón, se fundamenta en lograr una meta, que siempre será la resolución del conflicto, en el que las dos partes se encuentran en igualdad de condiciones y que al colocarlas juntas no entran en litigio, ni buscan ser el ganador o triunfador, por el contrario, de una manera libre y voluntaria buscan una solución al hecho delictivo suscitado, logrando la satisfacción de las partes y de ser posible el restablecimiento de las relaciones personales. Es un método que se caracteriza por ser resuelto en una sola vez o máximo dos, por medio de la madurez del mediador, del control de la situación, de los diferentes métodos de comunicación, la generación de confianza y la toma consiente de responsabilidades, en el que las únicas partes procesales serán: el mediador, el ofendido

²⁴ RUTTEMBERG ANGELICA, *Entre El Perdón y El Paredón*, pg. 218.

y el autor del hecho. Con esto se logrará que las partes expongan sinceramente sus diferentes puntos de vista, se escuche sus necesidades y la afectación que ha surgido en ellas con el conflicto, para en base a ello obtener una solución que deje satisfechas las necesidades de las personas inmersas en el problema.

El desarrollo de un proceso de mediación no ejerce coerción hacia las partes, el castigo no es la búsqueda de la solución y en consecuencia tampoco genera incertidumbre durante el tiempo de espera para una solución ni durante la audiencia de mediación. Por esta razón es indispensable que sea dirigida y manejada por una persona totalmente entrenada y con experiencia que pueda facilitar la conversación e interacción de las partes sin llegar a herir susceptibilidades, ni persuadir en la toma de decisiones, *“La mediación es tal vez el más informal, expedito y económico –en materia de tiempo y costos- de los mecanismos y es también uno de los más populares debido principalmente a que el mediador no decide quién tiene la razón, no dispone de autoridad para imponer una decisión a las partes, tan sólo las asiste para que conjuntamente exploren, reconcilien sus diferencias y encuentren alternativas de solución a su disputa”*²⁵.

Sin embargo, existes detractores del proceso, que indican que al ser un procedimiento informal no puede ser llevado a los tribunales, ni tener efectos legales como los de un juicio ordinario. Para refutar este criterio Vicente Magro nos dice que *“Este procedimiento ni es una panacea, ni sustituye, en ningún caso ni excepción, a la propia justicia. Por el contrario, es precisamente el marco legal el que imperativamente sirve de telón de fondo para consensuar el acuerdo y, posteriormente al mismo, el que, marcará en su caso, el procedimiento de revisión y seguimiento del mismo”*²⁶, es decir la mediación en ningún momento escapa del ordenamiento legal, sino que mediante las reformas que se efectuaron en el Código de Procedimiento Penal del año 2009 se adapta plenamente al proceso judicial penal, pero de una manera práctica y eficiente para satisfacer las necesidades deseadas de las partes, procurando el bien común.

²⁵ LEON PARADA VICTOR ONELSON, *El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, pg.59.

²⁶ MAGRO VICENTE, *Mediación Penal Una Visión Práctica Desde Adentro Hacia Afuera*, pg.13.

2.2 La Pena y la Mediación

Lo que le caracteriza al Derecho Penal de los demás derechos, es que todo tipo delictivo se encuentra sancionado con una pena. “Según el principio de retribuidad, *NULLA POENA SINE CRIMINE*, la pena es un castigo aplicable cuando se ha cometido un delito. Este constituye la causa o condición necesaria y suficiente de la pena y ésta se configura como su afecto o consecuencia jurídica”²⁷. La pena es la alternativa que surgió para evitar la venganza privada y es utilizada en todas las legislaciones del mundo como consecuencia de una acción delictiva. El medio por el cual la pena se hace efectiva es coactando la libertad del procesado, que puede ir desde un día de prisión, hasta cadena perpetua en algunas legislaciones anglosajonas, llegando inclusive a la pena capital que es el poder que tiene el estado para poner fin a la vida del que delinquiró.

Ferrajoli describe la finalidad de la pena en dos grandes grupos de teorías: “*las teorías absolutas de la pena, que conciben la pena como un fin en si mismo, bien como castigo, corresponsabilidad, reacción, reparación o como simple retribución del delito, y, por otra parte, las teorías relativas de la pena, las cuales se conciben como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos* (Ferrajoli, 1994, en Rivera, 1995)”²⁸.

Ahora bien, al utilizar la pena como un castigo o retribución estaríamos regresando a la era de la venganza privada, si bien la víctima inicialmente busca el máximo rigor de la pena para quien lastimo su bien jurídico protegido creyendo con aquello queda hecho justicia, la realidad es otra luego de la sentencia, y lo único que queda es un sentimiento de insatisfacción. El Estado por su parte es el dueño absoluto del castigo, porque desde el momento en que se inicia el proceso penal el procesado deja de responderle a la víctima para responderle al Estado quien es el que determina el peso del castigo, quedando así la víctima fuera del protagonismo del hecho para convertirse en un testigo

²⁷ NADER KURI JORGE, *La Responsabilidad Penal del Juzgador*, pg. 33

²⁸ ARNOSO MARTINEZ AIRANA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg. 44.

más del proceso penal, quien fue a buscar justicia o solución entregando su problema al estado sin que éste haya podido responder sus interrogantes y reparar lo perdido.

Al contrario, el órgano de Justicia toma al procesado como si fuera de su propiedad, para manejarlo como un expediente que al final de declararlo culpable se lo guarda en el fondo de un casillero quedando así la víctima con un sabor amargo y decepción, pues depende de la condena para saber si se hizo justicia o no. Aparentemente, el castigo es lo que merece una persona después de haber delinquido, para que al sentirse castigado pueda reflexionar sobre su vida, arrepentirse de su actuar ilícito, cambiar su mal proceder, y salir reformado nuevamente a la sociedad, pero todos sabemos que la realidad no es esa, las mafias que existen dentro de las cárceles les preparan a los internos para que salgan graduados en crimen, trafico de drogas y todos los ilícitos posibles. Efectivamente, se está castigando a la persona al tenerle como prisionero en los mal llamados “Centros de Rehabilitación Social”, pero la única finalidad que se cumpliría sería solo de castigarle, ya que es imposible que tome conciencia y salga reformado, reflexionando que *“la representación de la cárcel más saliente se basa en las condiciones inhumanas de la misma y la violencia asociada a los tipos de delito,, considerando que lo que realmente hace la cárcel es destruir a los presos”*²⁹.

En ningún caso podemos hablar de la pena como retribución en el caso de delitos menores, ¿cual sería la retribución hacia la víctima? si el condenado va a la cárcel y la víctima se olvida de él, quedando de igual o peor manera que cuando se inició el proceso. Recordemos que la cárcel surgió como una alternativa a la pena capital para los delincuentes que cometían los peores crímenes de la sociedad antigua, por lo tanto no se puede hablar de retribución si alguna persona que cometió un pequeño delito se le ubica en el mismo lugar donde están los más grandes criminales. Actualmente el hecho de permanecer en la cárcel es una retribución que no se equipara al delito cometido, es una retribución mucho más cruel. El procesado sufre de soledad, marginación, aflicción,

²⁹ ARNOSO MARTINEZ AIRANA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg. 211.

amenazas constantes, violación a sus derechos sexuales, a su intimidad y como consecuencia sufre un castigo corporal además de mental que dura todo el largo de su condena, lo que genera una persona psicológicamente acabada, que lo único que quiere hacer es salir al mundo a vengarse y acabar con todas las personas que le encarcelaron, intentando buscar una respuesta a la violación de todos sus derechos que sufrió durante la condena.

No podemos hablar de retribución del acto delictivo cometido, porque desde el momento en que se inició el proceso dejó de importarle al estado el daño real causado a la víctima, pues el sufrimiento de las personas privadas de libertad no posee cuantía imaginable ni retributiva. *“El castigo retributivo del ofensor es visto como insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica, pues no toma en cuenta los sufrimientos y las necesidades de la víctima, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad”*³⁰, lo que no genera retribución hacia la víctima del delito, que a ciencia cierta es la única que necesita ser compensada o retribuida en las consecuencias que genera el ilícito.

Tampoco podemos decir que el fin de la pena es la prevención de futuros delitos, porque desde el momento en que el delincuente es privado de su libertad y a lo largo de su condena, pierde sociabilidad con el mundo exterior, deja su identidad a un lado y su rehabilitación la hace con los criminales y los grandes delincuentes, en lugar de ser reeducado para salir a convivir con la sociedad pacíficamente. El sometimiento disciplinario, la marginación, la alimentación recibida y las agresiones físicas y sexuales sufridas durante la condena producen en la persona efectos irremediables como son el resentimiento social y la rebeldía a futuro, cumpliendo todo lo contrario a la finalidad rehabilitadora que tiene un Centro de Rehabilitación social. De hecho, la función rehabilitadora como prevención del delito debería estar a cargo del Estado con modelos de rehabilitación eficiente que estén a cargo de personas preparadas para eso, prácticas diarias que permitan tener ocupados a los internos durante todo el día, escuelas

³⁰ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 218.

artesanales internas que permitan al condenado salir a trabajar, mas no a delinquir con más fuerza.

Como podemos ver, existe un fracaso en el tratamiento de los delitos menores, se supone que la pena debería generar efectos positivos hacia la sociedad, pero el fin de la pena no se cumple en la realidad actual, ni la pena, ni la cárcel evitan que se incrementen los actos delictivos, tampoco reducen el numero de delincuentes que hay en la sociedad, en lugar de prevenir el delito, educan delincuentes, la sobrepoblación carcelaria crece y que hablar de la situación de la víctima que en ningún momento llega a ser retribuida. En base estos antecedentes Jacob Lopez Barja de Quiroga confirma que *““Cuando a la imposición de la pena se le busca un fin distinto a la pura retribución, el principio de oportunidad surge como un instrumento altamente preciso para llevar a cabo tal misión, excluyendo la pena cuando por diversas circunstancias sea perturbadora para la resocialización o cuando por diversas circunstancias carece de sentido su imposición”*³¹.

Afortunadamente Surge entonces en nuestra legislación a partir del principio de oportunidad, las medidas alternativas a la pena y a su vez a la prisión, que buscan sancionar de una manera muy distinta al delincuente pequeño, que piensan primero en los sentimientos de la víctima, en retribuir a la víctima el daño que sufrió, en hacerle a la víctima protagonista del proceso, que mediante el uso de medidas alternativas a la prisión crean en el delincuente el arrepentimiento y que cumplen de manera real con la finalidad de la pena. No quiero decir con esto que se excluya el antiguo sistema de tratamiento del delito con la pena, sino por el contrario, que se complementen para descongestionar la función judicial y para lograr una sociedad moderna de paz, en la que las personas ofendidas puedan llegar a un acuerdo reparatorio con el delincuente, y se reduzca la sobrepoblación carcelaria.

³¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA JACOB, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pg. 442.

Nuestra legislación ya permite que el delincuente tenga la oportunidad de reconocer sus hechos delictivos, sin recurrir a una sentencia y a un pasado judicial que lo perseguirá durante toda su vida, también ayuda a que el delincuente se responsabilice por su mal proceder y a su vez repare los resultados causados hacia la víctima quien lleva el papel protagónico en una mediación y queda a la final satisfecha por la reparación del daño que solo ella sufrió.

Con la mediación podríamos cumplir los fines de la pena que insinúa Ferrajoli, ya que el procesado o delincuente toma conciencia y se responsabiliza por lo cometido siendo su castigo el aceptar su responsabilidad y reparar el daño ocasionado hacia la víctima, lo cual encierra plenamente en la retribución del delito cometido. En cuanto a prevención, es mas adecuado que el delincuente cumpla con algunas medidas preventivas alternativas a la prisión que le permita arrepentirse y seguir adelante, ya que encerrarlo en una cárcel que lo único que hará es prepararse para formar parte de una mafia de delito y especializarse para delinquir en mayor grado. Un Estado de Derecho como lo es el nuestro, debe garantizar los derechos humanos y con ello utilizar las medidas coercitivas como “ultima ratio”, es decir el castigo y la represión se lo debe utilizar en lo menor posible y recurrir a medidas más efectivas en la lucha contra el crimen que generen como resultado una sociedad de paz y sin sed de venganza.

2.3 Los Fines de la Mediación Penal

La mediación Penal no es una escapatoria al castigo de la delincuencia, ni una suerte de justicia privada, es un método alternativo para mejorar la administración de justicia en la sociedad, por lo tanto debería ser una política criminal dentro de cualquier estado democrático y que se rige por las tratados internacionales y los Derechos Humanos. Al convertirse en una política criminal debe cumplir ciertas finalidades o metas para que sea efectiva su aplicación:

Despenalización: Desde el momento en que la víctima acepta someterse a un proceso de mediación el objetivo de la pena empieza a desaparecer. La víctima y el órgano judicial penal caminarán hacia una realidad social más humana, evitando que el procesado sea condenado en los mal llamados Centros de Rehabilitación Social que no ayudan para

nada en la rehabilitación del delincuente. La pena en lugar de ser pagada en una cárcel sin que beneficie a la víctima, se convierte en una reparación adecuada, y de acuerdo al hecho ocurrido subsana o repara las consecuencias del mismo. También con la Mediación se evita que aumente la población carcelaria y las cárceles quedarían solo para los grandes delincuentes o criminales, los mismos que recibirían un tratamiento de rehabilitación más dedicado y fuerte para que puedan reincorporarse a la sociedad. Los pequeños delincuentes al no estar en contacto directo con las grandes mafias podrían rehabilitarse de verdad.

Desjudicialización: La víctima y ofendido ya no tendrán que seguir un juicio lleno de trámites engorrosos, tiempo y trabas que generalmente se presentan. Son las partes las que llegan a un acuerdo mediante su plena voluntad, evitando el litigio y el careo que lo único que encierra son iras y sentimiento de impotencia al no poder obtener lo que se desea en verdad. La carga de trabajo se reduce en los juzgados penales, la fiscalía se dedicaría mas tiempo a la investigación de los casos de mayor interés, con una rápida solución, y finalmente la víctima tendría una solución reparadora o restitutiva del daño causado. A diferencia de el juicio penal solo se ha obtenido un caos en la administración de justicia.

Desjuridización: Las decisiones o acuerdos resueltos en el proceso de mediación no tienen que ser con estricto apego a la ley en cuanto a sanciones o castigo. Las soluciones al ser tomadas voluntariamente por las dos partes serán con estricto apego a derecho, pero a los derechos y beneficios de las partes procesales más no del Estado. La mediación Penal *“busca que se logre la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones imponibles por los poderes públicos”*³².

Rehabilitación: La Victimología en defensa de programas alternativos a la pena, se fundamenta en que éstos son una manera de implicar a los culpables obligándoles a constatar de forma real y objetiva el daño derivado de su conducta criminal, lo que

³² NADER KURI JORGE, *La Responsabilidad Penal del Juzgador*, pg. 39.

podría repercutir favorablemente en su proceso de rehabilitación. La víctima, al ver reparado su daño por el propio culpable, resultaría favorecida y más satisfecha. Además, autores especialistas en salud mental, sugieren que produciría un efecto beneficioso sobre las tasas de denuncia de los delitos, pues la víctima tendría una motivación añadida para dar parte a la policía y que se inicie una acción judicial contra el delincuente.

2.4 El Sistema Inquisitivo y Dispositivo Vs La Mediación.

El sistema inquisitivo es aquel sistema que viene después de la venganza privada con el establecimiento de un órgano juzgador que es el encargado de llevar todo el proceso judicial, un proceso penal totalmente secreto y violatorio de las garantías del debido proceso, cuya finalidad es evitar la huída del autor del hecho, coartar su derecho a la defensa y al principio de contradicción. Se desarrollaba por escrito, congestionando más aún el desarrollo de la Justicia y se aceptaban inclusive las denuncias anónimas en un principio. El sistema inquisitivo se caracterizaba por la búsqueda de la verdad absoluta, sin tener reparo en las diferentes formas de encontrarlas, pues el objetivo principal de éste sistema era la obtención de la verdad material. No existía el principio de inmediación, pues las partes no tenían la libre disponibilidad de la relación jurídica y es el juez el que se encargaba de todo, para José Zamora Grant *“El sistema inquisitivo es característico de regímenes despóticos donde la participación humana viene a ser nugatoria frente a la verdad material. La libertad del individuo esta a capricho de quien ostenta la autoridad y el uso del tormento prevalece comúnmente para obtener la confesión. Los actos de acusación y decisión residen en el juzgador, Beccaria señalaba “el juez se convierte en enemigo del reo, no busca la verdad del hecho, sino que busca en el preso el delito....”*³³.

El sistema inquisitivo perduró en nuestro sistema judicial por más de 150 años, es solo a partir del 13 de julio del 2001 que se instaura en nuestra legislación el sistema acusatorio

³³ ZAAMORA GRANT JOSE, *Derecho Victimal: La Víctima en el Nuevo Sistema Penal Mexicano*, Pg. 111.

oral o dispositivo “Con ello se tambaleó el arcaico sistema de enjuiciamiento en el que frases como “la verdad no puede obtenerse a cualquier precio” dejan de tener importancia y empieza a recocerse frenos, límites, trabas a la búsqueda de la verdad, la cual ya derivará del régimen de garantías y en base a ello se considerará necesario e ineludible cercenar el hallazgo de la verdad absoluta”³⁴. Con la implementación del sistema acusatorio oral en nuestra legislación se reconocen plenamente los derechos individuales de las personas, consagrados en los Derechos Humanos y tipificados en nuestra legislación por el régimen de garantías jurisdiccionales, lo que logra una sociedad más pacífica y garantiza de los derechos inherentes a las personas.

A diferencia del sistema inquisitivo, el Sistema Dispositivo le otorga al Estado (Fiscalía) la carga de la prueba el cual se basa en el debido proceso con todos sus componentes como oralidad, contradicción, principio de inocencia, igualdad, etc. Tendiendo de esta manera a proteger y prevenir a la sociedad del delito, y también a su vez proteger al acusado y a la víctima (pues su participación es electiva) frente a los excesos que un juicio implica. El sistema dispositivo garantiza el cumplimiento del debido proceso, que a su vez salvaguarda la integridad en todo sentido del procesado, realizando de esta manera un juicio equitativo y justo. “La separación entre el juez y acusación, característica del modelo acusatorio, significa no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación, sino también el papel de parte asignado al órgano de acusación”³⁵.

“El sistema dispositivo se caracteriza porque en los actos procesales se encomiendan a distintos sujetos y no a una sola persona como el sistema inquisitivo. La acusación corresponde a un órgano del Estado, la defensa a un defensor (de oficio o particular) y los actos de decisión al órgano jurisdiccional (jueces, magistrados, etcétera). En ellos se garantizan los derechos humanos de los procesados, con excepción de la libertad cuando la exigencia procesal lo requiera para garantizar el éxito del procedimiento hasta en

³⁴ LOPEZ DE LA BARJA QUIROGA JACOBO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pg. 430.

³⁵ NADER KURI JORGE, *La Responsabilidad Penal del Juzgador*, pg. 63.

tanto se dicte la sentencia”³⁶. Es un avance grande dentro del proceso penal la incorporación del Sistema Dispositivo, ya que se exige a la víctima y al mismo juez de buscar hacer justicia por medios no idóneos. El papel persecutor se le otorga a la Fiscalía quien pacíficamente, con el uso de elementos humanos y policiales se encargan de encontrar el hecho delictivo, respetando plenamente las garantías constitucionales hasta el fin del proceso en el que se supone se otorgara una sentencia justa y retributiva.

La mediación nada tiene que ver con estos dos sistemas procesales, con la mediación se descarta la búsqueda de la verdad absoluta, pues el sometimiento libre y voluntario de las partes a la mediación se basa en resolver el hecho ya establecido y legalmente reconocido por el procesado aceptando sus consecuencias. No existe órgano persecutor, ni Juez que dicte sentencia en base al desarrollo del proceso, al contrario en base al principio de inmediación, existe un tercero imparcial que con el protagonismo de la víctima y procesado se busca la manera de solucionar el conflicto que surgió por el hecho delictivo. Se respetan plenamente las garantías jurisdiccionales consagradas en los Derechos Humanos, se ahorra la utilización estatal, humana y policial para la investigación del delito y se encuentra en lugar de una sentencia, un acuerdo con plena satisfacción de las partes procesales, el mismo que tendrá fuerza ejecutoria, pero realizado en un solo careo o sesión de mediación, evitando todo el trámite largo y engorroso que acarrea un proceso judicial. Con la mediación existe la posibilidad de retribuir a la víctima el daño causado sin encarcelar al procesado y crear más caos delincuencial.

2.5 La situación de la Víctima y el Procesado

El momento de crear las leyes, el legislador pensó en el tipo penal, la sanción que acarrea la violación del mismo, el tiempo de la pena y la forma como hacerla cumplir, pero nadie pensó en el papel que cumple la víctima del delito y el procesado. Para empezar, ¿Quién es la víctima? “*Un concepto jurídico de víctima lo encontramos en la declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de Justicia para*

³⁶ FERRAJOLI LUIGI, *Garantismo Penal*, pg. 112.

las víctimas de delitos y del abuso del poder. Definición materializada en la resolución 40/34, la cual señala que: Se entenderá por víctimas, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder”³⁷.

En nuestra legislación el art. 68 del Código de Procedimiento Penal a la víctima lo denomina como “ofendido”:

Art. 68.- Ofendido.- Se considerará ofendido:

Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus descendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

A los socios, respecto de los delitos que afecten una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen.

A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten sus intereses.

A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,

A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Recurriendo a los significados podemos encontrar que el termino de ofendido se emplea usualmente para hacer referencia la sujeto pasivo del delito y al hablar de sujeto pasivo nos referimos a una persona que no hizo nada para merecer la acción del procesado y obligadamente tuvo que soportar dicha acción sin poder defenderse o evitarla. Pero la

³⁷ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 167.

víctima no solo es el sujeto pasivo en el hecho delictivo, también es considerado sujeto pasivo del proceso, debido a que su participación dentro del mismo solo pasa a ser como un testigo fundamental o un mero espectador de la búsqueda de la justicia por parte del Estado una vez que ha hecho la denuncia o acusación particular y se inicia el proceso penal. El procesado le pertenece al Estado para que haga justicia, quedando la víctima excluida del papel protagónico de su propio conflicto.

Para el estudio de la victimología es más que suficiente haber sido un sujeto pasivo del delito como para seguir aguantando la carga engorrosa que genera un proceso judicial, el desgaste físico, la inversión económica y el sometimiento al litigio, en el que inclusive mediante la defensa del abogado del procesado, hasta se puede dudar de la veracidad de la denuncia. Hay que recordar que *“La víctima del delito es la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado”*³⁸, por lo tanto, además de ese menoscabo físico y mental no podemos seguirle torturando por varios meses a que siga soportando el desarrollo de un proceso, en el que el resultado es incierto y no siempre como desearía aquella víctima ser retribuida o compensada por el hecho.

Artículo y 69.- Derechos del Ofendido.- El ofendido tiene derecho:

- 1.- A intervenir en el proceso penal como acusador particular;
- 2.- A ser informado por la Fiscalía del estado de la indagación preprocesal, de la instrucción y del resultado final del proceso, en su domicilio si fuere conocido, aun cuando no haya intervenido en él;
- 3.- A presentar ante la fiscal o el fiscal superior quejas respecto de la actuación del agente de la fiscalía, en los casos siguientes;

³⁸ MEJIA GOMEZ JUAN FRANCISCO, *La Mediación Como Forma de Tutela Judicial*, pg. 30.

Cuando no proporcione la información sobre el estado de la investigación dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento que fue solicitada;

Cuando la información se desprenda falta de diligencia en la actividad investigativa;

Cuando la inadecuada actuación de la fiscal o el fiscal ponga en riesgosa obtención o la conservación de vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba; y,

En general cuando hubiere indicios de quebrantamiento de las obligaciones del fiscal

4.- A solicitar a la jueza o juez de turno que requiera de la fiscal o el fiscal que, en el término de quince días se pronuncie sobre si archiva la denuncia o inicia la instrucción. Siempre que haya interpuesto previamente la queja y que ésta no hubiere sido resuelta en el término de quince días;

5.- A que se proteja su persona e intimidad y a exigir a los órganos judiciales que para ello adopten los arbitrios necesarios, sin menoscabo a los derechos del imputado; y,

6.- A reclamar la indemnización por la vía civil una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria.

Como podemos ver se detalla claramente cuál es el papel del ofendido y cuáles son sus derechos, el ofendido intervendrá en el proceso solamente como acusador particular y la forma que puede solicitar o reclamar si el órgano judicial no actúa eficientemente. Nuestro Código Procesal Penal como hemos analizado anteriormente establece las directrices que se llevarán dentro de un Proceso Penal Ordinario dejándole a la víctima como un tercero ajeno al proceso que aporta información relevante sobre el delito. Lamentablemente, dentro de los derechos del ofendido el legislador olvido incluir que la víctima tiene también como mínimo el derecho a la disculpa del agresor y que se le repare el daño causado. Nuestra legislación impone al ofendido la opción de elegir al solicitar la reparación del hecho delictivo, entre someterse a un nuevo juicio por la vía

civil para reclamar daños y perjuicios o simplemente dejar ahí el litigio y no empezar un juicio nuevo, lo que generalmente hacen las víctimas después de ser sometidas al desgaste que ocasiona un juicio penal para evitar iniciar un nuevo proceso que será inclusive más engorroso y complicado.

La Fiscalía al tomar las diferentes versiones con o sin juramento, lo único que hace es martillar y martillar en la herida, pues de esa manera el Fiscal tendría las herramientas correctas para generar un culpable, enviarlo a la cárcel y con eso tener en su currículum más audiencias ganadas y más delincuentes condenados. Sin embargo, el ofendido no solo es una persona que ha sufrido un menoscabo en sus bienes jurídicos, hay que recordar también como dice José Zamora Grant que durante el proceso penal *“La etiqueta de víctima aparte de que significa ahondar en la afectación personal sufrida, no sólo recae en el sujeto pasivo –la víctima del delito- sino en otros sujetos que por determinadas circunstancias se ven involucrados en el proceso; es el caso de los testigos en el proceso, quienes carecen también de información sobre sus derechos y de asesoramiento jurídico, e incluso el mismo delincuente y sus familiares quienes sufren vejaciones en su persona y se convierten en víctimas del abuso de autoridad”*³⁹. Entonces surge la pregunta: ¿qué es lo que pasa con los testigos, que sin haber participado en el hecho, tienen también que ser parte de un proceso judicial, pues “son una prueba fuerte”, que inclusive a veces, sufren de amenazas para evitar su testimonio?. ¿No sería mejor evitarnos inmiscuir a más personas, evitar el trámite largo y engorroso que genera un proceso penal y hacer que realmente la víctima sea recompensada por el daño sufrido de una manera rápida y eficaz?.

“Las organizaciones internacionales no cesan en su intento de búsqueda de instrumentos de protección hacia las víctimas en estos contextos, como la Resolución 30/40 denominada: “Declaración de principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y abuso de poder”, preparada por el Congreso y aprobada por la Asamblea General de

³⁹ ZAMORA GRANT JOSE, *Derecho Víctimal: La Víctima en El Nuevo Sistema Penal Mexicano*, pg. 183.

las Naciones Unidas, que afirma la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar la tutela de las víctimas, evitar la victimización a todos los niveles y requerir a los Estados para que revisen sus legislaciones e impulsen programas de atención a víctimas. En esta declaración se reconoce a las víctimas el derecho a acceder a los mecanismos de justicia y a obtener puntualmente reparación por el daño sufrido, y para garantizarlo aconseja la adopción de procedimientos judiciales o administrativos, formales o informales y la debida información a la víctima de sus derechos”⁴⁰.

Ahora bien, no podemos olvidar que también existe otra parte procesal que por el principio de igualdad goza de garantías y derechos, pero sufre la peor parte, “el procesado o acusado”, al que en nuestra legislación en el Código de Procedimiento Penal se lo define de la siguiente manera:

Art. 70.- Denominación y derechos.- Se denomina procesado a la persona a quien la fiscal o el fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela. El procesado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa pre procesal hasta la finalización del proceso.

A pesar que la Constitución y el Código de Procedimiento penal consagran derechos y garantías, siempre el procesado es quien sufre desde el momento en que cometió el hecho delictivo menoscabo en sus derechos e integridad, aunque las leyes actuales de nuestro sistema judicial sean excesivamente garantistas, el lugar en el que el procesado va a pagar su condena y el mismo estigma de “procesado o acusado” no tiene nada que ver conforme los derechos humanos, el momento en que el culpable entra en la prisión su realidad se vuelve degradante e indigna sin que finalice el momento que sale de prisión, pues la estigmatización e indignidad que sufre la persona el momento en que

⁴⁰ RIVERA BEIRAS IÑAKI; ALMEDA ELIZABETH, *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, pg. 1058.

llega a recobrar la libertad lo acompañará por el resto de su vida dentro de su pasado judicial.

No quiero decir con esto que este defendiendo la acción delictiva ni mucho menos, lo que en este trabajo se intenta buscar es una solución alternativa al conflicto y a evitar re victimizar tanto a la víctima como al procesado. Llevamos décadas con el sistema tradicional y lo único que conseguimos es una superpoblación carcelaria y más delincuentes, ya que las personas al salir del mal llamado “Centro de Rehabilitación Social” lo único que han obtenido es un PHD en crimen y una persona psicológicamente acabada, como indica Ainara Arnoso Martínez *“la persona cuando sale de prisión, predominan representaciones negativas, que recuerdan la etiqueta del delincuente aunque esté rehabilitado. Ofrecen un tipo de imagen polarizada entre la justificación y las actitudes de rechazo”*⁴¹.

Con respecto al procesado Ferrajoli insiste en hacer una plena distinción entre las dos figuras del dolor *“El dolor sufrido y el dolor infligido” –uno natural, el otro producto de los hombres*⁴². Estamos ya viviendo un sistema acusatorio oral o dispositivo y no podemos regresar al mal uso del “ojo por ojo, diente por diente”, que es lo que equivale a un hecho delictivo de menor gravedad que tiene como consecuencia la pena. Al encarcelar a un pequeño delincuente estamos castigándole de una manera más cruel y degradante de lo que realmente equivale el ilícito cometido. De hecho, nuestro actual Código de Procedimiento Penal facilita las herramientas para lograr llegar a un acuerdo entre víctima y procesado. Acaso ¿es justo todo el desgaste que sufren las partes procesales, exceptuando el fiscal, durante el desarrollo de una audiencia? ¿Es justa la violencia hacia el procesado cuando va a la cárcel?, naturalmente que no, mientras exista diferentes medios de arreglar los hechos delictivos pequeños.

⁴¹ MARTINEZ ARNOSO AINARA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg. 212.

⁴² FERRAJOLI LUIGI, *Garantismo Penal*, pg. 85.

Es hora de cambiar la forma en que castigamos a los pequeños delincuentes y buscar reparar el daño causado por ellos hacia las personas que realmente lo sufrieron, al mismo tiempo que debemos buscar una real y verdadera rehabilitación de los delincuentes por medio de prácticas comunitarias, terapias psicológicas y de reivindicación que generen efectos positivos en la sociedad y eso solo se hará con el uso de la mediación, la negociación y la responsabilidad de la reparación del daño. *“El castigo retributivo del ofensor es visto como insuficiente para restablecer la convivencia social pacífica, pues no toma en cuenta los sufrimientos y las necesidades de la víctima, ni permite la adecuada reincorporación del delincuente a la comunidad”*⁴³.

Podemos cambiar la situación de la víctima e imputado mediante un proceso de comunicación constructivo, al que lo llamamos Mediación Penal, en el que la víctima podrá decirle y desahogarse todo lo que siente a quien violó su bien jurídico, a su vez el imputado podrá hacerse responsable del hecho, reconocer que cometió un error y por lo tanto reparar las consecuencias de sus mala conducta, *“Una víctima que ha tenido la oportunidad de participar en las consecuencias del delito y ha jugado un rol en su adjudicación, puede “perdonar” al infractor, lo que permite iniciar el proceso de reintegración”*⁴⁴, existen personalidades que inclusive no necesitan más que la admisión del hecho y una disculpa por parte de quien delinque, lo que hace que el procesado tenga una nueva y última oportunidad de rehabilitarse verdaderamente, pues no habrá una segunda vez.

Francisco Benarte nos dice que *“Las víctimas se ven perjudicadas por el despojo de control que sufren como consecuencia del delito, y requieren recuperar un sentido de dominio personal. Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes. Los delincuentes quebrantan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo traicionando la confianza. Para recobrar dicha confianza,*

⁴³ RUTTBURG ANGELICA, *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Tradicional*, pg. 218.

⁴⁴ MARTIN LOPEZ MARIA TEREZA, *La Responsabilidad Penal de los Menores*, pg. 100.

*necesitan obtener control personal para asumir la responsabilidad por la comisión del delito”*⁴⁵. Todo este proceso solo se puede lograr con el uso de la mediación, si nosotros nos encargamos que el procesado admita su responsabilidad, tome conciencia de su hecho y repare el daño causado, estaremos otorgándole ese control personal sobre las consecuencias de su mala conducta, lo que iría de la mano con una de las finalidades del Derecho Penal, que es la prevención del delito. Con la ayuda de la mediación la víctima tiene una respuesta clara a tantas interrogantes que quisiera hacerle al delincuente como por ejemplo: ¿Por qué me sucedió esto a mi?, ¿cuales fueron las razones para que el procesado delinca? ¿Cómo soluciono lo ocasionado?, etc. y a su vez el procesado contesta las preguntas, admite su responsabilidad e intenta reparar el daño ocasionado a la víctima, pero de manera conjunta que lleve mediante la comunicación a una respuesta satisfactoria.

*“En la actualidad las modernas teorías en el ámbito de la política criminal y del sistema penal pretenden hacer hincapié en el papel de la víctima como objeto de protección jurídica, tanto en la búsqueda de la reparación moral o económica que le corresponde, como en la forma de concluir con esa satisfacción a una manera de mantener la paz social”*⁴⁶.

2.6 La Justicia Restaurativa y Justicia Penal Negociada

Cuando ingresamos a la carrera de Leyes, lo primero que aprendemos son los orígenes del Derecho y los significados de sus fuentes y principios, es por eso que al pasar los años siempre que escuchamos la palabra Justicia lo primero que se nos viene a la mente es “dar a cada uno lo suyo” o inclusive volver de ser posible las cosas a su estado normal, sin embargo, en materia penal que es en donde más se habla de justicia, a lo largo de la historia no se ha cumplido ese precepto. Al decir “dar a cada uno lo suyo” en el sentido que a cambio de un delito se castigará con la máxima pena o la prisión no

⁴⁵ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 321.

⁴⁶ MEJIA GOMEZ JUAN FRANCISCO, *La Mediación Como Forma de Tutela Jurídica*, pg. 31.

estamos hablando de equidad, en ningún sentido el castigo al delincuente es lo que a la víctima le corresponde, y menos aún la víctima recibirá con el castigo lo que fue suyo. Se supone que mediante la denuncia y con ella el uso debido proceso, las partes se encuentran en igualdad de condiciones mientras se desarrolle el juicio penal hasta que el Juez finalice el proceso al dictar sentencia en la que supuestamente hará justicia.

Sin embargo, desde el momento en que el delincuente se somete a un proceso penal ordinario, pasa a ser un sujeto de cacería por parte de la víctima y los órganos judiciales colocándole en total desigualdad. Y ni hablar de la víctima, quien pierde el protagonismo una vez que deja su caso en manos del Estado hasta llegar al momento de escuchar la sentencia, la misma que si gana el proceso el delincuente recibirá una condena que en ningún momento se equipara al hecho delictivo ni repara lo sufrido por la víctima, teniendo que solicitar la reparación con el inicio de un nuevo juicio en materia civil y en el caso de perder el proceso, que también suele ocurrir con la corrupción en la que vivimos, o tal vez una mala defensa de su abogado, lo único que obtiene será un sentimiento de impunidad.

Estos antecedentes son los que manejan desde siglos atrás el Derecho Penal común en la sociedad, y a su vez no ha obtenido excelentes resultados en la pequeña delincuencia, haciendo que los juzgados se llenen de causas, quitando tiempo a los procesos de verdadera persecución y dejando a muchos procesos en la impunidad. Por esta razón nace de la mediación la justicia penal negociada y restaurativa, para de alguna manera igualar las condiciones de las partes procesales y obtener un procedimiento rápido y con beneficios para todos los sujetos procesales.

2.6.1 La justicia Restaurativa

Es un proceso de mediación cuyo objetivo es reparar el daño causado a la víctima, en el que participa un tercero imparcial preparando un ambiente de confianza, para que mediante una reunión entre víctima y delincuente se pueda situarlos en las mismas condiciones y empezar a conversar sobre los hechos acontecidos, las responsabilidades asumidas y la manera de reparar el daño. A diferencia de un proceso judicial en el que el Juez es el que decide en base a pruebas y argumentos, en la justicia restaurativa son la víctima y el delincuente los que deciden la forma de reparar el daño y “dar a cada uno lo

suyo”, mediante una compensación económica o alguna otra forma en la que estén de acuerdo los dos sujetos procesales. *“Una definición de justicia restaurativa, cada vez más utilizada internacionalmente, se enfatiza en el proceso y el resultado. La justicia restaurativa es un proceso donde las partes con riesgo en un delito específico, resuelven colectivamente el cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”*⁴⁷

La Justicia restaurativa se inicia con el análisis del resultado, las consecuencias sufridas, y todo lo que se ha generado la comisión de un hecho delictivo. Se desarrolla y concentra en el presente en base a las expectativas tanto de la víctima como del procesado, dejando de buscar la verdad histórica y el castigo, para prever el futuro y buscar las maneras de salir de un hecho delictivo con la satisfacción de la víctima, desde luego en base a las propuestas de reparación por parte del procesado. Jaime Rodríguez al respecto manifiesta *“Si la retribución pone el acento en la infracción de la norma y el fin expiatorio, y la rehabilitación en el delincuente y la prevención especial; la justicia restaurativa quiere recuperar el objetivo de la reparación y el protagonismo de la víctima”*⁴⁸.

La importancia de la Justicia restaurativa radica en la solución rápida y eficaz que se le da al tratamiento del pequeño delito en la que tanto víctima como delincuente intervienen el cien por ciento en el desarrollo del proceso y que adicional a satisfacer a la víctima y rehabilitar al delincuente, ayuda de gran manera a la descongestión de los juzgados penales y las fiscalías, buscando en la sociedad un equilibrio entre eficacia del sistema judicial, orden social, paz y justicia de las partes.

“El postulado fundamental de la justicia restaurativa es que el delito perjudica a las personas y las relaciones sociales, y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño ocasionado posible. De esta premisa básica surgirían determinadas preguntas:

⁴⁷ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 312.

⁴⁸ RODRIGUEZ JAIME, *La Mediación, Presente, Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*, pg. 50.

*¿Quién es el perjudicado, cuáles son sus necesidades y como se puede satisfacer dichas necesidades?”*⁴⁹, ante estas interrogantes como ya es de nuestro conocimiento, el único y real perjudicado es la víctima del daño, la que sufrió la agresión o el menoscabo en su patrimonio, la que necesita una compensación o reparación de lo ocurrido, a diferencia del Estado que es un sujeto secundario en cuanto a sentimientos y primario en cuanto a proceso, que jamás sabrá a ciencia cierta lo que siente la víctima y menos cubrir las necesidades de ella, las mismas que pueden ir desde un ofrecimiento de disculpa o perdón hasta la reparación económica del daño. El Derecho Penal se concentra en el castigo hacia el delincuente sin percatarse que la pena no compensa el daño sufrido, los únicos que saben la forma de satisfacer ambas necesidades son la víctima y delincuente y solo ellos podrán encontrar y resolver lo que más les convenga durante un proceso de mediación que se desarrollará con la búsqueda de distintas alternativas las cuales voluntariamente se las aceptara o rechazará.

Tereza Sánchez Concheiro recomienda que *“debería partirse de intentar humanizar el sistema de justicia. De esta forma, ni la víctima es una mera prueba de cargo al servicio de una futura condena, ni el infractor es reducible solo a objeto de castigo y destinatario de la higienización social”*⁵⁰, es decir, se deja al delito como un hecho pasado para mirar al presente, otorgando a la víctima el protagonismo y comunicación debida con el delincuente, el mismo que durante la mediación asumirá la responsabilidad de sus acciones proponiendo como consecuencia de ellas las posibles soluciones reparativas, correctas y preventivas para el futuro, que vayan de la mano con la búsqueda de la paz social, la equidad entre las partes y la reintegración del delincuente a la sociedad.

⁴⁹ MAGRO VICENTE; HERNANDEZ CARMELO; CUELLAR J.PABLO, *Mediación Penal una Visión Práctica Desde Dentro Hacia Fuera*, pg. 35.

⁵⁰ SANCHEZ COCHEIRO MARIA TEREZA, *Para Acabar con la Prisión: Justicia de Proximidad*, pg. 189.

La justicia restaurativa no busca minimizar la Derecho penal, pero si al Derecho Civil indemnizatorio, que llega a ser un segundo proceso de igual manera largo y tedioso en el que se busca reparar el daño causado. Mediante la justicia reparadora se evitan en total dos procesos, se forma parte de uno solo que es rápido y sencillo y que tiene resultados en beneficio de la víctima, procesado, órgano judicial y la sociedad. Con la Justicia Restaurativa no es que se deja a un lado el interés por el delito, lo que se intenta es resolver el problema delictivo de una manera más racional con apoyo en la sociedad y los derechos humanos por medio de la comunicación, es decir, que mientras el Estado genere oportunidades para que el ofendido y procesado reestablezcan sus relaciones, se genera inmediatamente la oportunidad de buscar la paz, el orden social, la reconciliación, la reparación e inclusive el perdón, evitando demoras en la administración de justicia y sentimientos de impunidad por las personas que han sufrido un delito.

Lo que se busca con la Justicia Restaurativa es la aceptación de la “verdad histórica” de una manera más rápida, sin la utilización de recursos humanos y de tiempo, debido que para iniciar un proceso de mediación el delincuente habrá aceptado su actuar ilícito y sus consecuencias, lo que en base a los beneficios de la mediación lo motivará a buscar una reparación o enmendar el daño causado, siendo otra alternativa al Derecho Penal que no esta mal, sino que utiliza tal vez vías equivocadas en el tratamiento del pequeño delito. Maria de la Luz Lima Malvido indica que: *“Lo que se quiere lograr con este nuevo concepto del delito es recuperar la importancia de la igualdad entre las partes: el respeto a la dignidad, el regreso a la armonía social que se había perdido con el sistema penal anterior”*⁵¹. Nuestra legislación ya propone las formas de recuperar la igualdad, el respeto y la dignidad de las partes mediante el uso de la justicia restaurativa en el Código de Procedimiento Penal al referirse al Acuerdo de Reparación, La conversión y la querella en los delitos de acción privada, los cuales analizaré con más detalle en el capítulo cuatro.

⁵¹ INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, *Jornadas Iberoamericanas: Oralidad en el Proceso y Justicia Penal*, pg. 353.

*“Los programas de justicia restaurativa, por consiguiente, habilitan a la víctima, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar una respuesta al delito. Ellos llegan a ser el centro del proceso de justicia penal, con profesionales legales adecuados, de un sistema que apunta a la responsabilidad del infractor y la comunidad. El proceso restaurador debe involucrar a todas las partes como aspecto fundamental para alcanzar el resultado restaurador de reparación y paz”*⁵².

2.6.2 La Justicia Penal Negociada

Es un proceso totalmente voluntario que involucra al Fiscal, imputado, abogado defensor y juez, su nombre es debido a que se utiliza la técnica de mediación que es la Negociación. En este procedimiento no interviene un tercero imparcial, el papel de negociador le corresponde al fiscal, quien en primera instancia negocia con el imputado y su abogado defensor la aceptación del ilícito cometido, para obtener en beneficio una sanción menor a la que le correspondería. Una vez que el procesado ha aceptado llevar a cabo el procedimiento, el Fiscal interviene en un proceso de mediación entre el juez y el imputado, en el que se llega a un acuerdo sobre el peso de la pena que no podrá ser mayor a la que solicita el Fiscal.

La Justicia Negociada al ser un proceso en el que se beneficia al Estado reduciendo el número de tiempo de condena a una persona privada de libertad y al imputado otorgándole beneficios en cuanto a reducción de condena o medidas alternativas a la prisión, es un modelo de proceso a seguir, que se utiliza totalmente en los sistemas europeos y anglosajones “Common-Law”, con los llamados “plea ghilty” y “plea barganing”. Conde-Pumpido afirma que *“en estos momentos si la justicia penal americana funciona es gracias al sistema de justicia negociada: a más del 90 por 100 de las condenas se llega sin proceso formal, pues son consecuencia de una acusación*

⁵² BENARTE OCHOA FRANCISCO, Sistema Penal Acusatorio, pg. 312.

negociada y se afirma que si los Fiscales o los reos resolvieran no celebrar más acuerdos sobre la acusación, la justicia penal del país quedaría paralizada”⁵³.

La justicia Penal negociada tiene su fundamento en el principio de economía procesal, debido a que es un proceso rápido, eficaz y de certeza absoluta, en el cual el acusado asume su responsabilidad y decide lo que va a enfrentar en el futuro, evitando la publicidad y menoscabo en su reputación durante un juicio, con lo que obtiene a cambio beneficios en el peso de la pena. *“La incertidumbre que para el acusado representa el proceso, el eventual riesgo de una pena gravada, los perjuicios que pueden derivarse del proceso para su propia persona o reputación, o incluso, la de su familia, pueden ser factores determinantes de la decisión del acusado de optar por un procedimiento de justicia negociada”⁵⁴.* El estado por su parte también obtiene el beneficio que implica minimizar la carga procesal y agilizar el despacho de los procesos penales que se encuentran actualmente en colapso, además que la Fiscalía por su parte puede obtener evidencias y piezas claves en la investigación de grandes mafias con las que el acusado tiene relación. La víctima no se queda atrás en cuanto a beneficios, pues no solo que evitará un largo proceso en el que inclusive se pondrá en tela de duda la veracidad de su acusación, también dejara de ser re victimizada, la sentencia se expide rápidamente y el proceso llega a su fin de inmediato.

“Los comentaristas norteamericanos hablan de la “decisión inteligente” para referirse a la conformidad del acusado sobre la aceptación de la pena con plena conciencia de las consecuencias que dicho acto producirá, ilustrado de los términos de la acusación de sus consecuencias jurídicas, y calculados los riesgos y los beneficios que en comparación con la celebración de un juicio le aporta la justicia negociada”⁵⁵. Dentro

⁵³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO, Instituciones de Derecho Procesal Penal, pg. 448.

⁵⁴ SANJURJO REBOLLO BEATRIZ, *Los Jurados en Estados Unidos y en España: Dos Contenidos Distintos de la Misma Expresión*, pg. 242.

⁵⁵ SANJURJO REBOLLO BEATRIZ, *Los Juzgados en Estados Unidos y en España: Dos Contenidos Distintos de la Misma Expresión*, pg. 213.

de nuestra legislación, la justicia negociada o “decisión inteligente” la encontramos tipificada en el Código de Procedimiento Penal con la opción de la Suspensión Condicional del Procedimiento, el Procedimiento Abreviado y el Procedimiento Simplificado, que encajan perfectamente con el principio de economía procesal, oralidad e intermediación, generando así la resolución oportuna de las causas, dando un tratamiento favorable al acusado que va a ser sentenciado y evitando todos los riesgos y consecuencias que implica un juicio en su desarrollo.

Estas dos formas de justicia analizadas no intentan de ningún modo alterar el Derecho Penal o convertirlo en un Derecho de Negocio, simplicista o rebajador de condena, sino al contrario son alternativas que se adaptan al Derecho Penal consuetudinario para evitar el colapso judicial y finalizar mediante estas vías miles de causas que actualmente están por resolver. También estas alternativas van de la mano con la humanización del Derecho penal, debido a que para usarlas se piensa primero en las partes y los beneficios que tendrán. Como dice María Teresa Sánchez Cocheiro *“Las finalidades que orientan los preacuerdos, que implican la terminación extraordinaria del proceso, son la de “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso”*⁵⁶.

⁵⁶ SANCHEZ CONCHEIRO MARIA TEREZA, *Para Acabar con la Prisión: La Mediación en el Derecho Penal, Justicia de Proximidad*, pg. 206.

CAPITULO III

La Mediación Penal en La Legislación Ecuatoriana

3.1 Justificación de la Mediación Penal en el Ecuador

Actualmente en nuestro país los medios de comunicación no cesan de hablar de la mala administración de justicia en el Ecuador, la demora en la resolución de las causas, la incertidumbre que sufren las personas que han denunciado un hecho delictivo sin encontrar respuesta alguna, es una actuación perversa por parte de los administradores de justicia, tanto los juzgados como la Fiscalía, dejan en la impunidad todos aquellos casos tachados como “de menor importancia”. *“En Guayas existe un total de 46.654 causas sin evacuar, del periodo entre 2001 y 2009. Esa cifra corresponde al 32.94% de todas las causas sin evacuar en el país, que alcanzan las 177.135”*⁵⁷, recordemos que la Fiscalía durante el periodo del Dr. Washinton Pesantez lanzo una campaña publicitaria, no sabemos si de la institución o de su persona como futuro político, en la que alegan y confirmaban que su trabajo diario era la lucha contra la impunidad. Ahora sabemos que nada de eso era cierto, ¿acaso no es impunidad el haber retrasado indagaciones previas por un tiempo de 10 años, para que terminen en prescripción de la acción penal?. Algunas personas que pusieron la denuncia probablemente hasta ya estén muertas, y lo más seguro es que durante todo este tiempo debieron sentir o sienten que los casos de ellas quedaron impunes.

Ahora podemos saber entonces la razón de tanta reincidencia, y es lógico, que todos los pequeños criminales al ver que no existe un órgano sancionador, ni un órgano persecutor, reincidan cada vez mas creyendo que habitan en un país de nadie. Estos defectos en el sistema Judicial ecuatoriano generan inseguridad jurídica,

⁵⁷ (www.elcomercio.com/seguridad/universitario-revisaran-causas-represadas_0_601740002.html)

irresponsabilidad del delincuente y los funcionarios judiciales, lo que obviamente influye en el aumento de la reincidencia del crimen en el país, sin menoscabar la situación de terror, incertidumbre, dolor e indefensión que la víctima siente, y que puede durar inclusive por el resto de su vida. Tenemos un sistema penal colapsado por así decirlo, y es la mediación penal una herramienta o alternativa importantísima para descongestionar los juzgados y tribunales penales, agilizando el tiempo de resolución de las causas llamadas “crímenes pequeño”, cumpliendo eficientemente los preceptos del debido proceso en base a celeridad, inmediación, eficiencia y economía procesal, e intentando encontrar un medio de reparación y satisfacción de la comunidad, en la que las personas afectadas participen protagónicamente en el desarrollo de la causa y a su vez se obtenga un seguimiento de los buenos resultados que se producen.

Pero no solo en cuestiones de sistema penal la mediación es importante, también es indispensable en el tratamiento de la Justicia Indígena, que en ciertos casos como el abigeato, el hurto, el robo en la propiedad y hasta el adulterio se castiga con una forma totalmente violatoria de las garantías constitucionales. Una solución a este inconveniente jurídico sería la capacitación al Líder Indígena de una comunidad, que por su experiencia, probidad y muchas veces edad, es el único que posee autoridad y poder ante los indígenas y el que mejor puede buscar soluciones; por ejemplo, en los casos de los baños de pureza, llegar a un acuerdo ante las personas que fueron perjudicadas que puede ser el trabajo diario para esas personas o el pago de lo económicamente sustraído.

En cuanto a recursos económicos, el gasto que se invierte en el proceso por el pago de peritajes, patrocinios de abogados y perjuicios laborales es grande, comparado a lo que se invertiría en un proceso de mediación, que al ser una nueva política criminal la mayor parte de las veces será totalmente gratuita. La manutención de los centros de Rehabilitación Social por cada individuo que permanece dentro de ellos es enorme (anexo 1), y ni hablar de las condiciones del centro, que en ningún momento llegan a ser de rehabilitación de los pequeños criminales, pues al salir de ellos, se reintegran a la sociedad con un pasado judicial que los persigue durante mucho tiempo con un Masterado en delincuencia.

El ministerio de Justicia y a su vez el Ejecutivo todos los años y meses suben el presupuesto asignado para Rehabilitación social, sin embargo, el aumento del presupuesto anual dedicado a la administración de justicia no es la solución, el Congreso de Bangkok ha dicho que *“quizá los recursos no sean todo lo que se requiere para responder a las demandas de acceso a la justicia penal y que muchos países desarrollados que han dedicado recursos considerables al sistema de justicia penal existente están poniendo en tela de juicio la eficacia de esta política, por cuanto los recursos gastados en actividades de policía, enjuiciamiento, encarcelamiento y promulgación de nuevas leyes penales no parecen haber reducido las tasas de criminalidad ni aliviado la ansiedad de la población con respecto a la victimización..... como conclusión, reconocemos la importancia de seguir elaborando políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa a fin de reducir el número de caos que se presenta ante los tribunales penales, así como de promover la incorporación de enfoques de justicia restaurativa en las prácticas de justicia penal según proceda”* ⁵⁸. Los recursos destinados por el Ministerio de Justicia para las cárceles, se basan en mayor vigilancia policial, mayor guías penitenciarios, rejas mas fuertes y paredes mas altas, pero ¿alguien pensó en formas de reinserción social para los reclusos, las formas de evitar la reincidencia, y la verdadera rehabilitación social para el delincuente?. De hecho, (Anexo 5) las cifras indican que el 50 por ciento de las personas que se encuentran en los Centros de Rehabilitación social sin sentencia, podrían someterse a un proceso de mediación entre las partes o negociación con el Fiscal, lo que indudablemente generaría un mejor uso de los recursos asignados por el gobierno, para destinarlos a la verdadera rehabilitación social, ya sea en infraestructura o desarrollo personal.

Si no existe una política criminal basada en la rehabilitación el delincuente, la población carcelaria seguirá incrementándose de manera exorbitante, más de lo que ya actualmente se encuentra en hacinamiento (Anexo 6). Entonces, se debe buscar una

⁵⁸ MAGRO VICENTE; HERNANDEZ CARMELO; CUELLAR J. PABLO, *Mediación Penal: Una Visión Práctica desde Hacia Fuera*, pg. 56.

forma de disminuir el problema, pero no hay que hacerlo como en la reforma del año 2009 en que si bien se redujo en una mínima parte la población carcelaria, se aumento la delincuencia, pues los ladrones robaban cosas que tengan valor hasta menos de 658 dólares, lo que no ayudo en nada. Es por esto que la manera de salir de la superpoblación carcelaria no es creando leyes más benignas o leyes que no sean sancionadas con prisión, sino cambiar el procedimiento a seguir una vez que tenemos un procesado con riesgo de ir a la cárcel por el cometimiento de hechos delictivos de menor importancia o que son sujetos de reparación.

Al existir el colapso del Sistema de Rehabilitación social y del Sistema Judicial, con causas retrasadas, juicios sin dictar sentencia, prisiones que caducan e imposibilidad de perseguir el delito por carga procesal, se genera inclusive la irresponsabilidad de los órganos administradores de justicia que por deshacerse su trabajo y cumplir metas imposibles impuestas, se escudan en la figura del sobreseimiento de la causa, la prescripción de la acción penal o la desestimación, con fundamentos totalmente ajenos a la causa y de difícil explicación. Por lo tanto, el momento en que se descongestione a la Fiscalía conjuntamente con las Juzgados y Tribunales de Garantías penales, se dejará mayor tiempo y eficiencia para el análisis de los procesos penales más importantes, y las causas de menor importancia o llamados pequeños crímenes lo resolverán un grupo plenamente preparado para obtener resultados oportunos y eficientes con el uso de la Mediación Penal.

3.2 La Crisis Penal en el Ecuador

El Ecuador paso de ser un país seguro y tranquilo para vivir a ser uno de los países con más alto crecimiento delincencial, todos los días se escuchan en las noticias los diferentes asesinatos, robos a la propiedad privada, trafico de drogas, demandas por injurias calumniosas, y el pésimo estado de los centros de Rehabilitación Social con muertes de “testigos claves” y huelgas de las personas privadas de libertad que no benefician en nada la situación carcelaria del país. Los ciudadanos afectados en sus diferentes bienes jurídicos acuden a los Tribunales y Jueces de Garantías Penales en busca de una solución al problema y por consiguiente el anhelo de encontrar la tan anhelada Justicia. Pero la realidad es otra, los administradores de justicia tienen tantos

juicios por resolver que nunca actúan oportunamente siguiendo el principio de celeridad, lo que genera una insatisfacción permanente en la comunidad y a su vez una “salvación” para los delincuentes.

La falta de cultura mediática en la sociedad y el desconocimiento de las personas, autoridades y funcionarios judiciales sobre el uso de procedimientos rápidos y eficaces en materia penal, hace que los que se crean ofendidos recurran únicamente al juez para que les solucione sus conflictos. Pero eso se debe a que no se ha tipificado en nuestro código la Mediación Penal como si misma y tampoco se ha establecido Políticas criminales que busquen una alternativa distinta al juicio, más rápida y eficiente que inclusive sea difundida y sugerida por los medios de comunicación así como son los logros del ejecutivo que se publican todos los lunes por cadena nacional.

El gobierno mediante su campaña publicitaria y su nueva Constitución que es sumamente garantista ha generado una tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por la vía judicial, ya que supuestamente es el que debe atender todas las necesidades del individuo y se encuentra preparado para ello. Sin embargo, lo único que se ha generado es un caos judicial en el que los problemas legales entre individuos no son resueltos por ellos en la búsqueda de la solución, sino que se le encarga al poder público la persecución y el castigo para el problema, lo que no ayuda en nada a la eficiente administración de justicia. Y ni hablar del gran número de delitos en los que no existe víctima u ofendido, que por miedo o desconfianza en la justicia no hacen sus denuncias quedando el ilícito menos grave en el aire, teniendo la opción de resolver desde una mirada de justicia privada, pero naturalmente conforme a derecho y controlada por el órgano estatal que incluya como parte procesal a la víctima, procesado y comunidad.

El ingreso de miles de extranjeros sin pasado judicial que en su mayor número huyen de otros países para evitar ser perseguidos, radicándose en el nuestro y formando nuevas mafias del crimen, origina inevitablemente un mayor número de conflictos y a su vez personas privadas de la libertad (anexo 1), que ocupan gran tiempo y recursos para el órgano judicial, dejando a un lado los de menor gravedad y generando impunidad. Con el uso de la mediación el tratamiento del pequeño delito lo ocuparía un grupo

especializado que se concentraría en resolver esos problemas con equidad, celeridad, economía procesal y con la plena satisfacción de la exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos legales.

Si el estado se concentrara en regular jurídicamente el uso de la mediación Penal, propiciarlo como política gubernamental, las noticias judiciales y los programas de crónica roja que actualmente ocupan un porcentaje considerable en los medios de información, podrían concentrarse en difundir las soluciones viables y los beneficios a los que han llegado las partes dentro del proceso, en lugar de la mala administración de justicia e impunidad, invitando de esta manera a los ciudadanos a recurrir a vías alternativas de resolución de sus conflictos y no al litigio como única opción, fomentando de el uso común y reiterado en base a beneficios que la Mediación Penal ofrece y que con el pasar del tiempo se logrará hacer del Ecuador un país con cultura de mediación.

Los recursos que otorga el Estado para el patrocinio de los juicios penales, podrían utilizarse adecuadamente para la rehabilitación de los delincuentes que permanecen en las cárceles, construyendo centros de Rehabilitación Social con infraestructura adecuada, guías penitenciarios plenamente preparados para su desempeño y talleres ocupacionales que se concentren en preparar a las personas privadas de libertad para que puedan reinserirse en la sociedad y en la convivencia pacífica. José Zamora Grant indica que en la justicia penal ordinaria *“El preso pasa a quedar en las exclusivas manos de la Administración penitenciaria, indefenso, pudiendo tener por delante meses o años de privación de libertad. Ese olvido que lleva al ocultamiento de la realidad de la prisión, facilita que la vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos y reclusas se sigan dando”*⁵⁹, es por eso que se debe optar por otras vías que eviten la sobrepoblación carcelaria y con los beneficios económicos que se obtendrían, crear el ambiente

⁵⁹ ARNOSO MARTINEZ AINARA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg.45.

adecuado que evite menoscabos en los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y prepare individuos aptos para vivir en comunidad.

Jorge Nader Kuri indica: *“El aforismo según el cual justicia retardada es justicia denegada, no basta con que los juzgadores se desempeñen con independencia de criterio e imparcialidad, sino que deben conducir los procesos y pronunciar sus resoluciones con la oportunidad debida establecida en la normatividad procesal correspondiente, pues de lo contrario, afectan los fines de la administración de justicia como potestad jurisdiccional o realización del Derecho”*⁶⁰, y en nuestro país no es nada extraño los casos que por retardo de las causas, o por ineficiencia de los órganos administradores de justicia se produzca la caducidad de la prisión preventiva, la prescripción de algunos juicios y las desestimaciones, lo que naturalmente genera un sentimiento de inseguridad e impunidad en la sociedad.

Es decir, estamos viviendo en un país que no hace justicia efectiva, que las personas no poseen seguridad jurídica y que el orden y la paz social se encuentran en pésimas condiciones debido al desprestigio judicial que atañe a todos los órganos administrativos de justicia, tanto que según las noticias se indica que existen 700.000 causas retrasadas, algunas que se encuentran en indagación previa e instrucción fiscal y por su actuar indebido han prescrito ya.

El Ecuador es un país con mayor congestionamiento en las causas judiciales, existe desigualdad entre las partes, las víctimas que no poseen dinero para el patrocinio de un abogado simplemente no hacen la denuncia, en el caso de los más débiles que no cuentan con una buena defensa los defensores públicos sugieren la aceptación del hecho delictivo con la imposición de una pena ineficaz como medida rehabilitadora, que no es nada de eso en los Centros de rehabilitación social, otorgando así la insatisfacción de la víctima con respecto a la actuación del Estado, y que consecuentemente da como único resultado la crisis penal que vive actualmente nuestro país. ¿Qué pasaría si todas las

⁶⁰ NADER KURI JORGE, *La Responsabilidad Penal del Juzgador*, pg. 224.

personas que fueron parte de un lento y desgastante proceso, demandan al estado por el tratamiento inadecuado de su causa? Y en las personas que fueron privadas de libertad, ¿si demandan por el trato insalubre, el abuso de poder y todos los años que tuvieron que pagar su condena en un lugar no apto para “rehabilitación social”? El estado tal vez quedaría en banca rota, al pagar las indemnizaciones correspondientes por el mal servicio de justicia brindado, dejándonos sin carreteras, sin salud y sin educación.

La solución ante todos los problemas que tiene el Sistema Judicial ecuatoriano es la creación de nuevas políticas penales, cuyo objetivo sea la verdadera búsqueda de la rehabilitación, arrepentimiento y responsabilidad de los delincuentes, junto con la satisfacción de las necesidades de la víctima. El país debe reconocer que el fracaso del sistema punitivo en los pequeños crímenes, se origina en un sistema puramente carcelario que lo único que obtiene es un sistema de mayor reincidencia.

3.3 La Crisis en el Sistema de Rehabilitación Social Ecuatoriano

“Antisocial es un individuo que no calza, que no posee un lugar en la estructura social dada, quien no funciona como debería, quien no cumple su tarea, quien ejecuta una conducta no prevista, fuera de la norma, quien no se adapta. La cárcel es un laboratorio de conductas en el que se experimenta su remodelación, su reformatión, su reingeniería, para ver si el individuo logra calzar, adaptarse. Conducta es el buen o mal cumplimiento de una función; comportamiento es el modo en que se lo hace, de buena o mala manera”⁶¹.

Para nadie es desconocido el incremento de la delincuencia y los antisociales en nuestro país, a pesar que aun no se establecen las razones de dicho incremento carcelario, las posibles hipótesis a mi pensar, podrían ser debido a las condiciones miserables en que nacen y se desarrollan los delincuentes desde su origen que genera una delincuencia innata a la persona, o tal vez debido a la mala rehabilitación que tienen los internos dentro del Centro de Rehabilitación Social lo que genera reincidencia en lugar de

⁶¹ COBA MEJÍA LISSET, Ejecución Penal y Derechos Humanos, pag. 75.

rehabilitación, o quizá al incremento de personas extranjeras que han ingresado a nuestro país y han sido privadas de libertad por diferentes ilícitos como demuestra el anexo 1, que un buen número de extranjeros forma parte de la población carcelaria, sin que hasta el momento se hayan tomado medidas emergentes para resolver dicha situación. Cabe entonces preguntarnos, ¿Por qué existe tanta población carcelaria en el país? ¿Cuál es el origen del incremento de las personas antisociales? ¿Qué se puede hacer al respecto?

Para responder a la primera pregunta partiremos del claro ejemplo que esta viviendo actualmente nuestra sociedad, “la banda de la mama lucha”, cuya líder principal fue una mujer que tenía dos identidades “Luz María Endara o Blanca Andrade Guerrón”, nacida en Quito en el año de 1934 y su primera detención de la que fue imposible escapar fue en 1964. Fue considerada como la líder más peligrosa de la historia delictiva quiteña, ya que presidía varias asociaciones cuyos líderes eran sus hijos, hijas, yernos, nueras, nietos y sobrinos. Para protegerla, custodiarla y amedrentar a cualquier persona o autoridades que se enfrentaban, lideraba otra banda delictiva llamada “los chicos malos” y que estaba conformada por sus sobrinos y demás familiares afines. Al parecer con su muerte que fue el 29 de junio del 2006 se creía que la delincuencia había acabado, sin embargo, el 13 de marzo del presente año se detienen a 8 mujeres y 16 hombres quienes en su mayoría llevaban el apellido “Endara” y que actualmente no solo intimidaban o delinquían en los mercados sino que su ocupación principal ascendió hasta el robo a domicilio, a bancos y todo lo que incluye el tipo de asociación ilícita.

Otro gran ejemplo es el de la *“conducta ilegalizada del tráfico de drogas: el 71 por ciento de las mujeres está acusada de este delito, sin embargo “ellas” no son solo individuos “mal portados”, también son madres, cabezas de familia, hijas, hermanas, novias, cómplices subordinadas de sus parejas*)⁶².

Estos son dos ejemplos claros que la delincuencia aumenta debido al ambiente en el que nacen y se desarrollan las personas. No se puede exigir a un niño que estudie y sea un

⁶² COBA MEJÍA LISSET, *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, pag. 77.

profesional cuando al nacer y crecer vio que toda su familia subsistía con la delincuencia y ésta era el único oficio de toda su familia. La cárcel para ellos serán las vacaciones que toman sus parientes por no actuar eficientemente según las reglas del crimen, o el castigo que merecen por no ser “pilas” el momento de delinquir. Es difícil evitar que en estos ambientes de conductas ilícitas que vienen por generaciones se pueda cambiar la manera de proceder.

A pesar de ello, el Estado debe frenar la delincuencia iniciando por la desarticulación de las bandas familiares, encargándose buscar un nuevo ambiente familiar para las nuevas generaciones y concentrándose en la creación de políticas de rehabilitación que se preocupen verdaderamente de inducir un cambio positivo en las personas que son detenidas. Como indica la Revista Andina de Derechos Humanos *“No es extraño ver mujeres ancianas, sus hijas y sus nietas viviendo en prisión, pues es muy usual la irresponsabilidad paterna; normalmente, estas mujeres son parte de familias ampliadas en las que es normal la co-responsabilización de las mujeres en el cuidado de varios menores y ancianos del mismo grupo familiar”*⁶³.

En cuanto al sistema de rehabilitación, como se encuentra actualmente en nuestro país es muy difícil afirmar que sea una política que busca la reinserción positiva de las personas privadas de libertad a la sociedad, a pesar que se en el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación social especifique que *“El objetivo que persigue el Sistema Penitenciario es la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia la reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia habitual, con miras a obtener la disminución de la delincuencia”*⁶⁴. Los Centros de Rehabilitación Social llamados comúnmente cárceles, en nuestro país no cuentan con las condiciones establecidas para ser un centro rehabilitador de la delincuencia y menos aún para evitar la reincidencia. No podemos decir que un país que tiene un sistema de rehabilitación social colapsado esta evitando la reincidencia y rehabilitando a los internos.

⁶³ Mujeres de Frente: Externas e Internas en el CRSF-Q, *Revista Andina de Derechos Humanos*, pg 14.

⁶⁴ Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Art. 12.

*“En junio del 2008, la población penitenciaria alcanzo un total de 13.534 personas privadas de la libertad”*⁶⁵, y actualmente en cifras tomadas hasta febrero del 2012 la población penitenciaria ha aumentado a 15.505, incrementándose en 2.000 personas en el lapso de estos cuatro años (Anexo 3), sin esperanzas de reducir el número de internos y de evitar reincidencia. Nuestro país sigue creando cárceles de última tecnología con mayor número de pabellones para superar y mejorar a los cuarenta y cinco centros de Rehabilitación social que tenemos, de los cuales la mitad de ellos se encuentran con superpoblación carcelaria llegando al hacinamiento hasta sobrepasar con un 260.50 por ciento la capacidad del centro carcelario (Anexo 5), lugar de preocuparse por resolver el problema de fondo que genera el crecimiento de las personas privadas de libertad.

En base a las cifras que indican las malas condiciones de los Centros de Rehabilitación Social y el inadecuado desarrollo de la rehabilitación carcelaria, lo que comprueba la dificultad que tiene el país para generar la reinserción laboral, comunitaria y profesional para preparar a las personas privadas de la libertad a futuro evitando la reincidencia. Es imposible crear programas laborales en un lugar que no cuenta con la infraestructura adecuada para recibir instrucción docente, crear talleres artesanales que generen ingresos lícitos y menos el espacio suficiente para invertir el tiempo de las personas privadas de la libertad en actividades al aire libre para mantenerlos ocupados.

Según críticos y sociólogos al haber analizado el incremento de personas privadas de libertad en los Centros de Rehabilitación Social, responsabilizan en primer lugar a un sistema judicial deficiente, que cree solo en el o castigo y en la imposición de la pena como rehabilitación, que no se preocupa del origen del crecimiento carcelario, en el que las personas que tienen la privación de la libertad como medida cautelar abandonan el lugar luego de años que han estado dentro del Centro de Rehabilitación Social, no por haber cumplido su condena, sino porque prescribió o caduco la prisión preventiva. Resulta ilógico crear más Centros de Rehabilitación Social en el país, en lugar de buscar una solución con aquellos internos procesados que podrían reparar los hechos delictivos

⁶⁵ COBA MEJÍA LISSET, *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, pag. 94.

cometidos o responsabilizarse con sus víctimas, evitando un castigo. Todos los procesados que están dentro del cincuenta por ciento de la población carcelaria (Anexo 5), no son tomados en cuenta para un proceso de mediación, ya sea por el desconocimiento del proceso o por la poca o ninguna iniciativa que tiene el órgano judicial o las partes procesales.

En segundo lugar, el caos penitenciario podría ser en gran parte al ingreso de personas extranjeras a nuestro país sin exigir su pasado judicial, lo que es beneficioso para aquellas mafias del narcotráfico y la delincuencia que huyen de su país de origen, por ejemplo Colombia, para dedicarse al expendio y negocio de actividades ilícitas en un país que les abrió las puertas para su subsistencia y que al cometer delitos no son perseguidos, ni sancionados debido a la carga procesal que tienen las autoridades, por lo que pueden hacer y deshacer lo que les da la gana (Anexo 4).

Como podemos ver, el incremento de la población carcelaria es toda una cadena que empieza en su mayoría desde el lugar de nacimiento del delincuente, su calidad de vida, las oportunidades que el estado brinda para llevar un desempeño laboral lícito y en consecuencia una vida recta, hasta llegar al órgano judicial que se encarga de “rehabilitar” a tiempo a las personas que por diferentes razones han realizado hechos delictivos. Cuando una persona es internada en un Centro de Rehabilitación Social su estadía en él se define como “Alumno de la Escuela del Crimen”, ya que el gobierno de las cárceles y los líderes son las grandes mafias que existen dentro de él, mafias de grandes delincuentes que hacen y deshacen a su voluntad estadía dentro del centro, mafias que imponen los reglamentos a seguir, que dan la bienvenida a quienes deciden someterse a su tratamiento o dan el fin de su vida a los que se revelan, sin poder en la actualidad destruir esa organización carcelaria, pues mensualmente por medio de la crónica roja se conoce las muertes que ocurren en los diferentes Centros de Rehabilitación del país.

Posiblemente la situación de caos penitenciario podría cambiar si las actuales políticas de Rehabilitación Social se concentraran en la creación de Centros Carcelarios adecuados desde su infraestructura, para evitar la superpoblación y el hacinamiento, y generar entornos que preparen a las personas privadas de la libertad para poder

reinsertarse a la sociedad de una forma positiva. También mejoraría el Caos en los Centros de Rehabilitación Social si el Sistema Judicial se preocupara en evitar encarcelar a los infractores, buscando métodos alternativos que responsabilicen a dichas personas y hagan que reparen el daño y se rehabiliten en la misma comunidad a la que pertenecen, en lugar de ingresar a prepararse en la “escuela del crimen” para vivir de la reincidencia y el actuar ilícito.

En cuanto a los extranjeros que se encuentran detenidos en nuestro país, si las autoridades exigieran la presentación del record policial a todas las personas que ingresan al país, se reduciría en gran número el incremento de delincuentes que vienen a “trabajar ilícitamente” en nuestra comunidad y si se reduciría la carga procesal de los administradores de justicia, los delincuentes extranjeros sentenciados serían el ejemplo para sus coterráneos, que el Ecuador es un estado de derecho, en el que para actuar ilícitamente hay que pensarlo dos veces.

3.4 La Mediación y el Debido Proceso

“La mediación penal debe entenderse, particularmente en conductas de carácter leve o menos graves –insistimos-, enmarcada no solo en la resolución de conflictos, sino en la facilitación de un derecho penal más proporcional, más humano y más comprometido y cercano con la ciudadanía”⁶⁶.

El procedimiento Penal es la parte formal que se utiliza cuando se conoce el cometimiento de un hecho delictivo dentro de la sociedad, por medio del uso de un conjunto de normas que regulan el desarrollo de un juicio penal, utilizando un grupo de actos procesales cuyo objetivo es encontrar la verdad histórica, el culpable del delito y la fuerza del castigo correspondiente, para concluir en la imposición de una pena que será indicada en la sentencia definitiva. Para algunos detractores de la Mediación Penal, ésta va en contra del debido proceso porque no se cumplen con todas las premisas que

⁶⁶ MAGRO VICENTE, HERNANDEZ CARMELO, CUELLAR J.PABLO, *Mediación Penal: Una Visión Práctica Desde Dentro Hacia Fuera*, pg. 56.

forman parte de un “debido proceso”, sin embargo, voy a presentar las razones por las que la mediación va de la mano con el debido proceso, pero un debido proceso mucho más justo, humano y equitativo para las dos partes, en el que se cumplen con eficacia todas las garantías, y los derechos humanos en busca de una justicia plena.

Art. 169 de la constitución de la República.- “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, contradicción, presunción de inocencia, oralidad, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”⁶⁷.

La mediación cumple con lo que la Constitución obliga, es un “Medio para la realización de la Justicia” cuando realmente se busca es hacer justicia y dar a cada uno lo suyo. Se encuentra consagrado en el **Art. 190.-** “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir*”. Con el uso de la Mediación llegamos a un acuerdo satisfactorio, en cual el resultado es lo que las partes deseaban y quizá anhelaban, puede ser la reparación del daño, la restitución de la cosa o algún método que subsane el resultado del cometimiento del hecho delictivo. Estamos llegando a la justicia porque la víctima siente que fue reparado su daño, que se hizo justicia, a su vez el procesado compensa a la víctima lo que será su deber y cada quien tiene lo suyo.

Muy a diferencia de lo que ocurre con aquellos procesos largos y engorrosos que al final la víctima queda con el sinsabor de la impunidad como resultado después de haber luchado tanto en el proceso. La mediación es la forma más rápida de hacer justicia, porque evita la presencia de peritajes, testigos, búsqueda de pruebas, donde no hay y por medio una comunicación efectiva entre las partes y que de ninguna manera logra resultados satisfactorios. Como se encuentra actualmente nuestro sistema judicial, el

⁶⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Art. 169.

excesivo tiempo para el desarrollo del juicio ordinario penal, la ineficiencia de los defensores públicos y todo lo que implica la búsqueda de la verdad histórica, ¿se puede acaso afirmar que se está realizando la justicia?

En cuanto a los principios, hay que recordar que todos ellos fueron proclamados para minimizar la violencia que existía antes del nacimiento del derecho, todos los principios son una garantía que tiene la víctima y a su vez el procesado para reducir la potestad punitiva del Estado, para frenar aquellos abusos infringidos por parte de todos los sujetos procesales en busca de la verdad histórica, para sancionar al infractor de una manera correcta y humano que se equipare al hecho delictivo y evitar someter a las partes en una lucha de poderes entre el más fuerte y el más débil y colocarlos en igualdad de condiciones, como dice Luigi Ferrajoli con respecto a la parte débil *“en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal es el reo”*⁶⁸.

La mediación en materia penal evita que existan partes débiles dentro de un proceso, porque cumple con cada uno de los principios del Debido Proceso que se encuentran proclamados en la Constitución Política de la Republica, ya que al colocar al ofendido frente al procesado de una manera positiva y en búsqueda de una solución se ponen en práctica todos los principios del debido proceso, pero de una manera más rápida y humana en beneficio de las partes, como lo demostraré a continuación:

a) Principio de Simplificación: es aquel principio procesal que otorga la opción de eliminar ciertas formalidades que dilatan, obstaculizan y evitan que el proceso se desarrolle de una manera eficaz y rápida, obligando de esta manera que únicamente se cumplan las formalidades básicas que aceleran el desarrollo del proceso eficazmente. La mediación es un gran ejemplo del principio de simplificación, pues con ella evitamos todo lo que el proceso judicial penal implica, empezando desde la reducción considerable del tiempo que tiene el fiscal para finalizar la etapa de indagación previa e instrucción fiscal, que puede durar hasta 90 días. También se evitaría los términos de

⁶⁸ FERRAJOLI LUIGI, *Garantismo Penal*, pg. 13.

prueba, la tomas de versiones y todo el desgaste que viene luego con la etapa de juicio, y no se diga si hay recursos que interponer que utilizan más tiempo de lo normal.

La mediación cumple con la finalidad básica del principio de simplificación que es evitar demoras en el desarrollo de proceso, ya que al colocar frente a frente a las partes procesales para resolver el conflicto y evitar luchar en un litigio, se eliminan todos días establecidos para la indagación previa, instrucción fiscal, términos de prueba, peritajes y lo que conlleva por sí mismo el desarrollo de un proceso penal ordinario, logrando así con la mediación penal obtener una solución satisfactoria, efectiva y rápida.

Otro ejemplo en el que la mediación va de la mano con el principio de simplificación es cuando Fiscal negocia con el procesado para que admita la consumación o participación dentro de un hecho delictivo, y a cambio de esto llegar a un acuerdo en base a derecho con él y su defensa, el mismo que será presentado y negociado con el juez para su aceptación, evitando toda la demora y utilización de recursos antes citados en el desarrollo del proceso penal ordinario, lo que indudablemente beneficia al imputado a quien se le otorga una pena más benigna, al sistema judicial al tener una causa menos que resolver, y a los Centros de Rehabilitación Social que tienen menos tiempo recluso al imputado que implica un ahorro de sus recursos y a su vez destinarlos hacia una verdadera rehabilitación.

b) Principio de Uniformidad: Es aquel principio que hace que el proceso judicial sea común para todas las personas e inherente a cada una de ellas, es decir que todas las personas que se someten a un proceso judicial deben ser tratadas de la misma forma y con el mismo desarrollo del proceso. La mediación hace hincapié en este principio, ya que dentro de este proceso ninguna persona tiene preferencia, ni concesiones exclusivas, lo que si suele ocurrir en el proceso judicial, en las veces que se toma en cuenta más a la víctima, al fiscal o al mismo procesado, dejando a un lado el trato uniforme. Dentro de una mediación todas las partes son iguales, y por la misma naturaleza de la mediación no se puede cambiar la forma de desarrollo del proceso para beneficiar o perjudicar a alguna de las partes, si bien el mediador posee un poco de autoridad en el caso de incidentes, la mayoría del tiempo es una persona imparcial, ajena a las partes, y que

dirige el proceso a través de la comunicación y confianza para ayudarles en la búsqueda de un arreglo o solución al hecho delictivo.

El juez, desde el mismo momento que es llamado como la “autoridad” que ejerce justicia, coloca a las partes como inferiores a su discrecionalidad, y la relación entre ellos dependerá del profesionalismo del abogado, sus tácticas y sus argumentos para ganar un juicio. No se puede hablar de uniformidad cuando es el defensor público el que litiga a favor del procesado, ya que sus argumentos nunca serán los idóneos para ganar un juicio penal, tal vez debido a la sobrecarga de trabajo o la simple falta de preocupación que invierten en los procesados. Es por eso que en los juicios penales el dueño de la victoria será finalmente quien tenga la mejor defensa o patrocinio legal, lo que en nada cumple con el principio de uniformidad.

c) Principio de Eficacia: *“Es un principio rector de la gestión pública de ineludible acatamiento por parte de la persona humana al desarrollo de las tareas que le corresponden para conseguir el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal significa la adecuada planeación del gasto de modo que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias”*⁶⁹. Con el proceso penal no podemos hablar de una eficacia pura, debido a que los costos que genera el desarrollo del proceso son altos, el uso de exámenes periciales, pruebas de laboratorio, el talento humano que se utiliza en el desarrollo del proceso y el recurso para el internamiento de las personas privadas de libertad genera un valor monetario para el estado que minimiza el presupuesto destinado para satisfacer las necesidades de la ciudadanía. Por el contrario con la Mediación el procesado admite su participación en el hecho lo que evita el gasto procesal y el uso de los recursos destinados para la búsqueda de la verdad histórica, y

⁶⁹ CASTRO CIERNA CARLOS GUILLERMO; GARCÍA LOPEZ LUISA FERNANDA; MARTINEZ VARGAS JUAN RAMÓN, *La Contratación Estatal: Teoría General-Perspectiva Comparada y Regulación Internacional*, pg. 104.

éste beneficio económico se utilizaría para optimizar el desarrollo y preparación para la reinserción laboral y comunitaria de las personas de los centros de rehabilitación social.

Por eficacia en cuanto a los funcionarios públicos que forman del sistema judicial se entiende como “*aquella virtud, actividad, fuerza y poder para actuar y conseguir los fines propuestos*”⁷⁰, que dentro de nuestra realidad en el proceso penal no siempre se cumple, puede ser por la carga procesal que poseen los juzgados, por el número excesivo de juicios y la cantidad insuficiente de servidores públicos para llevarlos a cabo, o simplemente porque no todos los servidores públicos laboran con conciencia y buscando servir a la comunidad. En el proceso de mediación el mediador que sería un funcionario público, ha sido preparado anteriormente y entrenado profesionalmente para desarrollar con sus virtudes específicas la actividad que conlleva la mediación, lo que hace que cumpla con toda esa fuerza que implica el desgaste de trabajar con víctima y procesado y consiga los fines propuestos que es la resolución del conflicto y la satisfacción de las necesidades. Cumpliendo perfectamente con el principio de eficiencia en cuanto a los funcionarios públicos. La mediación cumple con el principio de eficiencia constitucional ya que con ella los procedimientos cumplirán su finalidad en el menor tiempo y costo posible y con resultados eficaces sin tener que soportar obstáculos puramente formales.

- d) **Principio de Inmediación:** Es uno de los principios más importantes del Derecho Procesal Penal, y es en base a este principio que nace la relación directa entre fiscal, juez y las partes, para el esclarecimiento del hecho y la búsqueda de la verdad formal y material. El juez tiene la posibilidad de escuchar a las dos partes personalmente y aceptar o negar el dictamen realizado por el fiscal, para que en base a las pruebas y el desarrollo del caso proceda a dictar sentencia. En La mediación Penal es el mediador quien toma el lugar del juez pero sin autoridad sino más bien impulsando a las partes en el desarrollo de una exposición de sentimientos, mas no de hechos, relativos a las acciones realizadas y buscando una solución propicia al tema en particular.

⁷⁰ LÓPEZ SANCHEZ JOSÉ, *Protección Penal de la Disciplina Militar*, pg. 238.

- e) En la mediación el Mediador o el Fiscal en el caso de la negociación, se encuentra aún más cerca de las partes y de sus sentimientos, ya no busca la verdad material o formal, pues anterior al proceso ya fue dicha, su objetivo es escuchar lo que el ofendido y procesado sienten y desean, para intentar o lograr llegar a un acuerdo entre las partes que evite el trámite del juicio, el desgaste físico y emocional que este implica y el tiempo que se utiliza en la búsqueda de una sentencia, que no siempre es lo deseado por la víctima y menos por el procesado a diferencia de lo que ocurre en un proceso penal.

e) Principio de Presunción de Inocencia: Hay autores que dicen que al ser la mediación un procedimiento que esta fuera del proceso ordinario va en contra del principio de inocencia, debido a que el procesado acepta el cometimiento del hecho delictivo y como consecuencia se declara culpable. Sin embargo el principio de inocencia consagra que *“Todo procesado es inocente hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”*⁷¹, por lo tanto, mientras no exista una sentencia que declare culpable al procesado, él seguirá siendo inocente, y si bien el procesado asume la responsabilidad sobre la comisión del hecho, en caso de no llegar a un acuerdo, su aceptación y lo que se ventilo en la mediación no podrá ser utilizada como prueba dentro del juicio ordinario. Adicionalmente, que la persona se responsabilice por el hecho delictivo e intente llegar a un acuerdo para arreglar la lesión sufrida, no quiere decir que se declare culpable, pues al ser la mediación un proceso que genera un encuentro voluntario entre las partes y un tercero imparcial llamado mediador, se concentra únicamente en buscar solución al problema con expectativas a futuro, por lo tanto no tiene como resultado final una sentencia que por autoridad del juez le declare culpable al procesado. En el acta de mediación se expone el acuerdo al que las partes han llegado, las condiciones, el tiempo y la forma en que se hará cumplir, pero no se indica quien fue el culpable ni cuál es la pena o el castigo.

⁷¹ **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 4.-** Presunción de Inocencia.- Todo procesado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable.

f) Principio de Oralidad: Art...(5.2).- Oralidad.- “En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral....”. El principio de Oralidad es aquel “*que permite al juzgador estar atento a sus gestos y movimientos, permitiendo inclusive la demostración corporal y el desenvolvimiento espacial, este contacto permite otorgar crédito o desconfianza a las partes, imposible en un juicio escrito*”⁷². El fin de la mediación no es buscar quien dice la verdad o quién miente, sino encontrar soluciones a futuro sin que exista la sana crítica por parte del mediador y el litigio de esclarecer los hechos. No puede existir una mediación que sea escrita, por naturaleza propia deberá desarrollarse de manera oral y las partes expondrán sus sentimientos, sus necesidades y con esto evitarán las miles de trabas que encierra el proceso penal, cumpliendo eficientemente con el principio de oralidad.

g) Principio de Celeridad: Art. 6.- Celeridad.- Para el trámite de los procesos penales y la práctica de los actos procesales son hábiles todos los días y horas; excepto en lo que se refiere a la interposición y fundamentación de recursos, en cuyo caso correrán solo los días hábiles.

Es el principio que se encarga de regir que el proceso siga su curso normal, sin trabas, engaños o actuaciones dolosas que pretendan retrasar el desarrollo del proceso. El principio de celeridad se basa en que se desarrolle un juicio y a su vez finalice oportunamente, es decir en un tiempo razonable sin dilaciones de ninguna causa. Como está la justicia actualmente, no podemos decir que se cumple fielmente este principio, y es debido a la falta de celeridad que existe el retraso de la administración de justicia. Con la Mediación lograríamos que se llegue a un acuerdo de una manera eficaz y oportuna en cuestión de tiempos, trámites y recursos. Con respecto a tiempos, podríamos estimar que máximo en tres semanas se encontraría ya resuelto el caso, lo que beneficiaría a todas las partes procesales en todo sentido.

⁷² FOLBERG JAY; TAILOR ALISON, *Mediación y Resolución de Conflictos sin Litigio*, pg. 400.

h) Principio de Economía Procesal: Es un principio que ayuda al descongestionamiento en la justicia, debido que con este principio los juicios que son de menor gravedad se pueden tramitar o resolver de una forma más sencilla, que ocupe menos tiempo, recursos y esfuerzo; por ejemplo, en el derecho civil existen los juicios de ínfima cuantía, en el derecho penal existe el procedimiento abreviado, procedimiento simplificado, la conversión y el acuerdo de reparación. La mediación es aplicada en su totalidad en el acuerdo de reparación y la conversión ya que se procede a utilizarla en juicios que no son graves ni comprometen el interés social y es con la ayuda de un tercero imparcial, pero en el procedimiento simplificado y abreviado, si bien no existe la intervención de un tercero mediador, el fiscal hará uso de las técnicas de negociación para llegar a un acuerdo que evite el proceso judicial y se obtenga una sentencia que beneficie al procesado en cuestión de benignidad, tiempos y recursos. Inclusive se podría decir que la mediación nace del principio de economía procesal en cuanto a cumplimiento y beneficios que otorga.

I) Principio de Imparcialidad del Juzgador: *“Este principio representa la condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa y también el presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de la imputación sobre la acusación”*⁷³. El principio rector de la mediación es la imparcialidad del mediador, si éste no es una persona imparcial, simplemente no se puede realizar la mediación. Los mediadores tienen una preparación formal para ser imparciales durante todo el proceso, muy diferente a los jueces que si el fiscal tiene un dictamen acusatorio impactante y el procesado una mala defensa, no actuarán con la debida imparcialidad que merece el caso.

j) Principio de Publicidad: es la posibilidad que tienen las partes para acceder al expediente dentro de cualquiera de las etapas del proceso y obtener información sobre las actuaciones de la contraparte, también implica que todo proceso es publico y de fácil acceso por las personas, salvo de delitos sexuales y seguridad del estado. Probablemente

⁷³ NADER KURI JORGE, *La Responsabilidad Penal del Juzgador*, pg. 63.

sea el único principio que no se adapta plenamente a la mediación, pues el desarrollo del proceso de mediación y todo lo que se ventila en él es totalmente confidencial y solo sabrá el procesado, la víctima y el mediador. Sin embargo, el acta que redacta el acuerdo al que llegaron las partes es pública y de fácil acceso tanto para las partes, como para la función judicial y la comunidad.

k) Principio de Igualdad de Oportunidades: *“Con este principio, se busca proteger a aquella persona que por su condición económica, física o mental, cultural o cualquier otra, se le impida estar en igualdad de condiciones y con ello, es el propósito y fin último, que su integridad personal pueda estar plenamente garantizada”*⁷⁴. Estamos dentro de un sistema que no opera completamente con la igualdad, los mejores abogados penales cobran altos costos por su defensa lo que no es accesible para una persona que “robo para comer”. Los defensores públicos muchas veces por la carga procesal que tienen no hacen una labor eficiente e instigan al procesado que se declare culpable. Con la mediación al sentar a las partes frente a frente en una mesa, les estamos otorgando la oportunidad de ser iguales, no existe persona que acuse y le humille o pida el máximo rigor de la pena, al contrario existe una persona que conduce de ser posible a una reconciliación y a exponer los sentimientos para generar un acuerdo que les otorgue los mismos derechos. Cuando existe una pena no existe retribución y menos igualdad de oportunidades pues quien lleva la peor parte es quien va a la cárcel cuyo castigo es más cruel que cualquier ataque a la propiedad o a indistintos bienes jurídicos de menor gravedad.

l) Principio de Contradicción: *“Es un principio que se lo mira desde dos ámbitos: El acusador lo aplica para oponerse a la admisión de pruebas ilegales; derecho y opción a examinar, confrontar y contra examinar a los testigos y declarantes y a oponerse a la admisión de un determinado órgano de prueba; A la defensa le permite sostener, rebatir, oponer y contradecir las pruebas y argumentaciones que proponga y sostenga el ente acusador, le otorga derecho a presentar sus órganos de prueba propios e*

⁷⁴ LEON PRADA VICTOR ONELSON, *El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, pg. 49.

idóneos, hasta oponerse a la realización del juicio por no prestar suficiente mérito para que una persona sea procesada y juzgada”⁷⁵. Es decir, este principio consagra el Derecho a la Defensa, en el que todas las actuaciones procesales deben ser conocidas por las partes, para que a su vez, éstas pueda oponerse o defenderse, lo que siempre ocasiona ira de las partes, sentimientos encontrados y malestar general que se intensifica conforme transcurre el tiempo, obteniendo como resultado que los participantes tengan posiciones rígidas y cerradas.

La mediación no cumple con el principio de contradicción, ya que en el desarrollo del proceso los participantes no entran en litigio ni se oponen, ni tienen que revertir la prueba, ni oponer o controvertir argumentos, más bien es un proceso que en lugar de generar una carga emocional litigiosa, conduce a diluir hostilidades y buscar una solución como más les convenga a través de un proceso estructurado. Al respecto, Ferrajoli manifiesta: *“que para que la contienda se desarrolle con lealtad e igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes: que la defensa este dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación y que se admita su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento, y en relación con cualquier acto probatorio”*⁷⁶. No podemos hablar de igualdad de condiciones cuando el procesado tiene al acusador particular, al fiscal, al juez y a la defensa del ofendido en su contra, son cuatro partes procesales contra dos, y menos aún cuando no tiene los recursos suficientes para el patrocinio de una buena defensa. Con la mediación todas las partes procesales siempre se encontraran en igualdad de condiciones, se elimina el litigio y por lo tanto la lucha de fuerzas y poderes.

m) Fundamentación de los Fallos: Es el principio que consagra el apego estricto a la norma legal el momento de redactar una sentencia. El Juez solo puede sentenciar con criterios formales de interpretación y aplicación del debido proceso, no puede hacerlo de una manera general tomando en cuenta detalles irrelevantes del caso, la sentencia tiene

⁷⁵ LEON PRADA VICTOR ONELSON, *El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, pg. 52-53.

⁷⁶ FERRAJOLI LUIGI, *Garantismo Penal*, pg. 69.

que ser específica y conforme el caso particular. En la mediación la fundamentación del acuerdo es motivada por las dos partes que son las protagonistas del conflicto, obviamente tiene que ser conforme a derecho, pero con el fin de satisfacer las necesidades de las partes, mas no de buscar condenar o absolver a alguien. El acuerdo tiene la misma validez que una sentencia ejecutoriada, la diferencia es que la motivación es totalmente voluntaria y en base a lo que las partes pueden dar y recibir.

3.5 Conflictos Penales Que Pueden ser Mediabiles Dentro del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano.

“Es el nuevo proceso penal una institución que permite resolver los conflictos y restablecer la concordia social y con ello, más el ánimo sancionatorio y privativo de derechos, establece la posibilidad de acudir a la justicia conciliatoria y restaurativa, mediante las indemnizaciones pertinentes a las víctimas que hayan sido lesionadas o afectadas por una conducta punible”⁷⁷.

En la actualidad dentro de nuestra legislación, la mediación como figura procesal no se encuentra tipificada en materia penal, sin embargo, el Código de Procedimiento Penal ya ha establecido diferentes tipos procesales que pueden ser sujetos de Mediación, siempre y cuando cumplan con las condiciones tipificadas que exige la conversión, El Acuerdo de Reparación, el Procedimiento Abreviado, el Procedimiento Simplificado, los delitos de acción privada y las contravenciones.

Sin las siguientes condiciones es imposible llegar a un proceso de mediación:

a) La mediación solo se puede aplicar en delitos cuyos bienes jurídicos afectados se encuentren “**disponibles**”, *“disponible es el bien jurídico que se ve afectado por un delito que deja de ser tal por el consentimiento de la víctima en la ejecución del hecho*

⁷⁷ LEON PRADA VICTOR ONELSON, *El ABC del Nuevo Sistema Acusatorio Penal*, pg. 56.

o que puede perdonarse por ella con posterioridad al mismo”⁷⁸, es decir, la mediación tendrá un éxito completo en bienes patrimoniales que pueden ser devueltos, reparados o compensados o en delitos culposos y lesiones leves que no causaron gran perjuicio o menoscabo en la integridad y derechos de las víctimas y pueden ser perdonados por ellas.

b) El delito que se tomara a consideración para un proceso de mediación, ya sea Conversión o Acuerdo reparatorio deberá tener una “**pena máxima de cinco años de prisión**”. Los tipos delictivos que son sancionados con pena privativa de libertad hasta cinco años se los llama también “pequeños delitos o crímenes menores”, debido a que la esencia del delito no ha causado mayor conmoción social ni perjuicios irreparables en la persona y pueden ser sujetos de un acuerdo o reparación en el daño causado. No podría llegar a mediación un caso de asesinato cuando hay una vida que se perdió, porque simplemente no hay manera de devolver la vida a una persona ni reparar el daño que sufre su familia y la sociedad. En el caso de Procedimientos Especiales se tomara en cuenta hasta cinco años de reclusión.

c) Al hacer uso de los procedimientos penales sujetos a mediación el acusado, procesado o imputado debe “**admitir la responsabilidad**” sobre el hecho delictivo. No se podría llegar a un acuerdo de reparación o conversión o alguno de los procedimientos especiales sin que el delincuente no haya aceptado y confirmado su responsabilidad absoluta de la comisión del hecho, ya que el someter a las partes a una mediación no quiere decir que se vaya a “litigar” sin formalidades o escapar de un juicio privadamente. Si bien la mediación no condena, el componente principal es hablar sobre lo ocurrido con objetivos a futuro y si el procesado evade la responsabilidad simplemente se la tendrá que probar o descargar dentro de un juicio ordinario.

d) En el proceso de Conversión y Acuerdo Reparatorio se tomara en cuenta la “**voluntad libre y espontánea del procesado y el ofendido**”, y en los procedimientos especiales la

⁷⁸ JORNADAS IBEROAMERICANAS, *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, pg. 195.

“**aceptación del imputado con el apoyo de su abogado**”, siendo indispensable actuar sin coerción de ninguna manera para empezar el proceso. No puede desarrollarse ningún proceso en el que la búsqueda de un acuerdo no sea con predisposición a buscar una solución de reparación, arreglo o composición del hecho delictivo ocurrido. Las partes deben actuar con total inclinación de aceptar lo que el procesado proponga y a su vez a cumplir con lo que el ofendido solicite, sin ningún tipo de presión, intimidación o amenaza.

e) Siempre para saber que tipo delictivo se puede mediar, se toma como fundamento las “**consecuencias del hecho**”, con respecto a la situación anterior al hecho delictivo y las posibles soluciones para reparar lo acontecido, por ejemplo: gastos hospitalarios, lucro cesante, periodo de incapacidad laboral, perdida económica del daño del bien, costo del robo y la cuantía del hecho. Si existen bienes jurídicos protegidos que son imposibles reparar o compensar, simplemente es imposible someter a mediación.

f) No podrá ser parte de un proceso de mediación una persona que ha incurrido en “**reincidencia**”. Y esto es lógico, porque no podemos arriesgarnos a simplificar el sistema penal para convertirlo en un medio de escape para pequeños delincuentes que amparándose en la mediación hagan de la delincuencia su modus vivendi con la esperanza de evitar ir a prisión si reparan el hecho.

g) El resultado de la Conversión o el Acuerdo Reparatorio no siempre podrá ser económico, también se podrá tomar en cuenta una de las “**Condiciones Art. 37 C.P.P.**”, siempre y cuando el ofendido haya aceptado libre y voluntariamente que el procesado puede rehabilitarse con apoyo a la comunidad en lugar de beneficiarle a él.

h) Todos los “**delitos de acción privada**” pueden someterse a mediación, debido que en este tipo de delitos no existe “oficialidad” por parte del Estado, es decir el ejercicio de la acción es desarrollado por un particular que impone la querella y no es el estado el que persigue al autor del hecho. Al dejar el ejercicio de la acción de manera privada, su persecución no es obligatoria como en los delitos de acción pública, quedando así a discrecionalidad del ofendido y ofreciéndole la oportunidad de renunciar a la persecución o a la pena. Sin embargo, como condición indispensable se tomará en

cuenta la voluntad de las partes y el acuerdo al que lleguen entre ellas. **Art .373.- Audiencia de Conciliación].-** Una vez que concluya el plazo para la presentación de prueba documental y anunciación de testigos, el Juez de Garantías Penales señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y procesado podrán buscar un “**amigable componedor**” para que busque la “**conciliación**” que ponga fin a su juicio. - Por lo tanto los delitos de acción privada podrán someterse a mediación y el “amigable componedor” recae en la figura del mediador y la “conciliación” en el proceso.

Al respecto, Vaca Andrade manifiesta que “*la intención del legislador es reunir al querellante y querellado, para que traten de superara las diferencias que hubieren surgido con motivo de la comisión de los hechos que se imputan al acusado como responsable, para quien se pide la aplicación de las penas previstas en la ley penal sustantiva, y posiblemente el pago de daños y perjuicios originados por el delito, que mas puede producir perjuicios mutuos antes que beneficios*”⁷⁹.

i) En el caso de los “**adolescentes infractores**” se puede mediar todo tipo de delito a excepción del asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultado de muerte cometido por menores de catorce años y los delitos sancionados con reclusión en adolescentes mayores de catorce años. **Código de la Niñez y Adolescencia.- art. 336.- Los Procuradores de Adolescentes Infractores dependientes del ministerio.-** “Existirán Procuradores de Adolescentes Infractores para la instrucción de los procesos en que aparezca comprometida la responsabilidad de un adolescente. Corresponde a los procuradores: 3. procurar la conciliación y decidir la remisión o proponer formas anticipadas de terminación del proceso, en los casos en que procedan...”

Código de la Niñez y Adolescencia.- art. 345.- Conciliación.- El Procurador podrá promover la conciliación siempre que la infracción perseguida no sea de aquellas que autorizan el internamiento preventivo.

⁷⁹ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II*, pg 282.

Para promover la conciliación se realizará una reunión con la presencia del adolescente, sus padres o representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado y la víctima, el Procurador expondrá la eventual acusación y oirá proposiciones. Y esto es lo más adecuado que se puede hacer dentro de una sociedad, debido a que los adolescentes son el futuro del país, por lo tanto, hay que evitar en lo posible que un adolescente entre en contacto directo con el crimen organizado, para que cuando recobre su libertad no salga con un título de PHD en delincuencia otorgado por la escuela estatal del crimen más conocida como cárcel.

j) Las Contravenciones “*son comportamientos de menor gravedad, que producen una alteración social mínima en un ámbito reducido de personas, generalmente, más próximas al infractor; y en su mayoría, son conductas peligrosas en las que no está presente el dolo o intención de irrogar daño en bienes jurídicos ajenos, individuales y colectivos*”⁸⁰. Cuando en nuestra sociedad o comunidad se conozca los casos de contravenciones en contra de la honra, propiedad o lesiones cometidas a las personas que no excedan de treinta días de curación, se puede desarrollar un proceso de mediación en el que se llegue a un acuerdo transaccional.

Art. 401.- Acuerdo Transaccional.- La juez o Juez podrá autorizar que el proceso, si lo hubiere, o la reclamación, en caso contrario, concluyan mediante transacción entre las partes o por desistimiento. Las multas a los que transijan se cobrarán por apremio real, por parte de la propia jueza o juez que autorizo la transacción. El acuerdo transaccional se hará constar en acta que será firmada por la jueza o juez, partes y el secretario.

k) No podrán ser sujetos de mediación aquellos delitos que tengan como pena privativa de libertad más de cinco años, aquellos que “*afecten seriamente los intereses del Estado*”, los delitos de “*lesa humanidad*”, los “*delitos sexuales*” de “*odio y de violencia intrafamiliar*”, por el simple hecho que no se puede reparar ni componer hechos que causen gran conmoción social, perjuicios irreparables, pérdida de vidas inocentes y daño

⁸⁰ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II*, pg 296.

psicológico que ni con todo el dinero del mundo se pueda volver las cosas su estado anterior.

I) Los tipos penales específicos que pueden ser sujeto de Mediación según el Código Penal, se encuentran establecidos en el (Anexo 1).

Con el uso de las posibilidades antes citadas que nos otorga el Código de Procedimiento Penal para el tratamiento de delitos menos graves, se está poniendo en práctica indirectamente el uso de la mediación y la negociación en los delitos de acción penal pública y privada. Ricardo Vaca Andrade indica *“que la experiencia demuestra que, en un elevado número de causas penales por estos delitos, una vez superada la ira, el enojo, el malestar, el disgusto o el deseo de devolver un mal por otro mal, la víctima del delito se serena u prefiere olvidar los agravios o las ofensas para mirar adelante con optimismo; y esto para no mencionar los casos en los que realmente lo que se busca a la postre, es la reparación de daños y perjuicios antes que la aplicación de las penas, relativamente cortas para estos delitos, previa la instauración de un proceso que ocasiona muchos gastos y produce muchas molestias”*⁸¹.

3.6 Momentos en los que se puede Mediar según el C.P.P Ecuatoriano

En nuestra legislación no se encuentra especificada la mediación como tal, no existe un procedimiento especial en el que diga en que momento procesal se puede hacer uso de la mediación, sin embargo los tipos procesales penales si especifican cuando es prudente y establecen el tratamiento y los plazos para poder cumplir con una mediación.

- En La Conversión, la mediación puede suceder desde el momento en que el Fiscal tiene conocimiento de la causa, durante la indagación previa, la instrucción Fiscal o inclusive hasta después que exista un dictamen acusatorio por parte de la Fiscalía en el que el Juez de Garantías Penales dicte auto de llamamiento a Juicio, pero no más de cinco días hasta que el Tribunal de Garantías penales avoque conocimiento de la causa.

⁸¹ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II*, pg 282.

Art. 37.- Conversión].- “... La conversión procederá hasta el término de cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa...”. Es decir, puede ser un tiempo de oportunidad de hasta cuatro meses, si se toma en cuenta los noventa días que dura como máximo la instrucción fiscal. Tiempo suficiente para que el impacto del hecho delictivo se reduzca e inclusive las partes ya han calmado sus ánimos y pueden conversar en mejores condiciones.

- En el Acuerdo de Reparación la mediación puede llevarse a cabo desde que el Fiscal tiene conocimiento del hecho delictivo hasta antes de la audiencia de Formulación de Cargos, debido a que el acuerdo entre las partes con la aprobación del fiscal debe presentarse durante la misma.

Art. ... (37.1).- Acuerdos de Reparación.- “...El procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentaran 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...”.

Es decir, máximo noventa días que dura la instrucción fiscal. Sin embargo en casos que después de haber pasado por la audiencia de formulación de cargos, si las partes deciden desarrollar una mediación en base al acuerdo reparatorio, tendrían hasta cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa.

Art. ... (37.1).- Acuerdos de Reparación.- “...acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa...”.

En delitos flagrantes sería casi inmediata la oportunidad que tienen las partes para participar en la mediación, lo que no ayudaría mucho debido a los sentimientos que tiene el ofendido. Sin embargo, el fiscal al solicitar treinta días para la finalización de la instrucción fiscal otorgaría a las partes ese tiempo para reflexionar y acogerse a la oportunidad de resolver el hecho delictivo por vías alternativas.

- En el Procedimiento Abreviado “***Art. 369.- Admisibilidad.-** Desde el inicio de la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia de juicio, se puede proponer la aplicación

del procedimiento abreviado...”. Es decir en delitos flagrantes sería máximo treinta días que tiene el fiscal para negociar sobre el procedimiento y cuando no es delito flagrante serían noventa días para presentar al Juez de Garantía Penales que apruebe o rechace y la solicitud y a su vez el Tribunal de Garantías Penales sentencie, tiempo necesario para que el procesado tenga conocimiento de los beneficios que tendrá y para que el Fiscal aporte sus conocimientos de negociación y obtener información relevante que evite el gasto de tiempo, recursos y procesos.

- En el Procedimiento Simplificado el Fiscal puede negociar con el imputado desde que se inicia la Instrucción Fiscal, hasta antes de la audiencia preparatoria de Juicio, una vez que llega a un acuerdo con el imputado, le corresponde al Fiscal mediar con el Juez de Garantías Penales a que acepte y a su vez envíe al Tribunal de Garantías Penales el que se encargara de aprobar o negar el procedimiento especial.

***Art. ...(370.1).- Procedimiento Simplificado.-** “...Hasta antes de la audiencia preparatoria de juicio, en los casos en que se trate de delitos sancionados con una pena máxima de cinco años de privación de libertad y que no implique vulneración o perjuicio a intereses del Estado. El fiscal y el procesado tendrán noventa días para negociar el procedimiento y en los casos de delitos flagrantes treinta días. Sin embargo si luego de la audiencia de juicio el procesado acepta voluntariamente someterse a este proceso, podrá hacerlo solo hasta antes que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa.

- En los delitos de acción privada el Código de Procedimiento penal al otorgar la oportunidad que un “*amigable componedor*” pueda mediar, y arreglar el conflicto, se puede realizar una mediación desde que recibe la citación el querellado hasta que la contesta, que son diez días y hasta seis días más que dura la presentación de pruebas, siendo un total de dieciséis días de posibilidad para llegar a un acuerdo.

- En los delitos cometidos por adolescentes infractores el Fiscal o Procurador de Adolescentes Infractores una vez que recibe la denuncia puede solicitar la conciliación o mediación y el tiempo máximo para desarrollarla será de cuarenta y cinco días hasta que se solicite la audiencia preliminar y presentar el acuerdo al Juez de la Niñez y

Adolescencia. Sin embargo, si el Fiscal no llega a un acuerdo conciliatorio, podrá insistir el Juez de la Niñez y Adolescencia durante la audiencia preliminar, desde luego sin coartar la voluntad ni los derechos del adolescente infractor. En caso de llegar el Juez a un acuerdo, se presentará en audiencia preliminar.

- En las contravenciones por lesiones que no superen los treinta días de recuperación, ataques a la propiedad y honra de las personas, se puede desarrollar una mediación desde el momento en que el juez tiene conocimiento de la contravención, hasta la fecha en que el mismo ponga el día y hora de la audiencia, lo que es relativo y queda a discrecionalidad y tiempo del juez. Una vez que el acusado recibe la citación tiene veinticuatro horas para ponerse en contacto con el ofendido y negociar sobre un acuerdo. Si el proceso requiere de término de prueba se concederán seis días para la misma, lo que en total las partes tendrían un tiempo de ocho días para llegar a un acuerdo.

Como podemos ver, el Código de Procedimiento Penal y el Código de la Niñez y Adolescencia ya otorga oportunidades de llegar a un acuerdo satisfactorio, con la voluntad de las partes, ahora queda a disposición del Fiscal o las partes para seguir un proceso alternativo y beneficioso en el que el Estado solo intervendría para validar que sea conforme a derecho y otorgar fuerza ejecutoria al proceso realizado por las partes. La mediación concluye el proceso oportunamente y evita recurrir a un juicio penal evitando todo el desgaste psíquico, psicológico, económico y en tiempo que ello conlleva.

CAPITULO IV

El Uso de la Mediación en el Tratamiento del Delito

4.1 La Mediación y el Principio de Oportunidad

Por principio de oportunidad cabe entender con Gimeno Sendra a “la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”⁸².

Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero señala es siguiente concepto: “*El principio de Oportunidad será aquel conforme el cual el fiscal o el órgano jurisdiccional gozan de cierto tipo de facultades discrecionales, o de otro tipo, que les son atribuidas por la ley y en virtud de las cuales pueden dejar de cumplir todas o algunas de sus obligaciones relativas a la investigación del hecho supuestamente delictivo, al ejercicio de la acción penal y al desarrollo del proceso conforme normas vigentes*”⁸³.

El principio de oportunidad se puede entender desde dos clasificaciones:

La oportunidad como regla: El sistema de enjuiciamiento penal estadounidense desconoce por completo el principio de legalidad. En él, la oportunidad constituye la regla sobre la cual descansa todo el funcionamiento del sistema. Las facultades discrecionales del Ministerio Público son de una importancia tal, que es el fiscal quien domina por completo el procedimiento. Estas facultades permiten que el fiscal desista de la acusación y también cubre un amplio espectro de actos intermedios como es la

⁸² RUIZ VADILLO ENRIQUE, *La Reforma del Proceso Penal*, pg. 357.

⁸³ HERRERA GUERRERO MERCEDES ROSEMARIE, *La Justicia Penal Negociada-Un Análisis Comparativo Entre Los Procesos Español y Peruano*, pg. 37.

potestad del fiscal de plantear una reducción en los cargos sobre los cuales se ha basado la acusación.

La oportunidad como excepción: Este es el sistema adoptado por la Ordenanza Procesal Penal Alemana, que consagra como regla el principio de legalidad, constituyendo la aplicación de criterios de oportunidad como un supuesto de excepción a este principio general. En este sistema los poderes discrecionales del ministerio público se circunscriben a la posibilidad de renunciar a la persecución penal, no promoviendo la acción correspondiente o desistiendo de su ejercicio cuando esto es lo permitido si hubiera sido promovida. Nuestra legislación pertenece a este sistema en el Código de Procedimiento Penal.

Art. ...(39.3).- Oportunidad.- El Fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

1.- El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

2.- En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposos los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad

Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

Recurriendo a Derecho Penal Comparado se puede claramente observar que el principio de oportunidad es de uso común en los países Desarrollados, *“De acuerdo con sólidas fuentes documentales del Consejo de Europa y de la Unión Europea puede indicarse que existe en Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Suecia, Reino Unido, Hungría,*

Polonia, Rusia y otros”⁸⁴, en su recorrido a nivel mundial “*El principio de oportunidad esta en boga dentro del sistema judicial penal del Common Law que es una de las grandes familias de la tradición jurídica occidental*”⁸⁵, sin embargo, a pesar que se encuentra ya establecido en nuestra legislación su uso aún no es muy común, puede ser debido las pésimas condiciones actuales de la justicia, a la poca o ninguna preparación por parte de los Fiscales para este proceso y a la falta de costumbre de su uso.

En base a las reformas del año 2009 de nuestro Código de Procedimiento Penal, el principio de oportunidad es aquel recurso que tiene la Fiscalía para ciertos tipos de delitos que se encuentran perfectamente tipificados ya en nuestra legislación, mediante los cuales se agilizaría los procedimientos penales, se llegarían acuerdos satisfactorios para las partes, se descongestionarían los juzgados y como consecuencia se reduciría la población carcelaria. Como su nombre lo dice, es una oportunidad que tiene el Delincuente y la Fiscalía para casos concretos, haciendo hincapié en utilizar al Derecho Penal que como la “*ultima ratio*”, conforme el Principio de Mínima Intervención Penal, apoyado en los derechos Humanos de las partes procesales y que se encuentran perfectamente establecidos en nuestra Constitución, por lo tanto no puede el Derecho Penal dejarlos a un lado y por medio del principio de oportunidad se reducen las medidas coercitivas a fin de encontrar métodos más efectivos que la pena y la prisión, que como vemos con el pasar del tiempo no tiene efectos correctivos ni preventivos.

El Principio de Oportunidad es una alternativa diferente al Proceso Penal que cumple plenamente con el principio de Economía Procesal, Celeridad, imparcialidad e igualdad entre las partes. También puede ser una solución rápida y eficiente a determinados tipos delictivos en los cuales el Fiscal relacionará todos los principios anteriores en nombre de una eficiente administración de la Justicia. Al ser un procedimiento que ahorra tiempo, dinero e incertidumbres al Estado y a las partes, el Fiscal debe estar perfectamente

⁸⁴ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, *La Modernización de la Justicia en España*, pg. 222.

⁸⁵ TINOCO PASTRANA ANGEL, *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, pag. 13.

instruido y preparado para saber cómo y cuándo utilizarlo, cuando saber quién es el más débil del proceso y cuáles son los beneficios que se obtendrán en el futuro.

En nuestra legislación el Principio de Oportunidad se lo puede utilizar solo en aquellos casos que a pesar de existir un hecho delictivo, éste no altere gravemente el interés público, y cuya pena máxima sea de cinco años, por lo general su uso es en pequeños crímenes, aquellos que son el resultado de las deficiencias sociales, o aquellos delitos cometidos como resultado de una contraposición de derechos, como por ejemplo aquel ladrón novato que roba porque no tenía nada para darles de comer a sus hijos.

También se usa el Principio de Oportunidad en aquellos casos que como consecuencia del hecho delictivo o por diferentes circunstancias el infractor ha quedado por ejemplo con cuadriplejía, hemiplejía por infartos cerebrales, amputaciones de sus extremidades superiores o inferiores, ceguera, alienación mental (incapacidad para comprender lo lícito o ilícito de las acciones propias o ajenas)⁸⁶ o padecimiento de psicopatías (Trastorno psíquico caracterizado por deficiencia de control de las emociones e impulsos, impulsividad, insuficiencia de adaptación a las normas morales o sociales, asociabilidad y tendencia a la actuación y conductas antisociales)⁸⁶, casos en los que la pena sería desproporcionada con relación a la infracción.

También se utiliza el principio de oportunidad en los delitos culposos hacia su pareja, cónyuge, padres, hijos, nietos y abuelos en los que basta con la acusación moral por parte de la familia, la responsabilidad por el dolor causado a sus descendientes y ascendientes, la marginación familiar que sufre el reo e inclusive la estigmatización de la sociedad como para generar el padecimiento de dolores morales y espirituales que sufriría en los Centros de Rehabilitación y que en definitiva son de difícil recuperación en el futuro.

Al respecto, Vaca Andrade explica que el uso del Principio de Oportunidad es sobre todo en aquellas conductas delictivas que no producen gran alarma colectiva porque no

⁸⁶ HERNAN SILVA SILVA, *Medicina Legal y Psiquiatría Forense Tomo II*, pag. 31.

afectan mayormente al conglomerado social sino tan solo a los particulares directamente ofendidos. Además, no ha escapado a la reflexión del legislador la necesidad de que en muchos casos se preserven, por sobre la pretensión punitiva oficial, otros intereses individuales, familiares, o sociales, o consideraciones de variada especie, que, debidamente valorados, pueden tener más significación que el simple hecho de imponer una pena como culminación de la divulgación escandalosa de los hechos que necesariamente se da cuando se instaura un proceso penal que es de carácter público⁸⁷.

Como consecuencia, para hacer uso del Principio de Oportunidad, se debe siempre tomar en cuenta la persona que es ingresada al centro de rehabilitación o que se encuentra con acusación particular, como es su vida, situación actual medica, relación con el ofendido y las posibles circunstancias que generaron el hecho. Luego se analiza la gravedad del delito, las consecuencias del hecho delictivo hacia su persona y hacia el ofendido, para establecer la retribución de la pena que le correspondería en un proceso ordinario o la redundancia de la pena en caso que el mismo resultado del hecho sea ya catastrófico. Finalmente se analizará los beneficios que obtendrán las partes procesales y la predisposición que tiene el ofendido para aceptar la decisión del Fiscal.

Nicolas Rodriguez Garcia recomienda: *“no se debe acudir a las manifestaciones del principio de oportunidad como la panacea que va a resolver todos los problemas de la justicia, porque el proceso además de ser rápido tiene que ser justo, y revertido de las suficientes garantía”*⁸⁸. La Fiscalía tiene la plena discrecionalidad para discernir entre lo que es o no justo en base a los resultados investigativos de la indagación previa o incluso la instrucción fiscal. Para esto es importante que los jueces y fiscales sepan lo que realmente hace la prisión, si es de verdad necesaria y de qué manera puede o no ayudar en el tratamiento del delito, pues todos sabemos que una persona que va a la cárcel en lugar de salir reformado, sale con un título de maestría en delincuencia.

⁸⁷ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*, pg. 228

⁸⁸ GARCIA RODRIGUEZ NICOLAS, *La Justicia Penal Negociada*, pg. 298.

Con respecto al trámite, el Código de Procedimiento Penal por su parte, indica que para el desarrollo de este procedimiento el fiscal toma la iniciativa y las partes demuestran que cumplen con los requisitos legales exigidos, entonces solicita la aceptación por parte del Juez de Garantías Penales. Ahora bien, se entiende que el fiscal ya habrá analizado exhaustivamente con anterioridad la situación del caso y concluya que cumple plenamente con los requisitos, solicitará al Juez de Garantías Penales que lo apruebe, para de esta manera evitar caer en el error de la burocracia injustificada obteniendo la negación del recurso y que se cambie la competencia a un nuevo fiscal para que lo investigue y empezar nuevamente desde cero.

Si el proceso cumple con todos los requisitos y el Juez de Garantías Penales no esta de acuerdo, enviara a consulta con el Fiscal Provincial, para que en el plazo de diez días se pronuncie sobre la decisión, si el resultado es la ratificación de abstenerse de acusar se remitirá lo actuado al Juez de Garantías Penales para que declare extinta la acción penal y todas las consecuencias derivadas del hecho, es decir se declara que no ha existido delito y por lo tanto no hay sentencia condenatoria hacia el delincuente. En cuanto al ofendido, será comunicado sobre la decisión de la Fiscalía de abstenerse de acusar sobre el hecho delictivo, se le comunicará las razones legales y jurídicas de tal decisión y el ofendido tendrá la libertad de asistir o no a la audiencia y de perseguir por la vía civil la reparación o el pago de indemnización por el acontecimiento ilícito.⁸⁹

El principio de oportunidad pertenece y se usa tanto al Derecho Penal Sustantivo, como al Derecho Procesal penal, y según la voluntad del querellante en los delitos de acción privada. No es nuevo, tanto que se lo ha utilizado desde hace algunos años en nuestra legislación sin especificarlo como principio de oportunidad, pero que en definitiva se sigue el mismo procedimiento, lo que demostraré en los siguientes ejemplos:

Art. 98 Código Penal.- Extinción de la acción penal por amnistía, remisión.-

“...La acción penal se extingue por amnistía, o por remisión de la parte ofendida

⁸⁹ Código de Procedimiento Penal, Art. ... (34.9).- Trámite.

en los delitos de acción privada...”; **“Art. 99.- Efectos extintivos de la amnistía.-** La amnistía no solo hará cesar la acción penal sino también la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones civiles” que puede ser equiparada a una reparación del daño.

Art. 100.- Indulto “...la pena se extingue también por declaración de la cámara del Senado,”

Art. 113 Código Penal.- Cesación de pena por perdón de injurias.- “...Por el perdón de la parte ofendida cesa la pena al tratarse de injuria calumniosa y no calumniosa grave...”

Suele entenderse por amnistía un acto del poder soberano que cubre con el velo del olvido de las infracciones penales de cierta clase (delitos políticos o contra el estado), dando por terminados los procesos comenzados, declarando que no deben iniciarse los pendientes, o bien declarando automáticamente cumplidas las condenas pronunciadas o en vías de cumplimiento. El indulto es una supresión o disminución de penas, ya por encontrar excesivo el castigo legal, ya ante la personalidad del delincuente y las circunstancias del caso, como por generosidad tradicional o excepcional del poder público, a decir de CABANELLAS⁹⁰. La amnistía extingue la acción penal y la concede la Asamblea por delitos políticos o contra el Estado y el indulto suprime o perdona la pena y lo concede el Presidente por delitos comunes. Estos son dos grandes ejemplos que indican que el Principio de Oportunidad no solo se ha utilizado en el órgano Judicial, sino también lo aprueba el Legislativo y el Ejecutivo por su importancia y trascendencia, por lo tanto, la administración de justicia aplicable a todos los miembros de una sociedad, no puede dejar atrás la efectividad de su uso.

Existen autores que indican que el principio de oportunidad va en contra del principio de legalidad que rige nuestra legislación. El principio de legalidad basado en el axioma “Nullun Crime, Nulla poena, sine lege”, que significa que para que una persona pueda

⁹⁰ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*, pg. 239-240.

ser sancionada penalmente debe preexistir la pena y el delito en la Ley, lo que faculta al Estado para que en cuanto sepa de la comisión de un delito reaccione buscando al responsable del hecho para sancionarlo con el rigor de la pena mediante la acción penal. Sin embargo, en nuestra legislación dentro de las funciones de la fiscalía que tiene la competencia de perseguir al delincuente conforme el principio de legalidad, también se encuentra la obligación de presentar las pruebas de descargo y no solo las de cargo. Hemos llevado el principio de legalidad y su método durante siglos y lo único que hemos conseguido es congestiónamiento en los juzgados penales, caos en los Centros de Rehabilitación Social y reincidencia y aumento del crimen en la sociedad conforme pasan los años.

Art. 33.- Ejercicio.- El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente a la fiscal o el fiscal.

Art. 65.- Funciones de la Fiscalía.- Corresponde a la fiscal o el fiscal el ejercicio de la acción pública en los delitos de acción pública.

Además la fiscal o el fiscal intervendrán como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.

Es obligación de la fiscal o el fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

Los detractores del principio de oportunidad opinan que solo con el principio de legalidad se puede cumplir con el fin sancionador del Derecho Penal, que busca que el orden jurídico afectado por el delito pueda restablecerse al igual que el fin preventivo de la pena y la igualdad de derechos de las partes. Sin embargo, la realidad ha demostrado durante todos estos años que un sistema de justicia penal no puede encargarse de todos los delitos cometidos y menos aún cuando la cifra delictiva sigue creciendo cada vez más. La solución no está en seguir incrementando personal a las judicaturas, a la fiscalía y seguir abarrotando las cárceles, sino en utilizar el principio de oportunidad que ya se encuentra establecido en nuestra legislación, para que con la ayuda de equipo especializado de mediadores analicen cada una de las denuncias presentadas y soliciten

al juez o Fiscal las posibilidades de llevar a cabo según el caso un procedimiento rápido y eficaz, escapando de la judicialización extrema y reduciéndole al juez la carga procesal para que en los delitos que sean susceptibles, se encargue únicamente de aprobar y revisar que el acuerdo sea retributivo y conforme a derecho de las dos partes.

El principio de legalidad se basa en el desconocimiento de la realidad que vive el procesado y las necesidades de la víctima. La ley habla siempre de resarcimiento material, pero las primeras experiencias en varios países llevan a demostrar que las víctimas no las mueve exclusivamente ese resarcimiento sino la necesidad de comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado y las huellas de ese conflicto y esto se lograría solo con el uso del principio de oportunidad.

4.2 Artículo 36 del Código de Procedimiento Penal (La Conversión).

“Esta posibilidad opera como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal, en virtud del cual la persecución penal le corresponde por naturaleza al Estado. En estos casos, el Estado permite que el particular tome el lugar del Ministerio Público (Fiscalía) y formule la acusación ante el tribunal competente, lo que ciertamente constituye un instituto que revitaliza la posición de la víctima dentro del proceso penal”⁹¹.

En nuestra legislación se encuentra establecido en el Código de Procedimiento Penal y tipificado de la siguiente manera:

Art. 37.- [Conversión].- Las acciones por delitos de 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.

⁹¹ ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA, *El Derecho Procesal Penal*, pg. 91.

El momento en que la acción pasa de ser pública a privada la víctima y el ofendido toman parte protagónica o principal dentro del proceso, son las dos partes afectadas directamente los que deciden como van a resolver el hecho delictivo, por supuesto con ayuda de un tercero imparcial, tomando en cuenta el **Art. 373 del Código de Procedimiento Penal**: *“el querellante y procesado podrán buscar un amigable componedor para que busque la conciliación que ponga fin al juicio”*, en consecuencia, podrá intervenir un mediador para buscar una solución conjuntamente con las partes a través del dialogo y la comunicación que logré arreglar las consecuencias del “pequeño crimen”, con esta opción la Fiscalía tendrá más tiempo para resolver los casos realmente graves y serán las partes las que resuelvan los “delitos menores” cumpliendo con el principio de celeridad, oportunidad y economía procesal.

El transformar un delito de acción pública en acción privada, hace que se evite todo el tiempo que demora un proceso judicial ordinario de acción pública, se evita los 90 días de Instrucción Fiscal, el tiempo de presentación de pruebas, la Audiencia de Formulación de Cargos y el Auto de llamamiento a juicio, para seguir un proceso rápido y sencillo que inclusive puede culminar en una sola sesión. Una vez que el ofendido ha decidido ahorrar tiempo, esfuerzo y dinero en la búsqueda de la solución, con el patrocinio de su abogado solicitarán al Juez de Garantías penales la conversión y si lo autoriza, el proceso será inmediatamente de acción privada. Si las partes deciden someterlo a mediación el acuerdo al que lleguen que puede ser económico, comunitario o del simple perdón se presentará al Juez de Garantías Penales que era competente en el proceso de acción pública para que lo autorice. Si el caso es resuelto por mediación, se seguirá una sola audiencia, en la que se presentarán las pruebas y los argumentos correspondientes a los sujetos procesales, se levantarán las medidas cautelares existentes y el Juez será quien decida y sentencie al final de la audiencia⁹².

Para Ricardo Vaca Andrade mediante la conversión, *“un proceso penal que podría ser largo y complicado puede ser sometido al trámite más simple de la acción privada, que*

⁹² CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 37.- Conversión.

es mucho más simple porque sólo lo sustancia y lo resuelve el Juez Penal sin necesidad que llegue al Tribunal Penal, y en él no tiene intervención alguna el Fiscal, salvo la inicial que podría darse como parte de su actuación preprocesal e investigativa”⁹³, lo que evidentemente cumple con el objetivo de descongestionar las Fiscalías, Juzgados y Tribunales Penales y a su vez poder brindar un servicio eficiente a la sociedad para poder devolver la confianza de las personas en el sistema judicial.

Debido a que no existe un equipo especializado que se encargue del patrocinio de estos procesos, es importante que la autoridad Fiscal este profesionalmente preparada sobre el procedimiento, para que en base a un análisis del caso, sea quien recomiende a las partes la posibilidad de desarrollar y finalizar el caso por la vía de la conversión. Actualmente, el procedimiento de conversión no es conocido por los sujetos procesales ni por la comunidad y menos aún los resultados positivos que benefician a la sociedad con el desarrollo reiterado del mismo, tal vez su uso sería frecuente si el Estado se encargara de generar y a la vez patrocinar una política procesal que llegue a conocimiento de las personas con la suficiente información de lo que significa la conversión y los beneficios que se obtiene en cuanto a reducción de tiempos procesales y descongestionamiento del sistema carcelario y judicial, logrando consagrar al país como un estado de derecho con justicia eficiente y oportuna.

Alfonzo Zambrano Pasquel indica que *“El actual nivel de conciliación es muy bajo. En cinco años se debería aspirar a que por lo menos el 20 % de los casos ingresados se hayan podido conciliar, dentro de las autorizaciones legales. Este es un rubro nuevo poco discutido y menos aplicado. Esto ocurre porque los abogados hemos sido entrenados en una “cultura del litigio” y pretendemos solucionar todos los problemas acudiendo a las instancias judiciales -en este caso las penales- que las mas de las veces, ninguna satisfacción real producen, pues los acuerdos reparatorios no se promueven y se sigue alimentando la idea de llegar “hasta las últimas consecuencias”. Cuantos*

⁹³ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal*, pg. 225-226

problemas -incluso penales- se superarían si frente a delitos de resultado material se pudiese resarcir o compensar el daño causado!”⁹⁴

Art. 37.- No cabe la conversión:

Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social;

- 1) Cuando se trate de delitos contra administración pública o que afectan los intereses del Estado;
- 2) Cuando se trate de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio;
- 3) Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; o
- 4) Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión.

4.2 Artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (El Acuerdo de Reparación).

Roxin Claus en su libro Teoría General del delito habla sobre la reparación como una tercera vía en el Derecho penal y explica que: *““hay motivos convincentes que hablan a favor de un amplia inclusión de la reparación del daño en el Derecho Penal. Pues con ello se sirve más a los intereses de las víctimas que con una pena privativa de libertad o de multa, que a menudo realmente frustran una reparación del daño por el autor”⁹⁵*. Cuando las personas intervienen en un juicio penal llegan con la expectativa que se haga justicia con ellos y al final del juicio solo encuentran una sensación que no es para nada satisfactoria, algunos dicen que no se hizo justicia, que el juez estuvo comprado, que el Fiscal era inepto, sin que nadie se dedique a investigar o analizar la razón del vacío del ofendido a excepción del estudio e investigación que durante muchos años lo ha realizado Roxin Claus, y concluye que: *“investigaciones empíricas han demostrado que tanto el lesionado como la comunidad otorgan nulo o escaso valor a un castigo*

⁹⁴ www.alfonsozambrano.com/libros/estudio_introductorio.doc , pg 31.

⁹⁵ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General TOMO I*, pg. 108.

*adicional del autor ante una la reparación del daño en la forma de una composición autor-víctima, en casos de pequeña o mediana criminalidad. De ahí que, en casos que actualmente se castigan con una pequeña pena de multa se podrían prescindir de la pena cuando se produce un reparación total del daño”*⁹⁶.

Es por esta razón que en diferentes legislaciones del mundo, sobre todo en los países anglosajones y en EEUU la reparación es imprescindible dentro del Derecho Penal, por ser considerada una opción que se desarrolla en el presente, tomando las acciones pasadas para resolverlas con proyección hacia el futuro, pues su objetivo principal es que la víctima del hecho delictivo obtenga por medio de la justicia una reparación de lo acontecido, el delincuente tome conciencia sobre su actuación ilícita y con la debida responsabilidad busque la forma real de componer el daño causado, sin tener que recurrir a un proceso nuevo por la vía civil, lo que según estudios de investigación confirman que es el mejor método para reducir la reincidencia en los delincuentes.

Ante esto, Roxin Claus insiste en que *“la reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima”*. De esta manera se cumpliría el fin de la pena en el sentido de la retribución hacia la víctima y hacia el autor del delito, pero una retribución satisfactoria en la que una vez que el delincuente cumple con la “sanción-reparación” puede ser reincorporado a la sociedad y rehabilitado de una manera efectiva.

Con la reparación se cumplirían todo los Fines del Derecho Penal, como indica claramente Roxin Claus *“la reparación es la mejor manera de cumplirlo ya que un proceso de reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima, y de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora, al ofrecer una*

⁹⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General TOMO I*, pg. 109.

contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independiente de un castigo- la perturbación social originada por el delito”⁹⁷.

El acuerdo de reparación se fundamenta en la justicia restaurativa o reparatoria que se concentra en las necesidades que surgieron de la víctima luego de la comisión del hecho delictivo, ya no de una manera punitiva o retributiva con la imposición de la pena hacia el delincuente, que en definitiva no retribuía a la víctima como una respuesta válida y oportuna sobre las consecuencias originadas por el hecho. También se justifica como un mecanismo de descongestión del sistema penal ya que el principio de oportunidad lo que hace es indirectamente brindar la posibilidad de resolver los conflictos penales por vías más informales que no generan costos de tiempo, esfuerzo y recursos como lo hace el juicio ordinario.

Dentro de nuestro sistema jurídico es una opción legal y procesal que desde la reforma del año 2009 del Código de Procedimiento Penal otorga la opción para que el procesado y el ofendido por sí mismo, por parte de su procurador judicial o por intermedio de un mediador, conversen, expongan criterios, o negocien el hecho ocurrido y las posibilidades de convenir en un acuerdo de forma libre y voluntaria que pueda reparar las consecuencias del hecho delictivo. El acuerdo de reparación es una vía alternativa al proceso punitivo, que se concentra más en la reparación del daño ocasionado por el delito hacia la víctima. Su mayor formalidad es ir acompañado del convenio voluntario al que han llegado las partes procesales, el cual especifique y comprometa a una reparación del delito, la misma que puede ser simbólica, material, económica (consistente en el pago por perjuicios resultantes del hecho), la devolución de la cosa robada, la reiteración de las injurias, o cualquier forma que logre satisfacer a las partes, que inclusive puede ser una simple disculpa y reconciliación.

⁹⁷ CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General TOMO I*, pg. 108.

Alfonzo Zambrano Pasquel señala que La búsqueda de acuerdos de reparación responde a la necesidad de escuchar a las partes afectadas (víctimas u ofendidos) para conocer qué es lo que realmente pretenden o les satisface. El argumento de la *oficialidad y obligatoriedad* de la acción penal y de su ejercicio no se puede seguir sosteniendo *sin excepción alguna*. Recordemos que el Estado le expropia a la víctima el derecho a la reclamación, pero no tenemos evidencia empírica alguna de que en los sistema penales de la periferia el Estado resarza a la víctima u ofendido por el perjuicio recibido, antes por el contrario, se olvida de la víctima y ni siquiera la escucha para saber qué es lo que la víctima quiere, o de qué manera se considera reivindicada patrimonial o moralmente. De pronto no le interesa en absoluto que una persona que la ofendió vaya a la cárcel o sea sancionada con una pena de multa o de inhabilitación, sino que busca una reparación o resarcimiento que no siempre es económico⁹⁸.

En nuestra legislación el Código de procedimiento Penal no especifica claramente cómo debe realizarse el acuerdo de reparación en razón de posibles cláusulas, opciones o fundamentos, lo que deja la puerta abierta para que pueda hacerlo mediante procesos de resolución alternativa de conflictos como lo es la mediación, siempre y cuando se tome en cuenta el obligatorio cumplimiento de siguientes condiciones:

Art. ...(37.1) Acuerdo de Reparación.- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según 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.

Las características principales del acuerdo de reparación son las siguientes:

⁹⁸ www.alfonsozambrano.com/libros/estudio_introductorio.doc, pg 37.

- a) Cabe solo en los delitos que se puede aplicar la conversión es decir, delitos que no comprometan de manera seria el interés social y del estado, ni delitos contra la administración pública. No se puede utilizar en delitos sexuales, de odio, violencia intrafamiliar o de lesa humanidad, ni en delitos cuya pena máxima sea mayor a cinco años de prisión.
- b) Es un convenio entre ofendido y procesado de forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de sus derechos, en el que se pacta una forma de reparar el hecho delictivo, sin que exista ningún tipo de presión por parte del ofendido y con la promesa de responsabilidad y resarcimiento por parte del procesado, observando en todo momento la debida protección de los derechos de las partes. Se lo redacta a escrito con las debidas formalidades, cláusulas pactadas y los tiempos para su cumplimiento.
- c) El proceso del acuerdo es rápido y eficaz, se lo aprueba en audiencia pública, oral y contradictoria ante el Juez de Garantías Penales y con la presencia obligatoria del fiscal, el procesado, el ofendido y sus respectivos abogados.
- d) La resolución que aprueba el acuerdo de reparación tendrá la misma fuerza ejecutoriada que una sentencia de juicio ordinario, con la que se procederá al archivo temporal de la causa hasta que el juez conozca el cumplimiento íntegro del acuerdo para poder archivarlo definitivamente.
- e) En caso de incumplimiento del acuerdo por parte del procesado, el ofendido puede obligar al procesado por la vía judicial que lo cumpla o simplemente hacer que se continúe con la acción penal.

Para poder llegar a un acuerdo de reparación la Fiscalía debería contar con personas preparadas que puedan mediar el conflicto y lograr la satisfacción de las partes, en busca de una justicia más oportuna y eficiente, que restablezca las relaciones sociales, evite la reincidencia y genere una cultura de responsabilidad ante los hechos ilícitos cometidos. Francisco Benarte Ochoa indica que *“Un modelo de restauración, permite mejorar las relaciones entre los actores del conflicto comunitario –víctima(s) y ofensores(s)-, y donde la comunidad asume los papeles de garante, facilitador, reincorporador y*

recomponedor de las partes”⁹⁹. Actualmente es el Fiscal quien decide, analiza y sugiere que se lleve a cabo un acuerdo de reparación según la gravedad del caso, lo que no es correcto ya que jamás el Fiscal podrá ser mediador, porque no es tercero y menos imparcial.

Hay que recordar que no todos los delitos son denunciados porque las personas no creen que la justicia existe y que pueden acceder a ella, la mayor parte de ilícitos son robos de menor cuantía, hurto, abigeato, delitos de acción privada, etc., que no son denunciados por evitar todo lo que implica un juicio ordinario. Sin embargo, si la sociedad conociera la posibilidad de reparación o restitución del bien jurídico lesionado por medio de un procedimiento que evita un juicio y tiene la misma validez legal, se incrementaría la posibilidad que las personas vayan en busca de lo suyo y se denuncien todos los delitos. Por eso, es preciso reconocer que un sistema penal a la altura de los tiempos que corren, para lograr esto se tiene que observar y preocuparse de tres elementos que dentro de un estado social de derecho son de gran importancia: autor, víctima y comunidad los únicos protagonistas para lograr la paz social.

Es en este avance actual de la sociedad que se acepta la reparación como un modo alternativo a la pena con el objetivo de lograr la solución del conflicto y de ser posible restablecer las relaciones sociales que han sido afectadas por el delito. En gran medida es por eso que la idea de reparación a las víctimas se ha ido extendiendo internacionalmente dentro del Derecho Penal, tanto al incluirse como sanción o junto a ella; como con el objeto de hacer retroceder al Derecho penal a través la conciliación víctima- delincuente, en una etapa prejudicial.

4.3 Suspensión Condicional del Procedimiento

Es una variable más de los procedimientos alternativos de resolución de delitos penales que se obtiene por medio de una negociación directa entre Fiscal y Procesado, sin inmiscuir de manera directa al ofendido, evitando que se enfrente nuevamente con el

⁹⁹ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, Pg.313.

delincuente. Es un proceso cuya finalidad es resolver el ilícito de una manera rápida y eficiente para evitar el desarrollo de un juicio ordinario y generar un tiempo para observar al imputado, y a través de su comportamiento decidir si finalmente se lo somete o no a un juicio penal.

Al igual que la conversión y el acuerdo de reparación se utiliza en delitos que tengan como máximo una pena de prisión o reclusión de hasta cinco años, brindando la oportunidad de que las partes lleguen a un acuerdo indemnizatorio sobre las consecuencias del hecho o la simple conciliación o perdón. Mediante la suspensión del procedimiento y con la aceptación de la responsabilidad, se obtiene la verdadera autoría del delincuente lo que deja libre a los inocentes sospechosos y se puede obtener más información sobre demás implicados. La Suspensión Condicional del Procedimiento se caracteriza porque se amplía el espacio de su uso hasta delitos que comprometan el interés social y delitos contra la administración pública y los intereses del Estado como por ejemplo el peculado, cohecho o concusión.

Cabe resaltar que no todos los delincuentes pueden hacer uso de la Suspensión Condicional del procedimiento, el autor del hecho delictivo que desee someterse a este procedimiento especial deberá cumplir con el siguiente perfil:

- a) El hecho delictivo que se ha cometido no puede tener como consecuencia una pena mayor a cinco años de reclusión, pero se puede utilizar en todos los delitos sancionados con prisión;
- b) El procesado no debe haber incurrido en ninguna variable de los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad;
- c) El delincuente debe haber tenido buena conducta con anterioridad al hecho. No puede ser reincidente;
- d) La voluntad del procesado de admitir el hecho delictivo y la responsabilidad que esto conlleva para reparar o resarcir los daños causados debe ser libre y supervisada por su abogado.

- e) El Compromiso del procesado para una reparación o fiel cumplimiento de las condiciones impuestas debe ser real y de posible cumplimiento.

El Fiscal negocia con el acusado sobre los beneficios y consecuencias que tendrá al admitir su participación en el hecho delictivo y una vez que llegan al acuerdo, se solicitara al Juez de Garantías Penales que acepte detener la acción penal a favor del procesado, sometiéndole a éste a una o más condiciones preestablecidas por un tiempo máximo de dos años. Una vez que el procesado admita su participación, se hará responsable del hecho cometido, lo cual genera un sentimiento de culpa, cambio y enmienda.

Art. ... (37.3) Condiciones.- El juez de Garantías Penales dispondrá según corresponda, que durante el periodo que dure la suspensión, el procesado cumpla una o más de las siguientes condiciones:

- a) **Residir o no en un lugar determinado;** El procesado no puede cambiar su domicilio, o de hacerlo tiene que comunicar a la autoridad, por ejemplo: en el caso que el imputado viva en Cuenca, no podrá irse a vivir en Guayaquil sin que comunique a la Autoridad o sin que avise al ofendido sobre su decisión de cambiar de domicilio. También implica que si la autoridad a petición del ofendido o después de analizar que la mejor opción es que el procesado salga del lugar donde residía el momento de cometer el ilícito, puede imponer que el procesado cambie su actual domicilio por otro que beneficie al ofendido, alejando también de esta manera al procesado de su ambiente ilícito y criminológico, lo que generaría de alguna manera rehabilitación o reivindicación.
- b) **Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas:** Implica evitar que el procesado tenga contacto directo con el objeto del hecho delictivo, y con las personas o circunstancias que en el pasado fueron ilícitamente deseadas. Sobre todo se utiliza esta medida para evitar reincidencia en el procesado o evitar una futura conducta ilícita que se sospecha que puede volver a cometer, a su vez que protege a terceros

personas de los sentimientos de venganza, lo que brinda seguridad en el ofendido al sentirse alejado por autoridad competente del procesado. Generalmente el Juez otorga una boleta de auxilio al ofendido, para que la use y comunique a la autoridad más cercana si sospecha de la presencia cercana del procesado.

- c) **Someterse a un Tratamiento Médico o Psicológico:** Cuando se habla de tratamiento médico, la ley hace referencia al tratamiento de tipo rehabilitador que existe en los diferentes centros de salud mental y rehabilitación para Adicciones, sobre todo en los casos en que las personas que delinquen lo hacen por efecto de drogas o barbitúricos. El Tratamiento Psicológico incluye un tratamiento con Psiquiatras o Psicólogos sobre referentes a desórdenes de personalidad, como la cleptomanía o aquellos traumas que el procesado vivió en la niñez y su difícil superación hace que delinca de adulto.
- d) **Tener que ejercer un trabajo o profesión, oficio, empleo o someterse a realizar trabajos comunitarios:** al imponer al procesado que realice un trabajo o profesión determinada, se busca que éste mantenga su tiempo ocupado y de no tener profesión, matricularse en una universidad o colegio, según la condición, y dedicarse por completo a estudiar, con la finalidad que el procesado invierta su tiempo de manera positiva y siga por el camino del bien en lugar de cometer delitos. También implica que puede practicar algún oficio determinado o trabajos comunitarios para equiparar lo que causó el delito, lo cual es razonable, sobre todo cuando se trata de reparación del hecho.
- e) **Asistir a programas educacionales o de capacitación; Reparar daños o pagar una determinada suma al ofendido a título de indemnización de perjuicios o garantizar debidamente su pago;** Lo ideal sería que la misma comunidad sea la que gestione y supervise los programas educacionales, para que sea la directamente beneficiada, sin embargo, existen instituciones como el SECAP que brindan educación y asesoría

para que las personas ejerzan una profesión en poco tiempo y les permita buscar un medio de vida en lugar de delinquir. Sobre reparación del daño se habla específicamente en el capítulo 6.

- f) **Fijar domicilio e informar a la Fiscalía de cualquier modificación del mismo;** Con la finalidad de evitar la huída del procesado y el incumplimiento del acuerdo.
- g) **Presentarse periódicamente ante la Fiscalía u otra autoridad designada por el Juez de Garantías Penales, y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas;** es una medida alternativa a la prisión, pero que debe ser cumplida con responsabilidad, ya que si el procesado no se presenta periódicamente el juez puede hacerlo llamar con la fuerza pública. Esta medida es la más fuerte de todas, porque le recuerda semanalmente o mensualmente al procesado que tiene problemas legales y que debe cumplir una sanción.
- h) **No tener instrucción fiscal por nuevo delito;** Que indica ser como un método de presión para que el procesado lleve una vida correcta y así evitar caer en la reincidencia que en definitiva beneficia a toda la sociedad.

La solicitud del proceso, así como la aceptación del mismo, se resolverá en audiencia pública, en la cual asistirán de forma obligatoria el fiscal, el defensor y el procesado, dejando la puerta abierta para que el ofendido también forme parte de ella si es su deseo manifestar cualquier necesidad o reproche. El juez será el que imponga el tiempo de cumplimiento o las condiciones impuestas en base a su sana crítica y podrá reformar, aceptar o negar la solicitud del fiscal. El uso de esta medida alternativa al juicio penal y a la acción pública suspende el tiempo necesario para que prescriba la acción penal y la etapa procesal, para que una vez cumplida la condición por el tiempo establecido se declare extinta la acción penal.

El cumplimiento de las condiciones es de uso obligatorio y sin posibilidad a cambio, y en caso que el procesado incumpla la condición o transgreda los plazos, el Juez de

Garantías Penales convocará a una nueva audiencia a petición del Fiscal u ofendido, para discutir el incumplimiento y la revocatoria de la suspensión. Si el Juez de Garantías Penales verifica que el incumplimiento o transgresión de la condición fue de manera injustificada, se revocará el procedimiento y se sustanciará el hecho conforme el procedimiento penal ordinario, sin oportunidad para volver a concederse.¹⁰⁰

Como podemos analizar, la suspensión condicional del procedimiento mediante el uso de la negociación entre el Fiscal y el procesado y a su vez la aceptación de responsabilidad por parte del delincuente junto con la posibilidad de una reparación simbólica o material del daño, se acoplan claramente a un proceso de mediación ya que desde el momento en que le Estado renuncia a la persecución del procesado, la víctima obtendrá soluciones que se adapten plenamente a sus necesidades, el delincuente sería tratado conforme los derechos humanos y los resultados serían satisfactorios para todas las partes procesales, incluyendo en ellas la descongestión del sistema judicial y la eficiencia y eficacia con que se resolvería el proceso.

La suspensión condicional del procedimiento a través de la mediación es totalmente posible en nuestra legislación y sistema penal actual, además que es el recurso más conveniente que tiene la administración de justicia, no solo porque se resuelven los juicios de una manera no adversarial, sino porque se puede tomar también como ejemplo a seguir para fomentar una cultura de mediación en la sociedad, determinar penas acordes a los delitos y sus clausulas impuestas podrían actuar como patrones de conducta de la comunidad.

Lamentablemente nuestra ley a olvidado un detalle importante dentro de la suspensión condicional del proceso, que lo resumiré en una pregunta ¿Qué pasaría si dentro de una suspensión condicional del proceso, conforme pase el tiempo y se cumpla con la condición, aparecen nuevas pistas o señales que el delincuente ha cometido con anterioridad otros hechos delictivos, o el hecho por el que fue juzgado ha sido más grave

¹⁰⁰ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Arts. (37.2) y (37.3).

de lo que aparentaba? ¿Se aplicaría el principio “Non bis in idem”? Lo correcto sería prevenir esa posibilidad, y de presentarse el caso concreto analizarlo y empezar un proceso ordinario distinto.

4.4 Procedimiento Abreviado y Procedimiento Simplificado

El procedimiento simplificado y procedimiento abreviado nace en los países anglosajones cuyo uso en la actualidad es considerado como una política criminal habitual, sobre todo dentro del Common Law. Se los llama comúnmente “Pleay Guilty y Plea Bargaining”, y su significado se fundamenta en la justicia negociada que existe entre el procesado y el Fiscal, la misma que otorga una serie de concesiones oficiales a cambio de la aceptación de responsabilidad y autoría del hecho delictivo por parte del procesado, y a su vez declararse culpable. En EEUU cuando se habla del “*bargaining*” inmediatamente se piensa en la figura “*en la cual el acusador, el acusado y su defensor discuten (negocian) los términos de la acusación y examinan las posibilidades de llegar a un acuerdo, el juez lo aprueba y dicta Sentencia de conformidad con el mismo*”¹⁰¹, también es conocido como un “give-and-take” porque el acusado al confesar los detalles verídicos del hecho y asumir la responsabilidad, recibe un tratamiento menos punitivo por parte del órgano judicial.

Al utilizar la negociación entre el Fiscal y el procesado se imparte justicia de una forma distinta a la tradicional, el proceso es mucho más flexible y humano debido a que el acusado participa activamente en la búsqueda de su destino legal. A su vez, el beneficio para de la administración de justicia puede ser de gran importancia para la persecución de las grandes mafias del crimen, porque el momento en que se negocia con el procesado, una de las formas de llegar al acuerdo para una rebaja de pena podría ser la obtención de información sobre las mafias del crimen organizado, quienes son los “jefes”, para quien trabajan y como es que se organizan para delinquir. Conde Pumpido indica que “*en estos momentos si la justicia penal americana funciona es gracias a estos*

¹⁰¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA JACOB, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pg. 477.

sistemas: a más del 90 por 100 de las condenas se llega sin proceso formal, pues son consecuencia de una acusación negociada y se afirma que si los Fiscales o los reos resolvieran no celebrar mas acuerdos sobre la acusación, la justicia penal del país quedaría paralizada”¹⁰².

Para Ricardo Vaca Andrade estos procedimientos especiales “son una forma totalmente nueva de buscar soluciones rápidas, pero al mismo tiempo, efectivas, a los conflictos penales originados en delitos de gravedad menor, introduce un procedimiento distinto al tradicional de nuestro sistema procesal penal ecuatoriano para delitos de acción pública, con el que se persigue alcanzar algunas finalidades, que, de lograrse produzcan resultados positivos, particularmente en cuanto a:

- a) Descongestionar el despacho judicial en juzgados y tribunales penales;
- b) Dar una respuesta efectiva a la ciudadanía que reclama por la demora en la administración de justicia;
- c) Canalizar adecuadamente las naturales reacciones individuales y sociales en contra de los infractores, lo cual ha llevado, en no pocos casos, a reacciones primitivas de justicia por mano propia que pueden ser entendidas pero no se justifican de ninguna manera;
- d) Hacer posible la mediación directa y personal en el ámbito penal, pero limitándola a delitos de menor gravedad, reprimidos con prisión.

Adicionalmente, se trata de conseguir algunos objetivos, como son los siguientes:

- 1) Que la persona a quien se acusa de cometer un delito menor asuma su responsabilidad penal y todas sus consecuencias;
- 2) Que el juzgamiento de dicha persona se realice en forma rápida, sumaria y sin dilaciones;
- 3) Que el Estado, de todas maneras, por intermedio del órgano juzgador, con intervención de la Fiscalía, en su calidad de representante de la sociedad

¹⁰² LOPEZ BARJA DE QUIROGA JACOB, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pg. 448.

agraviada, haga efectivo su derecho a castigar el delito y sancionar prontamente a los responsables de él”¹⁰³.

Pese a todos los beneficios que se obtiene con el uso del procedimiento abreviado y simplificado, Beatriz Sanjurjo Sugiere que hay que tener cuidado y cautela frente a la corrupción que es común en todas las legislaciones y el uso despiadado de estos procesos: *“La actividad del Fiscal en el proceso de justicia negociada puede llevar a un conocimiento sesgado de la realidad sometida a la justicia, de tal manera que a veces, ante la presión de un caso aparentemente largo y complejo, el Fiscal puede verse fácilmente seducido, en las etapas iniciales del procedimiento, antes de que el conocimiento de los hechos sea completo, por la oferta de una rápida declaración de culpabilidad a cambio de un pena leve, sólo para descubrir demasiado tarde que el delito, o bien el delincuente, eran de mucha más envergadura de lo que en principio se pensó”*¹⁰⁴.

4.4.1 Procedimiento Abreviado

Su origen aparece en países desarrollados como resultado de una lucha contra la burocratización de la función judicial, la excesiva criminalización que se originan en las sociedades y contra el incremento del gasto económico destinado al sistema de rehabilitación social que se hace imposible de cubrir, e ir de la mano con los Derechos Humanos. Es Utilizado comúnmente en el sistema de Justicia Penal del Common Law, conocido como *“El plea bargaining system, que consiste en la negociación entre el Fiscal (prosecutor) y el acusado (defendant) o su defensor, en cualquier momento del procedimiento penal y siempre antes del veredicto, tras la cual el acusado admite su culpabilidad, renunciando al trial. La importancia del plea bargaining en el sistema de enjuiciamiento penal estadounidense es tal, que no podría concebirse sin él. Toda su estructura y desarrollo dependen del mismo. Sin su funcionamiento, no tiene capacidad*

¹⁰³ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo II*, pg. 269-270.

¹⁰⁴ SANJURJO REBOLLO BEATRIZ, *Los Jurados en Estados Unidos y en España: Dos Contenidos Distintos de la Misma Expresión*, pg. 238.

para resolver a través del trial todas las causas que se le presenten, constituyendo por tanto un trascendental factor de economía procesal”¹⁰⁵.

El Procedimiento Abreviado se justifica en la optimización de recursos procesales con la ayuda de la habilidad de negociación que deberá tener el Fiscal para provocar o inducir a una confesión del procesado, ofreciéndole a cambio una reducción de la pena que le será impuesta en la sentencia. Su utilización prevalece sobre todo en los casos que la indagación previa genere resultados pobres en cuanto a evidencias que comprometan la inocencia del imputado, o pese a todas las pruebas encontradas no exista el grado de certeza sobre su responsabilidad, por ser unos hechos meramente circunstanciales. El grado de importancia radica en que el uso del procedimiento abreviado lo es necesario como método o instrumento ideal para lograr sancionar a un mayor número de delincuentes sin tener que recurrir a un juicio ordinario y soportar el desgaste de tiempo y recursos que ello conlleva.

En nuestra legislación el Código de Procedimiento Penal establece como una alternativa distinta al juicio penal ordinario que puede ser utilizada básicamente en los delitos de tentativa, cuya pena de privación de libertad no exceda de cinco años si se hubiera consumado el hecho. El requisito indispensable para el desarrollo de un procedimiento abreviado, es la aceptación de responsabilidad del imputado por el peligro al que sometió al ofendido, es decir, el imputado tendrá que declararse culpable y confesar la intención que tuvo de cometer uno de los delitos especificados en el Código Penal y la manera en que intentaba realizarlo. *“En los Standards from Criminal Justice de la A.B.A., se establece que la confesión constituye la narración de una serie de hechos, y que requiere únicamente el simple conocimiento de una situación fáctica. Según estos Standards, la declaración de culpabilidad se define por la admisión de todos los elementos de la acusación, lo cual exige un complejo conocimiento de la Ley en relación de los hechos”¹⁰⁶.*

¹⁰⁵ TINOCO PASTRANA ANGEL, *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, pg. 142

¹⁰⁶ TINOCO PASTRANA ANGEL, *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, pg. 154.

Es importante, que en toda negociación que sugiera el Fiscal deberá el imputado estar acompañado de su defensa, sobre todo para velar que la declaración de culpabilidad por parte del imputado sea de forma libre y voluntaria sin violación a ninguno de sus derechos. Todo acuerdo que no lleve la acreditación de un abogado de la defensa o defensor público autorizado no tendrá validez legal.¹⁰⁷

Desde que se inicia la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia de juicio, una vez que se hayan cumplido las condiciones y formalidades legales pre establecidas, tanto el fiscal como el procesado pueden solicitar al Juez de Garantías Penales de manera escrita su deseo de someter su caso al desarrollo de un procedimiento abreviado. El juez en razón de un correcto uso del debido proceso y los principios de oralidad, legalidad, derecho a la defensa e intermediación, escuchará al procesado y a su vez le explicará sobre las consecuencias que nacen con el procedimiento abreviado, quedando a discrecionalidad del juez el escuchar o no al ofendido.

Si el juez de Garantías Penales verifica que la negociación está conforme a derecho y no tiene ningún vicio de fondo o de forma y acepta la petición de las partes, enviará inmediatamente al Tribunal de Garantías Penales para que sea quien resuelva o no la adopción del procedimiento abreviado e imponga la sanción, que en ningún caso podrá ser superior a la sugerida por el fiscal. Si el Juez de Garantías Penales rechaza la petición de las partes, el Fiscal Provincial luego de revisar y verificar la motivación del fallo, si considera necesario, podrá solicitar directamente al Tribunal de Garantías Penales la reconsideración del caso, y si este lo rechaza, el juicio regresará al Juez de Garantías Penales competente para que el caso se desarrolle por la vía penal ordinaria. A diferencia de la Conversión, el Acuerdo de Reparación y la Suspensión Condicional del Procedimiento, éste recurso si es susceptible de apelación.¹⁰⁸

¹⁰⁷ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, *Título V, Procedimientos Especiales, Procedimiento Abreviado, Art. 369.- Admisibilidad.*

¹⁰⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, *Procedimiento Abreviado, Art. 370.-Trámite.*

Como podemos ver, en nuestra legislación no es un tema nuevo, pero si de muy poco uso, de hecho, los que más lo utilizan son los defensores públicos que por su carga excesiva de trabajo, lo que inicialmente sugieren al procesado es que se declare culpable. Para que este procedimiento opere de manera correcta, el Fiscal debe tener pruebas infalibles de culpabilidad que eviten que el procesado pueda ser libre, como por ejemplo en los delitos de flagrancia, en los que el procesado no tenga forma de probar su inocencia y resulte lo más conveniente que acepte su responsabilidad a cambio de un trato más humano o una sentencia más benigna que le permita cumplir ciertas condiciones alternativas a la privación de libertad.

El procedimiento abreviado es una parte integrante del sistema procesal norteamericano, porque: *“con el se ha experimentando un gran auge, proporcional al declive de los juicios con jurado. El acusado recibía algo que le motivaba a declararse culpable con lo que las “pleas” facilitaban la individualización de la pena, ayudaba a los jueces y persecutores a encontrar la sentencia que fuera mas apropiada para el acusado, por lo que éstos se veían favorecidos al recibir unas penas menos severas en comparación con la que recibían aquellos que habían sido condenados en juicio”*¹⁰⁹.

4.4.2 Procedimiento Simplificado

El Procedimiento Simplificado es también de uso común en los países anglosajones, pero con un tratamiento distinto del proceso penal, *“El guilty plea produce el efecto de sanar los derechos que haya tenido el procedimiento hasta que se produzca esta declaración, lo cual se manifiesta sobre todo, respecto a las infracciones de las garantías constitucionales en la obtención de confesiones, registros o detenciones”*¹¹⁰.

En nuestra legislación el Procedimiento Simplificado se puede utilizar en todo tipo de delito cuya pena privativa de libertad no sea mayor a cinco años. A diferencia de la

¹⁰⁹ RODRIGUEZ GARCIA NICOLAS, *La Justicia Penal Negociada*, pg. 31-32.

¹¹⁰ TINOCO PASTRANA ANGEL, *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, pg. 154.

Conversión, Acuerdo de Reparación, Suspensión Condicional del Proceso y Procedimiento Simplificado la única excepción para su uso es en aquellos delitos que impliquen vulneración o perjuicio a los intereses del Estado.

El Fiscal, es la única parte procesal que tiene competencia para solicitar dentro de un caso la aplicación del Procedimiento Simplificado ante el Juez de Garantías Penales y solo puede hacerlo hasta antes de la audiencia preparatoria de juicio. La competencia para sustanciar y resolver el caso le pertenece al Tribunal de Garantías Penales destinado por sorteo. Una vez que el Tribunal de Garantías penales tiene conocimiento de la causa el desarrollo del proceso es rápido, debido a que si el procesado esta con privación de libertad se convoca a audiencia en veinticuatro horas y si esta en libertad en cinco días.

El desarrollo de la audiencia del procedimiento simplificado se sustanciara conforme las reglas aplicables al juicio ordinario, por lo que la presencia del procesado en la audiencia es obligatoria. Al inicio del proceso el Tribunal de Garantías Penales explicara de una forma clara y entendible las consecuencias que genera el sometimiento del imputado al procedimiento abreviado, el Fiscal en base a las pruebas que se hayan obtenido durante la indagación previa y la instrucción fiscal, presentará su dictamen acusatorio. La defensa del procesado tendrá la oportunidad de intervenir en la audiencia únicamente para alegar hechos relacionados con la existencia de una de las siguientes condiciones:

- a) Demostrar que existes vicios formales con respecto a lo actuado desde que se inicio el proceso hasta ese momento, por ejemplo: ilegalidad en la detención del procesado, órdenes de allanamiento falsas, arbitrariedad de los funcionarios judiciales, caducidad de tiempos establecidos, etc., los mismos que de ser posibles serán subsanados en la propia audiencia.
- b) Solicitar que se resuelva cuestiones referentes a la existencia de “*requisitos de procedibilidad*” por ejemplo; vicios, falsedad, ausencia o adulteración de la denuncia, la acusación particular o la querella; “*cuestiones prejudiciales*” que deben ser primero resueltas por otra vía legal para poder iniciar un proceso penal; “*competencia*” legalmente conferida a la autoridad en razón de materia y

jurisdicción; y “*cuestiones de procedimiento*” que puedan afectar la validez del proceso.

- c) Anunciar las pruebas de cargo y de descargo de los sujetos procesales intervinientes y de considerarse necesario las partes procesales tienen derecho a formular solicitudes, observaciones, objeciones y planteamientos de gran importancia relacionados con la presentación y sustentación de pruebas.
- d) Solicitar la exclusión de pruebas cuyo fundamento sirve de sustento del juicio, pero que han sido obtenidas por medios no idóneos que implican violación de los Derechos Humanos y la Constitución, por ejemplo mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad de las partes.¹¹¹

Si la intervención de la defensa esta legalmente sustentada y el Tribunal de Garantías Penales verifica la existencia de causas de nulidad, declarará la misma a partir del acto que invalida el proceso. Una vez que el tribunal analiza y verifica que el proceso ha sido legal y conforme derecho, pronuncia la sentencia que puede ser absolutoria o condenatoria con una pena no mayor a la sugerida por el Fiscal. En caso de rechazo del procedimiento por parte del Tribunal de Garantías Penales, la causa continuara su desarrollo por medio del proceso penal ordinario, sin perjuicio del derecho que tienen las partes para presentar apelación.¹¹²

La Función Judicial deberá siempre estar atenta al uso de este tipo de procedimientos, sobre todo cuando se observen casos en los que el Fiscal es demasiado benigno ante la condena, ya que podríamos estar frente a un caso de corrupción. También se debe examinar claramente la voluntad del procesado debido a que como parte débil del

¹¹¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, *Art. ... (226.1).- Audiencia Preparatoria del Juicio y Formulación del Dictamen.

¹¹² CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, * Art. ... (370.1).- Procedimiento Simplificado.

proceso, puede estar bajo cualquier tipo de presión que lo obligue irremediablemente a la aceptación propuesta por el Fiscal.

CAPITULO V

El desarrollo de la Mediación Penal

5.1 Principios de la Audiencia de Mediación Penal

Todas las ramas del derecho son guiadas y establecidas por principios rectores, y la Mediación Penal no puede obviar directrices o principios que sirven como guía para el éxito, desarrollo correcto y satisfactorio de un proceso de mediación. A pesar que aún no se encuentran tipificados los principios de mediación específicos a seguir, se puede tomar como referencia ciertas normas o condiciones que deben cumplirse obligadamente para que la mediación se desarrolle correctamente y se obtenga los máximos beneficios y resultados sin que exista la vulneración de ningún derecho de las partes. Según investigaciones y formas consuetudinarias de desarrollo de una mediación los principios a seguir son los siguientes:

1.- Información: María de la Luz Lima Malvino *“sugiere que haya un consultor letrado que les explique, ya sea a la víctima o victimario, lo que sucede, lo que va a suceder, como el derecho a la información que tienen las víctimas: tienen que saber perfectamente lo que implica someterse a un procedimiento como éste, qué consecuencias va a tener su conducta. En el caso de indígenas se debe tener un traductor”*¹¹³. En nuestra legislación el Código de Procedimiento Penal promueve la información de las circunstancias y sus consecuencias en el **Art. 12.- Información de los derechos del procesado.-** “... Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y éste código lo reconocen...”, este artículo obliga a toda persona que va a dirigir un

¹¹³ JORNADAS IBEROAMERICANAS, *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, pg. 355.

proceso de mediación a entregar la correcta información a las partes, debido a que se hace imposible desarrollar un proceso de mediación sin que las partes tengan el conocimiento total y correcto de lo que va a acontecer, de ser así, se convertiría en un proceso violatorio de todos los derechos que tiene tanto ofendido como procesado.

Como consecuencia, la Función Judicial y la Fiscalía debe contar con un personal apropiado y preparado para informar a las partes sobre lo que significa un proceso de mediación, así como sus ventajas, inconvenientes y los derechos que les asisten, las diferencias entre un proceso ordinario y la mediación, el protagonismo de las partes, las obligaciones que tienen como sujetos de mediación y las posibles consecuencias que podrían resultar del proceso, sin exigencias ni persuasiones de ningún tipo. Como resultado de la información obtenida las partes deben firmar un consentimiento legal en el que indican que han sido debidamente informadas y que con plena voluntad deciden someterse al proceso de mediación, dejando la puerta abierta para que en cualquier momento del desarrollo de la mediación si lo desean, puedan volver al procedimiento ordinario y abandonar el proceso de mediación.

2.- Imparcialidad: Es el pilar fundamental del proceso de mediación, ya que no puede desarrollarse una mediación en la que la persona que dirige el proceso, llamado mediador beneficie o perjudique a alguna de las partes en base a los argumentos que ellas exponen. En relación a este principio es indispensable que el Fiscal no intervenga como mediador dentro de un proceso, pues siempre será una parte procesal que representa al Estado, lo que evitará que se ponga en el lugar del ofendido o la víctima. Adicionalmente, su naturaleza o personalidad en base a la preparación y experiencia es persecutora y defensora de derechos de las personas que han sido víctimas de un hecho delictivo, lo que impide que actúe con igualdad e imparcialidad entre las partes. El mediador debe estar correctamente preparado para observar y tomar medidas necesarias cuando se produzca un desequilibrio del proceso, es decir cuando una parte abuse de su rol de ofendido e intente abatir al procesado, o viceversa, que el procesado utilice artimañas o artificios para lograr convencer o manipular al ofendido y obtenga beneficios excesivos a su favor.

3.- Confidencialidad: Es el principio más adecuado y de cumplimiento obligatorio dentro de un proceso de mediación, ya que permite que las partes puedan hablar de una manera abierta, libre y espontánea con respecto a los hechos ocurridos, y los sentimientos encontrados que surgieron como consecuencia del conflicto, con la certeza que todo lo que se exponga quedará dentro de la sala de mediación. También las partes tienen la oportunidad de proponer libremente las posibles soluciones que arreglarían el resultado del hecho delictivo y las necesidades que tienen.

La confidencialidad es una de las normas más importantes y de mayor respeto, el mediador y las partes están obligados a guardar sigilo con el desarrollo de la mediación, tal vez la confidencialidad vaya en contra del principio de publicidad, pero siempre acompañará al principio de “presunción de inocencia”, pues, en caso de no llegar a un acuerdo satisfactorio cuya decisión es seguir el proceso ordinario, el ofendido no podrá hacer uso de la aceptación de responsabilidad como medio de prueba en juicio y a su vez el mediador jamás podrá ser testigo en un proceso penal ordinario. La confidencialidad también acompaña y es una norma de ética del mediador, porque la naturaleza de la audiencia es un proceso en el que se intercambian ideas, sentimientos, posibles soluciones y con ello pueden destilar los más ocultos sentimientos de las partes, lo que jamás podrá ser ventilado a ninguna persona y mucho menos utilizado con posterioridad.

4.- Voluntariedad: La voluntad libre de las partes es fundamental para iniciar un proceso de mediación, las partes deben tener el sincero deseo y necesidad de buscar una solución al hecho delictivo y a su vez evitar el juicio, sin que exista ningún tipo de presión que obligue a escoger la mediación. La víctima en base al conocimiento e información sobre el proceso, tiene la libre decisión para aceptar o no el hecho de encontrarse directamente con el victimario y en conjunto llegar a un acuerdo. En cambio, la voluntad del victimario no es cien por ciento pura, porque al escoger entre asumir la responsabilidad o ir al juicio no le queda otra que aceptar la vía más fácil que le da la opción de escoger el órgano judicial, sin embargo, tanto víctima como victimario no están en ningún momento obligados a desarrollar una mediación en la que tengan que enfrentarse mutuamente.

No puede existir un proceso de mediación en el cual la víctima o victimario han sido obligados a llevarlo, no solo porque se estaría yendo en contra de un derecho fundamental que es la libertad de las personas, sino por el mismo hecho que una persona asiste en contra de su voluntad o presionado no permite tener la suficiente disponibilidad o apertura para encontrar una opción o solución. La voluntariedad es la característica principal de la mediación, es la predisposición de las partes para evitar el desarrollo del juicio y resolver el problema por medio de intercambio de ideas, opciones y soluciones, por lo tanto, como dice Maria de la Luz Lima Malvido: *“la víctima y el victimario deben estar de acuerdo, por lo menos, en los hechos fundamentales, porque si alguien dice: “no existe, nunca estuve en el lugar de los hechos”, no se puede iniciar un proceso de mediación”*¹¹⁴ es decir sin la voluntad y aceptación de las partes no se puede hacer nada.

5.- Responsabilidad: *“Es asumir las consecuencias de los hechos o actos propios o ajenos, ilícitos e incluso lícitos que causen daño a terceros. Implica el surgimiento y la obligación de reparar el daño causado a un tercero, determinado por la declaración o resolución de un órgano competente, siendo acreedor de la responsabilidad quien tenga que satisfacer la medida de reparación”*¹¹⁵. Al hablar de responsabilidad se hace referencia especial al procesado, que con su actuar genero un menoscabo en los derechos de la víctima, y como consecuencia tiene que asumir las consecuencias del hecho. La única forma en que el victimario se responsabiliza completamente de su mala conducta es cuando escucha lo acontecido, entiende lo que sintió la víctima, se arrepiente de su actuar y a su vez busca de alguna forma arreglar el daño que causo.

La imposición de la pena hacia un delincuente y el cumplimiento de la misma en un centro de reclusión no genera el sentimiento de responsabilidad, al contrario, durante la privación de libertad el delincuente siente rabia, frustración, odio y resentimiento hacia la sociedad, factores principales para la reincidencia; mientras que con una reparación

¹¹⁴ LIMA MALVIDO MARIA DE LA LUZ, *Jornadas Iberoamericanas: Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, pg. 354.

¹¹⁵ *La Responsabilidad y Reparación, Un Enfoque De los Derechos Humanos*, pg. 17.

del daño, el delincuente entiende lo que paso, conoce los sentimientos que tiene la víctima con respecto al hecho y en base a esto intenta reparar lo ocasionado buscando una solución con el ofendido. El impacto que causa en el delincuente el hecho de enfrentarse a la víctima y a su vez escuchar todo lo que ella siente, es tal, que la próxima vez que intente delinquir, recordara lo que genera el cometimiento de un hecho delictivo, las consecuencias y la responsabilidad que va a tener hacia la víctima. “*La responsabilidad por una acción, tiende a ser atribuida cuando existe: a) una fuente identificable para esa acción (por ejemplo una persona particular), b) la creencia de que una persona debe ser capaz de prever el resultado, c) la percepción de que las acciones de la persona no están justificadas por la situación y d) la creencia de que la persona opera bajo condiciones de libre elección*”¹¹⁶, factores indispensables dentro de un proceso de mediación penal para lograr un acuerdo exitoso para las partes con proyección al futuro.

6.- Respeto: Dentro de un proceso de mediación siempre se recordara el tema del conflicto, se hará una pequeña reseña de lo acontecido, surgirán detalles ocultos a relucir y a su vez el intercambio de ideas opuestas, lo que puede generar susceptibilidad, autodefensa o sentimientos alterados que degeneran el proceso de mediación en una pelea cualquiera. Es por eso que el respeto entre las partes, el respeto a la libertad de pensamiento y el respeto a las normas, derechos y garantías de las personas es fundamental dentro de un proceso de mediación. El mediador debe encargarse de manejar el desarrollo del proceso con plena libertad de actuación de las partes, pero siempre dirigido hacia el respeto que las personas se merecen, lo que incluye el respeto a la libertad de palabra y de pensamiento, respeto a la voluntad de las partes y consideración sobre los sentimientos que acontecerán en el desarrollo del proceso. Para Eduard Viyamanta un proceso de mediación exitoso se basa en “*respetar y valorar los*

¹¹⁶ ARNOSO MARTINEZ AIRANA, *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actores y Representaciones Sociales*, pg. 17.

sentimientos y las emociones como algo propio del ser humano y de sus capacidades inteligentes”¹¹⁷.

7.- Restablecimiento de relaciones entre la víctima y el victimario: Un proceso de mediación debe desarrollarse de manera que puedan manejarse los sentimientos de odio y venganza por parte del ofendido así como los sentimientos de miedo y vergüenza del procesado. El mediador tiene que estar preparado para encaminar el arrepentimiento del procesado y a su vez el perdón del ofendido, para que en base a estas premisas se pueda llevar con éxito el proceso de la mediación. Una vez que los ánimos de las partes se han calmado, existen más opciones o posibilidades de solucionar un conflicto, y el hecho que una mediación no termine con el restableciendo las relaciones personales entre víctima y victimario no quiere decir que haya ido al fracaso el proceso, pero en la medida de lo posible se buscara calmar los ánimos y evaporar los sentimientos desagradables. El Papa Juan Pablo II decía “no hay paz sin justicia. No hay justicia sin perdón”.

5.2 Selección del Caso Mediable

En materia penal no todos los casos son mediables, y esto es razonable porque no sería posible llegar a un acuerdo con un asesino en serie o con el típico ladrón que al intentar robarle a una persona, descubre que no tiene nada y termina acabando con su vida. Esto que la mediación está indicada para aquellos hechos delictivos que no causan mayor alarma social y que pueden ser resueltos por las mismas partes en busca de una solución, sin afectar ni menoscabar sus propios derechos.

El análisis ideal del caso que se puede mediar sería a través de un departamento especializado constituido por mediadores, sociólogos, psicólogos, trabajadores sociales y abogados, quienes se encargarían de analizar en primera instancia la denuncia, los antecedentes y cuáles son los casos que pueden ser resueltos en mediación. Sin embargo, debido a que en nuestra legislación no se encuentra tipificada la mediación como tal, el Fiscal actualmente es quien inicialmente puede sugerir la mediación de un caso, su

¹¹⁷ VIYAMANTA EDUARD, *Aprende Mediación*, Pg. 47.

criterio es indispensable dentro de un proceso, ya que su persona solicitará al juez que acepte el acuerdo al que las partes han llegado.

Con una política criminal adecuada se debería también capacitar a los miembros de la Policía Judicial ya que generalmente son las primeras personas que reciben la denuncia o realizan el parte judicial, al momento que también pueden percibir las emociones, susceptibilidades o apertura que tienen los ofendidos con el hecho delictivo. Las partes procesales sean víctimas o victimarios pueden también solicitar un proceso de mediación siempre y cuando tengan la información adecuada y la voluntad libre y espontánea de hacerlo, pero siempre terminará siendo el fiscal quien tome la decisión final.

Los casos que se pueden someter a mediación tienen que cumplir una serie de condiciones, es por eso que todo delito de acción pública que se encuentre en las siguientes cláusulas no podrá ser mediable:

1.- Delitos que comprometan de manera seria el interés social: Es decir todo delito aquel que cause alarma social y por lo tanto perjudique el orden público, por ejemplo los delitos contra la vida de las personas, la integridad y la libertad. Se entiende que para que exista una mediación el bien jurídico lesionado tendrá que estar disponible, “*Bien jurídico Disponible es aquel cuya afección puede ser sometida o perdonada por su titular con efecto extintivo de la responsabilidad penal*”¹¹⁸.

2.- Delitos contra la Administración Pública o que afectan los intereses del estado: como pueden ser incitación al caos político, obstaculización de vías, sabotaje y terrorismo, rebelión, peculado, cohecho y concusión.

3.- Delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio: dentro de estos delitos se encuentran enmarcados la violación, el estupro, la trata de personas, el parricidio, el infanticidio y todo aquel delito que se realice con dolo, es decir con la plena voluntad y conocimiento de causar daño.

¹¹⁸ JORNADAS IBEROAMERICANAS, *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, pg. 195.

4.- Crímenes de Lesa Humanidad: como su nombre lo indica, aquellos delitos dirigidos a una sociedad o grupo de personas que forman parte de ella, cuyo autor es algún miembro del gobierno, de la administración estatal o líder de algún movimiento subversivo cuyo objetivo principal es desaparecer, asesinar o acabar de cualquier manera con el grupo de personas escogido.

5.- Delitos cuya pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años. Todo aquel delito que por la gravedad del ilícito se encuentre tipificado con una pena superior a cinco años de prisión o reclusión.

6.- Los adolescentes menores de catorce años que cometan asesinato, homicidio, violación, plagio de personas o robo con resultado de muerte y los adolescentes mayores de catorce años que han cometido algún delito sancionado con pena de reclusión no podrán someterse al proceso de mediación.

El esquema a seguir para iniciar una mediación penal es el siguiente:

1. Selección del caso que se someterá a mediación.
2. Envío de copia del expediente al departamento de mediación que contenga denuncia, parte policial e ilustración específica del hecho ilícito cometido acompañado de los generales de ley de las partes procesales.
3. Apertura del expediente del departamento de mediación, con citación a las partes informándoles que el caso a sido elegido para formar parte de un proceso alternativo al juicio, pero su desarrollo depende únicamente de su voluntad.
4. Citación a las partes y abogados para el desarrollo de la audiencia de mediación con fecha y hora exacta.
5. Desarrollo de la audiencia el día fijado y redacción del acuerdo con firmas de aceptación de las partes, sus abogados y el fiscal correspondiente.
6. Envío del caso al juzgado competente para su aceptación.
7. Finalización de la instrucción fiscal y medidas cautelares.

5.3 El mediador Penal

Es una persona que debe tener una preparación en Mediación y Resolución alternativa de conflictos, su cualidad principal es ser una persona totalmente neutral, imparcial y ajena a las partes, que se rige por los principios de confidencialidad, voluntariedad y respeto. Su tarea substancial es la de propiciar, estimular, escuchar y dar guía a las partes, para que ellas mismas encuentren una solución satisfactoria al problema o consecuencias que han surgido en el conflicto, utilizando como herramienta la negociación, la conciliación y el perdón.

A diferencia del juez, el mediador no decide, ni declara lo que a su sana crítica le parece lo mejor o más justo, maneja cuidadosamente el desarrollo del proceso para que sean las partes las que sugieran las soluciones en base a sentimientos y deseos expresados, tampoco el mediador impone su autoridad en la búsqueda de opciones o soluciones, sino solo para tomar el control de la situación el momento en que observe que el proceso está generando más conflicto o las partes están extralimitándose en sus actuaciones. El mediador no impone criterios a seguir por las partes y menos soluciones sobre los intereses que ellas exponen e intentan resolver, al contrario, facilita la comunicación en el desarrollo del proceso, ya que al ser una persona entrenada para lograr que las partes confíen en él y se sientan seguras con su patrocinio, consigue que expongan sus sentimientos y necesidades entre sí, pero dirigidas de una manera positiva para evitar confrontaciones y encontrar una solución aceptable y de posible cumplimiento.

Maria de la Luz Lima Malvido indica que un mediador *“Es la persona que reconstruye el conflicto para ponerlo ante las partes de una manera justa e imparcial para que después éstas puedan tomar alguna solución”*¹¹⁹, por lo tanto, su formación académica debe ser especializada en Mediación y Resolución Alternativa de conflictos, ya que debe saber utilizar perfectamente las técnicas de mediación para aplicarlas en los momentos adecuados y precisos, logrando adaptarlas de la mejor manera posible para desarrollar un proceso encaminado al éxito. El mediador penal deberá manejar con equilibrio y

¹¹⁹ JORNADAS IBEROAMERICANAS, Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa, pg. 353.

prudencia la comunicación, la escucha activa y el silencio oportuno para lograr que las puedan exponer con calma sus diferentes sentimientos y opiniones. También deberá tener pleno conocimiento del actuar legal y judicial que está manejando y un gran sentido de ética profesional que le impida declarar dentro de un juicio a favor o en contra de alguna de las partes que han participado en un proceso de mediación frustrado, así como comentar o ventilar a personas ajenas al proceso sobre los detalles del mismo.

Mercedes de Prada Rodriguez expone un concepto del mediador que abarca todas las capacidades y cualidades que deberían ostentar los mediadores penales, cuando dice que: *“La función del mediador es allanar el camino para que se produzca el compromiso, facilitar la relación entre las partes de una forma u otra para llegar a un arreglo, en lo posible un acuerdo en el que todos ganen algo que estiman valioso. Carece el mediador del poder de imponer la solución que estime más justa, equitativa o proporcionada. Debe tener la flexibilidad de aceptar la solución que las partes estén de acuerdo aunque piense que no es la mejor”*¹²⁰.

El trabajo de un mediador empieza desde que analiza la primera página de un expediente penal que puede ser resuelto por mediación, pues en base a sus conocimientos profesionales, examina cuidadosamente a las partes y los antecedentes del conflicto para saber que tan exitoso podría ser el proceso. Factores como la edad, condición socio económica, labores diarias, preparación académica y posibilidad real de apertura a la comunicación y negociación son piezas importantes para concluir si es posible o no desarrollar un proceso mediático. Una vez que el mediador penal ha obtenido toda la información posible de las partes y el análisis exhaustivo del conflicto, busca los hechos de mayor importancia que pueden resultar beneficiosos y los problemas que podrían perjudicar la mediación para saber como utilizarlos o evitarlos en el desarrollo de la misma.

¹²⁰ PRADA DE RODRIGUEZ MERCEDES, *La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de Una Institución Jurídica*, pg. 71.

El mediador penal es el que se encarga de comunicarse con las partes inicialmente por separado para informarles sobre la posibilidad de evitar el juicio y resolver el conflicto de una manera alternativa, de esta manera es como empieza a generar confianza entre las partes y su persona. También les explica sobre los beneficios en costo y tiempo que se obtiene, pero jamás un mediador podrá ofrecer un éxito en la mediación o las posibles soluciones que pueden otorgarse durante el proceso. Una vez que se ha conversado independientemente con cada una de la partes, el mediador penal hace nuevamente un análisis de las personas, sus sentimientos, expectativas, sus intereses y las posibles formas de llegar a un acuerdo, lo que será utilizado durante el desarrollo de mediación.

El mediador penal al ser el conductor de un proceso de mediación, con sus conocimientos sabrá perfectamente cuando es oportuno hacer uso de las diferentes técnicas que posee, a su vez que contribuye y orienta a crear alternativas por medio de la negociación, para que finalmente sean las partes las que decidan lo que más les conviene y según sus posibilidades reales de cumplimiento.

El mediador penal representara indirectamente al Estado, pero no con la fuerza punitiva ni amenaza de una pena, sino respetando la libertad de las personas, y otorgándoles la verdadera confianza y seguridad jurídica de hacer justicia de una manera totalmente equitativa, olvidando el litigio y creando un ambiente de credibilidad, confianza y expectativas positivas. El mediador penal otorga un espacio de entendimiento y colaboración para que la víctima manifieste sus sentimientos y a su vez el ofensor explique las causas que generaron el hecho delictivo, de esta manera la víctima podrá exponer claramente las consecuencias sufridas por el hecho delictivo y propiciar el arrepentimiento del ofensor, para que entre los dos busquen la posibilidad de una reparación y el restablecimiento de la paz social.

Los Fiscales y Jueces Penales jamás podrán hacer las veces de mediador dentro de un proceso de mediático, debido a que representan al poder punitivo del Estado y eso impide que actúen con imparcialidad. Marta Lopez-Jurado Puig manifiesta que la personalidad, seguridad e imparcialidad del mediador son los componentes principales para el desarrollo exitoso de un proceso de mediación: *“El mediador debe estar preparado para ponerse al servicio del otro por una eventual interposición en ese*

*conflicto, lo que supone una presencia muy activa a lo largo de todo proceso; de un modo muy explícito dirige y, por tanto, influye en el proceso mismo con lo que es, hace y transmite”*¹²¹.

5.4 El mediador y las Partes

“Cuando las partes en un conflicto aceptan a alguien distinto que les posibilite llegar a un acuerdo, en ese momento salen del marco del conflicto para incluirse en otro más amplio como es contexto del mediador, cualitativamente distinto y también cuantitativamente”¹²². Para que el mediador pueda generar un contexto distinto al litigio deberá inicialmente hablar por separado con cada una de las partes, de esta manera podrá identificar y conocer sus intereses y necesidades, también el mediador deberá informar a las personas los efectos que tiene una mediación, los beneficios y la razón por la que se le invita a participar en un proceso alternativo al litigio, con el fin de generar la confianza de las partes hacia su persona.

El mediador inicialmente se presentara con su nombre y le indicara a la persona que su rol no es juzgar ni sancionar, sino ayudarles a buscar una solución más rápida y eficaz para lograr la tan anhelada y buscada justicia, indicará también la razón por la que ellas han sido elegidas a formar parte de un proceso de mediación, y luchará con su presentación para generar confianza a lo largo del proceso.

El mediador al comunicarse con la víctima deberá inicialmente evaluar los sentimientos que ésta tiene, debido a que puede ser necesario el apoyo de otro profesional. El primer espacio que tendrá la víctima con el mediador es un espacio para el desahogo y la reseña del hecho delictivo, podrá expresar los sentimientos que genero el ilícito y como ha afectado esta situación a su vida diaria, por su parte el mediador deberá aplicar la escucha

¹²¹ LOPEZ JURADO-PUIG MARTHA, *La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de Una Institución Jurídica*, pg. 16.

¹²² LOPEZ JURADO- PUIG MARTHA, *La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de Una Institución Jurídica*, pg. 16.

activa, “significa escuchar con la intención de comprender, de entrar en el marco de referencia de la otra persona, de ver las cosas a través de ese marco, ver el mundo como lo ve ella y cómo lo siente”¹²³, el entendimiento y a su vez el apoyo que necesitará la víctima según los distintos tipos de sentimientos que pueden surgir como, odio, frustración, rabia, impotencia y temor, el mediador analizará los efectos del delito y los posibles daños personales, para intentar encontrar las necesidades sobre las que hay que trabajar y que puedan ser satisfechas a la víctima.

Con respecto a las posibles soluciones, el mediador penal podrá indagar sobre las necesidades con las siguientes preguntas: ¿Que haría usted si fuera el juez?, ¿Que solución le gustaría que le de la justicia?, ¿Cómo cree usted que el delincuente podría reparar lo que hizo? ¿Cuál cree que sería el castigo correcto para el delincuente? ¿Cómo cree que se siente el delincuente en la cárcel?, ¿podría enfrentarse al delincuente para conversar?; de esta manera la víctima tendrá la oportunidad de expresar sus sentimientos actuales, desahogarse con el mediador y comunicar sus deseos, para que a su vez el mediador pueda plantear la hipótesis de la posible solución y los efectos que tendría como consecuencia. Si como respuesta a estas preguntas el mediador concluye que la víctima tiene miedo de volver a ver al delincuente, o quiere ofender, agredir o vengarse de él, no podrá ser candidata para un proceso de mediación.

El papel del mediador con el delincuente será un poco más complicado, debido a que no será fácil indicarle los beneficios a una persona que tiene que aceptar su responsabilidad y las consecuencias de su actuar ilícito; al igual que con la víctima el mediador deberá informarle claramente los beneficios que podría obtener con un proceso de mediación; por ejemplo utilizar el menor tiempo procesal, evitar posiblemente una sentencia condenatoria de prisión que le acompañe con un pasado judicial durante toda su vida, e inclusive la posibilidad de obtener el perdón de la víctima en base a su sincero arrepentimiento. También el mediador le informara sobre las consecuencias legales

¹²³ LOPEZ JURADO- PUIG MARTHA, La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de Una Institución Jurídica, pg. 17.

positivas y negativas que podría tener el proceso de mediación, así como la importancia legal de admitir su responsabilidad e intentar reparar de algún modo el resultado de su actuar ilícito.

Siempre que existe un proceso penal existe un ofendido y un procesado, el procesado es a quien de alguna manera se le atribuye la responsabilidad, para Carlos María Alcover De La Era la atribución de responsabilidad es *“el nombre que recibe un proceso relacionado con la cognición social, es decir, con el modo en que procesamos la información de carácter social, por medio del cual se asigna una responsabilidad moral a la persona que se supone que ha cometido una conducta desaprobada socialmente o que ha provocado un efecto indeseable”*¹²⁴, puede ser que la responsabilidad hacia el procesado surgió por denuncia, acusación particular, delito flagrante o por los suficientes elementos convincentes encontrados en la indagación previa, pero señalarlo como culpable no es el objetivo principal de un proceso de mediación, sino persuadir para que el procesado se haga responsable de su actuar ilícito y tome conciencia de las consecuencias del hecho cometido. Sin la aceptación de la comisión del delito de un procesado sería imposible que se pueda iniciar una audiencia de mediación, pues, al no aceptar que cometió un hecho ilícito y a su vez responsabilizarse por el mismo no tomará conciencia del daño causado, lo que imposibilita la capacidad de arrepentirse y resarcir el daño hacia la víctima.

El mediador con el delincuente tiene que hablar sobre lo sucedido, las razones que lo motivaron a realizar el hecho ilícito, sus necesidades actuales, sus sentimientos, lo que desea para su futuro, etc., en relación a las siguientes preguntas: ¿Qué significa para usted la prisión?, ¿Cuáles fueron las causas que le motivaron a cometer el hecho?, ¿Qué espera de su futuro?, ¿Cómo cree usted que la víctima se siente?, ¿Si alguien actuara hacia usted de la manera que usted lo hizo hacia la víctima, cual sería su reacción?, ¿Qué debería hacer la víctima hacia usted? ¿Qué espera usted de la justicia?, ¿Cree usted que podría explicarle a la víctima frente a frente las razones de su actuar ilícito?, ¿Podría

¹²⁴ ALCOVER DE LA ERA CARLOS MARIA, *Introducción a la Psicología del Derecho*, pg. 97.

usted ofrecerle las debidas disculpas a la víctima?, ¿Cree usted que pueda de alguna manera reparar el hecho, como?, ¿Estaría de acuerdo a cumplir lo que la víctima pida a cambio de acuerdo a sus posibilidades?

Al final de la conversación con cada una de las partes, el mediador ya sabe que expectativas pueden existir entre ellas y con esta información nace la primera hipótesis en base a la lista de posibles alternativas o soluciones aplicables al caso. El mediador nunca podrá ofrecer que la mediación será un éxito a ninguna de las partes, ni que van a cubrirse sus necesidades completamente, como indica Mercedes de Praga Rodríguez *“Tanto la Víctima como el infractor han de ser conscientes que su posición en el proceso no empeorará si la mediación no consigue el fin para el que estaba destinada, es decir, alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas partes, sino que se retornará a la posición que tenían antes de haber iniciado el proceso de mediación”*¹²⁵.

Después de la correcta comunicación, investigación y análisis de la víctima y del procesado, el mediador habrá obtenido una inmensa fuente de información sobre el proceso, tendrá un informe sobre las fortalezas y debilidades del conflicto para poder manejarlo con prudencia y sobrellevar el proceso de mediación, según este informe, el mediador podrá obtener una conclusión sobre las necesidades de las partes y buscar el mayor numero de soluciones y alternativas posibles para que puedan lograr una mediación exitosa. El mediador es el único que sabrá si las partes están preparadas para una confrontación y cuales son las cosas que pueden generar agresión y perjudicar la relación de las partes para evitarlas en el momento del desarrollo del proceso.

5.5 Confrontación de las partes

Muy a diferencia de un juicio ordinario, el momento que surge el encuentro entre el ofendido y el procesado en lugar de iniciar un litigio, se genera una oportunidad para que las dos partes en igualdad de condiciones resuelvan el conflicto. Eduard Vinyamanta

¹²⁵ DE PRAGA RODRIGUEZ MERCEDES, *La Mediación: Presente, Pasado y Futuro de una Institución Jurídica*, pg. 114.

sugiere que desde el lugar en donde se realizara la mediación debería ser distinto a los tribunales, que *“Conviene contar con un espacio en calma, con tiempo suficiente, sin prisas, un lugar agradable, optimista, cuidar los aspectos decorativos sencillos y alegres”*¹²⁶.

Al ser el mediador el que dirige y maneja el proceso de mediación empezará por presentarse nuevamente y explicar a las partes de manera muy sencilla y entendible como va a ser el desarrollo del proceso a resolver. Dentro de la presentación el mediador garantizará su imparcialidad y la confidencialidad absoluta del proceso, es decir, explicará que en caso de resultar un fracaso la mediación, la información que otorguen las partes no podrá ser utilizada dentro de un juicio penal, tampoco su persona podrá ser testigo en audiencia y el juicio ordinario se seguirá desarrollando de la misma forma como era antes de ingresar a la mediación. También, el mediador explicará a las partes los efectos legales del acuerdo al que lleguen y las consecuencias del incumplimiento del mismo, y verificara que las partes voluntariamente estén de acuerdo con todo lo explicado para que se pueda empezar con el desarrollo del proceso.

El mediador no impondrá su autoridad, pero si será quien informe sobre las normas a seguir durante el proceso, las limitaciones que tienen cada parte en razón a su actuación, establecerá los turnos de palabra, los incidentes y expresiones que deberán evitarse por respeto a las personas, vocabulario, gestos y las medidas que se tomarán en caso de que alguna parte intenta acabar con otra o abuse de su condición o injerencia. También controlará que la víctima sea consciente de sus peticiones y evite exigir una reparación exagerada, o al contrario, el procesado abuse de la bondad de la víctima o intente manipularla. El mediador ofrecerá y garantizará a las partes su plena libertad de actuación, de palabra e inclusive de abandonar el proceso si lo desean. El trabajo del

¹²⁶ VINYAMATA CAMP EDUARD, *Aprender Mediación*, pg. 43.

mediador será “Asegurar que todas las partes tendrán las mismas oportunidades de expresar sus puntos de vista, opiniones, etc.”¹²⁷.

El mediador empezará haciendo una breve reseña del caso acontecido recurriendo al pasado, pero de una manera muy positiva, con calma y tranquilidad para generar la confianza de las partes y calmar los ánimos, de esta manera la víctima podrá exponer sus sentimientos, lo que generó el hecho delictivo y lo que necesita para estar bien, a su vez, el ofensor tiene la oportunidad de explicar las razones de su actuar, tomar conciencia de lo que hizo y arrepentirse por lo causado, momento ideal para concentrarse en el presente y en razón de lo conversado indagar en la búsqueda de alternativas, opciones y posibles soluciones que conduzcan a la satisfacción de las partes a futuro. Eduard Villamanta sugiere que el mediador debería “Dejar bien en claro que los mejores resultados son aquellos en los cuales ambas partes salen beneficiadas, que no conviene que haya vencedores ni vencidos. Un concepto nuevo y estimulante al éxito”¹²⁸.

Las soluciones que se desprendan de la interacción de las partes con el mediador deberán ser conforme a derecho y de posible cumplimiento, ya que el acuerdo que resulte de la mediación tiene que ser aprobado por el juez de Garantías Penales para que tenga efecto de sentencia ejecutoriada. El mediador finalmente hará un análisis del proceso para que las partes valoren los resultados buenos que se hayan obtenido, los beneficios en cuanto a costos, tiempos, esfuerzos y concluirá con la firma del acuerdo que contiene las cláusulas establecidas para su cumplimiento.

¹²⁷ VENTAS SASTRE ROSA, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar*, pg. 123.

¹²⁸ VINYAMATA CAMP EDUARD, *Aprende Mediación*, pg. 47.

CAPITULO VI

Resultados de la Mediación Penal

6.1 El acuerdo de las Partes y su contenido

La mediación está presente en todas las posibilidades que brinda el Código de Procedimiento Penal señaladas anteriormente. Cuando procedemos a una conversión estamos mediando, y al pasar de acción pública a proceso de acción privada el Juez de Garantías Penales sugiere la posibilidad de resolver el caso a través de la mediación. Por lo tanto, el acuerdo de las partes es el fin de un proceso que empezó como juicio ordinario, luego se prefirió recurrir a la conversión o al acuerdo de reparación para resolverlo a través de la mediación y que finalmente concluye con la redacción de un acuerdo conforme a las decisiones tomadas por las partes.

Luego de formar parte de un proceso de mediación en el que las partes han intercambiado ideas, necesidades y soluciones, se redactará un acta con las debidas formalidades legales en la que se manifestarán los acuerdos y decisiones voluntarios a los que han llegado tanto ofendido como procesado. En el acta que contiene el acuerdo constará únicamente el resultado alcanzado, con las cláusulas que establecen los compromisos de reparación, restitución o resarcimiento del daño. Sin embargo, si las partes han llegado a un acuerdo que se fundamenta en la reconciliación o el perdón, el fondo del acuerdo será las disculpas o el perdón que ha ofrecido el procesado y a su vez la aceptación del ofendido.

En el caso de no existir posibilidad de restitución o reparación y previo la aceptación del ofendido, las cláusulas del acuerdo estarían relacionadas con el cumplimiento de determinada conducta, la abstención de determinados actos, el compromiso de prestar servicio comunitario o someterse a tratamiento psicológico o médico por parte del delincuente. Si el procesado a decidido cumplir unas de las medidas cautelares o reales del art. 160 del Código de Procedimiento Penal, se redactará el tipo de medida y la forma en la que se va a cumplir, sobre todo para evitar inconvenientes a futuro.

*“Es importante consagrar el principio de confidencialidad, y determinar el plazo de mediación en término de días, vencidos los cuales, el mediador deberá remitir las actuaciones al fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento que lo remitió”*¹²⁹, desde luego, la confidencialidad es importante dentro un proceso de mediación, tanto que en el fondo del acta, que será revisada, analizada y aceptada por personas ajenas al proceso, no se expondrán las ideas, opiniones, sentimientos, incidentes y las conversaciones que mantienen las partes durante el proceso, muy a diferencia de una sentencia de una audiencia de un juicio ordinario que el secretario o la secretaria se encarga de reducirlo a escrito todo lo que se dice durante el desarrollo del juicio. El acuerdo deberá especificar las cláusulas que eligieron las partes, la forma en que se llevará a cabo el acuerdo, los plazos exactos en periodo de fechas, y días, sobre todo para ejercer un eficiente control de las causas y evitar incumplimiento, retardo o manipulación del caso que ha sido resuelto por la mediación.

Cuando en un primer proceso de mediación no se ha llegado a un acuerdo, pero el mediador observa que es factible desarrollarse una nueva mediación con resultados favorables, se debe redactar una acta en que se explique las determinadas razones por lo que no se obtuvo un acuerdo satisfactorio para las partes, sin embargo, se procede a continuar en un tiempo específico debido a las circunstancias favorables del caso, señalando la fecha para la continuación. Esta situación suele suceder sobre todo por la gravedad del caso, la cantidad de personas que intervengan o la complejidad del mismo, también cuando existen posiciones encontradas entre las partes, sentimientos que aún no han sido superados y al desarrollar la audiencia, el mediador ha descubierto que si bien no tiene una solución inmediata el caso, es susceptible de encontrar una solución satisfactoria. Es indispensable que para reprogramar la mediación las partes estén de acuerdo voluntariamente.

¹²⁹ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 327.

El acuerdo de mediación contendrá la fecha de desarrollo del proceso de mediación, los generales de ley de las partes, el nombre completo del mediador y una breve síntesis del hecho delictivo ocurrido. (Anexo 2)

6.2 El Resarcimiento del Daño

“La Victimología siempre ha tratado de llamar la atención sobre los terribles daños físicos, psíquicos, sociales y económicos a los que la víctima del delito puede llegar a enfrentarse, ya sean éstos derivados de la victimización primaria o de la secundaria, así como de la necesidad de que sean atendidas adecuadamente. Es por ello por lo que desde la Victimología se ha insistido en la necesidad de crear programas de asistencia, reparación, compensación y tratamiento para las víctimas”¹³⁰.

En primera instancia debemos identificar que es el daño: *“El daño consiste en todo detrimento, alteración, pérdida o menoscabo que pueda afectar a una persona en si misma o a su patrimonio, a consecuencia de un hecho ilícito o incluso lícito”¹³¹* El daño se clasifica de la siguiente manera:

Daño Directo: Es aquel daño que se sufre de forma inmediata como consecuencia del hecho.

Daño Indirecto: Deriva de los efectos del daño directo y puede ser a su vez material o inmaterial:

Material:	{	Emergente: Afectación inmediata al patrimonio por el hecho. Lucro Cesante: ganancia o beneficio que se deja de percibir. Daño Físico: Lesión que sufre la persona en su cuerpo.
Inmaterial	{	Bienes no materiales que forman parte del patrimonio de la persona. Jurídico: Lesión en los derechos de las personas. Moral: Lesiones psíquicas y emocionales de las personas. Proyecto de vida: menoscabo en la actitud, vocación y aspiraciones de las personas en cuanto a desarrollo personal y futuras oportunidades.

¹³⁰ LAGUNA HERMIDA SUSANA, *Manual de Victimología*, pg. 45.

¹³¹ LÓPEZ BERNIS CAROLINA; GIORGIO ALEJANDRO MARIA, *Medidas Alternativas a la Pena de Prisión*, pg. 21.

Social: Trasciende a quienes sufrieron la afectación original, impacto en la sociedad.¹³²

Ahora bien, para buscar la mejor manera de resarcir el daño causado debemos primero identificar cuáles son las consecuencias que ha sufrido la víctima por el hecho delictivo. Siguiendo el esquema anterior se puede encontrar las posibles soluciones y formas de llegar a un acuerdo que satisfaga a las partes. Una vez que se ha identificado el daño que ha sufrido una persona, se genera una obligación por parte del procesado, que recurriendo al Derecho Civil podemos identificarla como la responsabilidad que tiene el procesado con la víctima de “dar”, “hacer” o “no hacer”. Dentro de las formas de resarcir el daño pueden estar algunas que no necesariamente tienen que ver con la reparación económica en cuestión de cifras monetarias, sino a la realización de actividades realizadas por el delincuente en beneficio de la víctima, el patrocinio de asistencia psicológica inmediata o la simple restitución del bien afectado.

Cuando el hecho delictivo ha implicado una afectación al patrimonio de la víctima sobre todo en delitos contra la propiedad (daño directo) y la cosa se encuentra disponible la mejor manera de lograr un acuerdo sería la devolución de la afectación del patrimonio, es decir volver las cosas a su estado normal, que muchas de las veces es lo que las víctimas buscan en esencia sin necesidad de someterse a un juicio penal que la mayor parte de veces también hay que seguir por la vía civil. Sin embargo, existen tipos delictivos que no pueden regresar las cosas a su estado normal (daño indirecto) que necesariamente serán sujetos de reparación económica.

6.3 La Reparación Económica

“Nace en la Ley de las XII tablas promulgadas alrededor del año 450 a.C ya que prescribe el pago pecuniario para la mayor parte de los delitos, diferenciando entre “damnum” o “poena” según la infracción hubiese constituido en hurto o daño a una cosa o en una lesión física grave y en ambos casos, la suma abonada por el culpable se

¹³² RODRIGUEZ GABRIELA; BAÉZ IVAN; SALAZAR MARCELA; PULIDO JIMENEZ MIGUEL, *Responsabilidad y Reparación: Un Enfoque de los Derechos Humanos*, pg. 21-22

entregaba al ofendido”¹³³. Cuando acontece un hecho delictivo la inmediata reacción de la persona que se siente afectada económica y moralmente es acudir a la Fiscalía en busca que se haga justicia, pensando que el Estado como ente administrador de justicia al encontrar al delincuente, desarrollarse un juicio o encarcelar al procesado reparará el daño causado.

Sin embargo, lo que las personas realmente buscan según muchos autores de victimología es la reparación real del hecho causado, entiéndase por reparación real la compensación de acuerdo a las necesidades de la víctima con la que se pueda satisfacer sus necesidades desde el momento de la negociación con fines a futuro, es decir que conforme pase el tiempo la víctima no se arrepienta de haber llegado a la mediación. La reparación económica se puede aplicar netamente en daños indirectos, aquellos que no existe la posibilidad de la cosa o la propiedad afectada y debido a esto se utiliza la indemnización de la afectación a la persona.

Siempre se tomara en cuenta las posibilidades económicas tanto de víctima como del procesado, debido a que no es lo mismo satisfacer con dinero a una persona humilde que a un multimillonario y la sola cantidad de dinero entregado a la víctima, puede ser insuficiente, por lo que siempre se analizara en forma real las expectativas del ofendido antes de iniciar un proceso de mediación y también la posibilidad real del delincuente de satisfacer las pretensiones de la víctima. También hay que tener en cuenta las formas en que el culpable intenta resarcir el daño, como petición de perdón o distintas formas de reparar las consecuencias del hecho delictivo hacia la víctima, sin que sea ésta económica y la víctima este completamente de acuerdo.

El fin de la reparación responde al tipo de daño:

- a)** Restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;
- b)** Indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos, que, como consecuencia del delito sean necesarios para la

¹³³ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE COMPOSTELA, *Estudios Criminológicos XXII*, pg. 171.

recuperación de la salud de la víctima incluyendo tratamientos psicológicos y terapéuticos;

c) Resarcimiento de los perjuicios ocasionados¹³⁴.

Para examinar los diferentes medios de reparación económica en un hecho delictivo se tomara en cuenta el tipo de daño causado, por lo general la reparación económica se utilizan en los daños inmateriales, que son aquellos que no tienen objeto material para ser restituido.

Cuando se ha producido lucro cesante en un hecho delictivo que imposibilita trabajar a la persona y percibir su salario; por ejemplo en el caso de robo de herramientas o material de trabajo que impide llevar el sustento a su hogar, y no digamos el caso de alteración o destrucción maliciosa de mercaderías o instrumentos de fabricación a una compañía o empresa que lo ha llevado al cierre de la misma por efectos de un hecho delictivo, la verdadera reparación del daño será de manera económica. Se tomara en cuenta el valor real del daño causado y la reparación se puede efectuar en cuanto a la cantidad económica que la víctima a dejado de percibir. Cuando existe un daño físico causado a la persona, por ejemplo en el caso de lesiones, además de la reparación por lucro cesante se debe tomar en cuenta los costos de atención medica y recuperación que necesita la víctima para poder regresar a su vida normal.

Existen también los daños inmateriales que no afectan al patrimonio de la persona y por lo tanto las cosas no pueden volver a su estado anterior, dejando la puerta abierta a la posibilidad de arreglar la consecuencia del hecho de diferentes maneras:

- a) En daños jurídicos cuando existe la vulneración de un derecho, por ejemplo casos como abuso de confianza, bigamia, colusión, violación de domicilio, publicación o utilización de datos personales sin autorización, etc., las partes podrán llegar a un acuerdo que beneficie más a la víctima que al procesado debido a que la violación de un derecho es difícil de resarcir materialmente y la única forma de arreglarlo sería de manera económica.

¹³⁴ PULIDO JIMENEZ MIGUEL, *Responsabilidad y Reparación, Un Enfoque de los Derechos Humanos*, pg. 37.

- b) Las injurias calumniosas, el atentado a la honra y buen nombre y todo hecho que como consecuencia genere un malestar síquico y emocional a las personas será susceptible de un reparo económico cuyo objetivo busque la recuperación del sufrimiento originado por el hecho delictivo, que puede ser un tratamiento de terapia psicológico o el simple destino de dinero como medio de indemnización.

Sin embargo, existen casos en los que el ofrecimiento de unas disculpas públicas o el arrepentimiento por parte del procesado prometiendo enmendar el daño causado son suficientes para lograr un acuerdo satisfactorio.

Actualmente en nuestro código hablamos de reparación en tres maneras:

1. Cuando la víctima no propuso acusación particular, pero existe sentencia penal que determina la existencia de la infracción y la culpabilidad del procesado, tendrá que acudir ante el Juez de lo Civil para que conozca y a su vez resuelva la acción por los daños y perjuicios derivados del delito;¹³⁵
2. Cuando el delito es de acción pública y al final del desarrollo del Proceso Penal el Juez declara procedente ya sea la acusación particular, la existencia de la infracción o la imputabilidad del acusado, será el mismo quien declare el monto de los daños y el valor de la indemnización, y;
3. Cuando el juez penal impone el cumplimiento de una condena al imputado, la cual no satisface de ninguna manera las necesidades de la víctima, porque el juez no sabe a ciencia cierta qué es lo que realmente desea la víctima.

A diferencia de nuestra legislación, existen legislaciones latinoamericanas como Cuba, Perú y Bolivia que previenen la posibilidad de insolvencia del procesado o que éste no tenga las suficientes posibilidades económicas para indemnizar a la víctima y dentro de su política criminal han creado la figura de “La Caja de Resarcimiento”, que es una institución en la que se deposita los salarios de la persona privada de libertad para indemnizar a las víctimas. En Bolivia es llamada “Caja de Reparación” y los fondos

¹³⁵ CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Art. 31.- Competencia en los Juicios de Indemnización.-
1.- (b).

proviene del Estado, las herencias vacantes, los bienes decomisados como objeto del delito y de donaciones. En Cuba la responsabilidad es netamente del delincuente llegando al punto de embargar sus bienes y hasta su salario.¹³⁶

En este tipo de programas de reparación, propiciados tanto por las Naciones Unidas como por el Consejo de Europa, y al margen de los programas estatales de indemnización, el delincuente debe reparar el daño ocasionado e indemnizar a la víctima a través del pago de una cantidad de dinero, de la realización de una actividad concreta o mediante la prestación de determinados servicios, en el seno del sistema jurídico penal, lo que podría conducir a una mejora de las actitudes de los ciudadanos hacia la justicia y el propio sistema¹³⁷.

6.4 El Efecto Sentencia

Art. ... (37.1).- Acuerdos de Reparación.- “...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 con la acción penal”

Al ser la mediación un proceso legal y que conlleva todas las formalidades de un juicio ordinario, el acta de mediación que contiene el acuerdo entre las partes no podía quedar atrás. El acuerdo al que lleguen las partes tendrá el mismo valor que una sentencia ya que para que tenga validez plena tiene que ser revisada, aceptada y ratificada por el Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales.

“Art. ... (37.1) “... En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo sólo procederá cuando el juez de Garantías Penales conozca del cumplimiento del mismo”

¹³⁶ www.cienciaspenales.org/REVISTA01/tiffer01.htm

¹³⁷ LAGUNA HERMIDA SUSANA, *Manual de Victimología*, pg. 147.

La reparación del daño se mandará hacer efectiva en la misma forma que una condena o una multa y una vez que la sentencia cause ejecutoria, el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato al Fiscal competente para que efectúe el cese de medidas cautelares en el caso que existan. Cabe resaltar que el resultado de una mediación penal debe ser siempre apegado a estricto derecho y no brinda la posibilidad de interponer recurso alguno sobre la resolución del juez, debido a que es un acuerdo al que han llegado las partes.

Dentro de los posibles acuerdos que lleguen las partes pueden ser los siguientes:

- a) Resarcimiento del daño causado en cuestiones patrimoniales.
- b) Reparación económica hacia la víctima en daños inmateriales.
- c) Patrocinio de tratamiento terapéutico o ambulatorio.
- d) Cumplimiento de una o más condiciones del Art. 37.3 del Código de Procedimiento Penal.
- e) Perdón o remisión del delito o la pena por parte del ofendido. (Anexo 3)

Cualquiera sea estas cláusulas deben encontrarse debidamente especificadas en cuestiones de tiempo y plazos, los mismos que no podrán ser mayores al sugerido por las partes y la manera en que se va a cumplir el acuerdo por parte del ofendido y el procesado, sobre todo para evitar confusiones a futuro. Ejemplo (Anexo 2)

6.5 Incumplimiento del Acuerdo

Art. ... (37.1).- Acuerdos de Reparación.- “La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumple, 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”.

Ahora bien, la única manera de comprobar el cumplimiento de un acuerdo es mediante un equipo que se encargue de hacer seguimiento a la mediación, es decir, desde el momento en el juez otorga la resolución, éste equipo encargado deberá tener como “pendiente” el expediente y las fechas para el cumplimiento, para esto deberá mantener contacto con las partes, sobre todo con el ofendido que es quien tiene la respuesta

principal. Lamentablemente, en nuestra legislación no es utilizado este procedimiento con fuerza, por lo tanto es difícil hacer un seguimiento específico y la única forma de comprobar es cuando ha pasado el tiempo y el ofendido con su abogado acuden ante el Fiscal a reclamar el incumplimiento del acuerdo, de hecho, existen casos que por tiempo el ofendido no llega a reclamar y el caso termina ahí.

Como podemos ver la ley nos otorga dos caminos para seguir, y es decisión del ofendido elegir el que más le conviene, ya sea nuevamente empezando un juicio en el que se regresaría a la etapa inicial, lo cual no es lo más conveniente, o hacer efectivo el acuerdo por medios legales. Al ser una resolución que tiene fuerza de sentencia, el Juez podría ordenar cuando se trate de reparación económica el embargo de su patrimonio o por lo menos que el procesado dimita bienes, pero queda a su sana crítica y según el caso la manera más adecuada de hacer ejecutar la resolución.

Sin embargo, ¿qué es lo que ocurre cuando el acuerdo no tiene nada que ver con reparación económica y el cumplimiento depende de servicio a la comunidad o alguna de las condiciones del Art. (37.3)? Lamentablemente la ley a dejado un vacío en ese sentido, a mi criterio, lo importante es contar con un equipo de trabajo que haga el seguimiento constante del caso y la eficacia de los resultados, además se deben implementar alternativas para los casos de incumplimiento así como incentivos cuando se compruebe buenos progresos y vincular a las personas como apoyo y supervisión del acuerdo. Con este equipo de supervisión lo que se intentaría es crear actividades reparadoras que impidan transgresión entre las partes y reincidencia al final del cumplimiento del acuerdo.

Para evitar incumplimientos posteriores una de las prioridades importantes del mediador y del proceso en si mismo, es velar por la calidad del acuerdo, en lo que se refiere a las consecuencias que puede tener para las partes en el futuro, las posibilidades reales de cumplimiento y los posibles efectos sobre terceros que puede acarrear el desarrollo de la resolución. Sin embargo, aunque el acuerdo suele ser el objetivo de la mediación, conviene que el mediador no olvide, cuando sea posible y deseable, mejorar las relaciones entre las partes, de manera que sean capaces por sí mismas de resolver

disputas futuras y a su vez incentivarse mutuamente para el cumplimiento de la resolución.

CAPITULO VII

La Mediación en la Justicia Penal del Ecuador

El sistema penal se encuentra en caos a nivel latinoamericano, a diferencia de sistemas que utilizan las medidas alternativas como los países anglosajones tienen un eficiente desarrollo del proceso penal. Con la mediación la finalidad de la pena o castigo quedaría para los casos que realmente necesitan ese tratamiento, logrando con esto despojar del dominio absoluto que tienen las autoridades persecutoras del crimen, para dar la posibilidad a las víctimas de buscar su propio reparo del hecho, claro conforme a derecho y en cuanto al procesado, que el mismo el que escoja su propio destino y lo que más le conviene.

7.1 Ventajas y Desventajas de la Mediación en el Derecho Penal

“El proceso penal encara una estricta, severa y compleja actividad de recopilación de elementos de conocimiento que permitan determinar en el juzgador un convencimiento sobre la verdad de la acusación: verdad histórica que el orden jurídico sólo aceptará cuando resulte efectivamente probada. La mediación propone un cambio de la verdad material por la verdad consensual, construida en un proceso comunicativo que intenta una conciliación víctima-autor y que, en sí mismo, teniendo como base el conocimiento del hecho y sus consecuencias, contiene un potencial pacificador de las relaciones sociales al que se atribuye una particular relevancia jurídico penal”¹³⁸.

Existen varios criterios que van a favor y en contra de la mediación en Derecho Penal, para las culturas anglosajonas y de occidente es una herramienta eficiente para su sistema judicial debido a la celeridad con que se resuelven los procesos, a diferencia de países latinos cuya cultura de mediación recién esta implementándose en todas las áreas menos en la penal. Los que defienden el positivismo y la teoría de la pena están

¹³⁸ BENARTE OCHOA FRANCISCO, *Sistema Penal Acusatorio*, pg. 317.

totalmente en contra del sistema, pues para ellos es quitarle la formalidad que merece el Derecho Penal y un facilismo para los delincuentes. Sin embargo voy a exponer las razones por las que la mediación debería ser una política criminal más en nuestro sistema judicial.

7.7.1.- Ventajas:

- Nuestra Constitución tiene estricto apego a los Derechos Humanos, con la mediación en Derecho penal se hacen efectivos los mismos ya que el endurecimiento de la pena no ha sido durante la historia la mejor solución al delito, ni la prisión la mejor rehabilitación para el delincuente. Con la mediación, la pena quedaría reservada para los casos estrictamente necesarios, y la toma de responsabilidad del delincuente sobre sus actuaciones ilícitas cometidas generaría la toma de conciencia para evitar que vuelva a delinquir, ya que se ha comprobado que el delincuente al enfrentar a la víctima genera un sentimiento positivo de rehabilitación y arrepentimiento.
- El Derecho Penal tiene principios que cumplir, como el de economía procesal, celeridad, igualdad, que no siempre son efectivos, los tiempos de prueba, peritajes, testimonios, instrucción fiscal e indagación previa no siempre van de la mano con la economía procesal ni la celeridad, y las partes no están en igualdad de condiciones durante el proceso ordinario, pues, el estado persigue y busca el máximo rigor de la pena para quien ha delinquido, creyendo que el castigo es lo que repara el daño causado, sin preguntar o tomar en cuenta las necesidades del ofendido. La mediación evita el tiempo y desgaste que se invierte en un proceso penal, el proceso máximo puede finalizar en dos sesiones y las partes buscan con plena igualdad la solución que más se adapte a las necesidades mutuas, cumpliendo efectivamente con los principios del Derecho Penal que busca la retribución, rehabilitación, prevención y control del orden social.
- Con la mediación el proceso penal deja de ser un proceso que busca un culpable y una condena, para convertirse en un proceso que realmente hace justicia, satisfaciendo las necesidades reales de las víctimas y buscando la paz social que genera un ambiente de armonía, en lugar de la búsqueda de la verdad histórica que solo genera insatisfacción social y lucha de poderes.

- El sistema penal al otorgar leyes más estrictas genera más violencia entre policías, órganos administradores de justicia y la sociedad, logrando un incremento de arbitrariedad y corrupción hacia aquellas personas que no tienen los medios suficientes para una adecuada defensa, de ahí la razón por la que las cárceles están abarrotadas de delincuentes, lo que no va en ningún sentido con la finalidad del Derecho Penal que es la prevención y disminución de delitos. Con la mediación la víctima y el ofendido son los que buscan en igualdad de condiciones su propia justicia y el sistema se torna equitativo evitando de esta manera la sobrepoblación carcelaria y la resocialización del delincuente.

-En el Derecho Penal la oficialidad del caso es competencia del Fiscal, el interés del desarrollo y finalización del caso es netamente público, es decir, solo el estado es el encargado de perseguir y sancionar el hecho delictivo, quedando el delincuente y el ofendido como meros espectadores del proceso de manera activa y pasiva relativamente, a diferencia que con la mediación las partes procesales son las protagonistas del conflicto y las que resuelven democráticamente el delito suscitado entre ellos, lo que daría como resultado la resocialización del sistema penal que debería ser el componente principal de una sociedad democrática.

- El sistema Penal por medio de la imposición de la pena degradada al ser humano, al cumplir la condena el delincuente llevará de por vida su pasado judicial, lo que hace que pierda su dignidad y honra para ser en el futuro rechazado socialmente, lo que inevitablemente generará una persona no apta para reincorporarse a la sociedad adecuadamente. Con la mediación el Estado garantiza la aplicación de los Derechos del Hombre y Ciudadano “La ley no debe establecer más penas que las estrictamente necesarias”, buscando medidas alternativas menos crueles a la privación de libertad, menos costosas y con mejores resultados de reincorporación y readecuación del delincuente en una sociedad y dejando a la pena para los casos estrictamente necesarios y al derecho penal como la “*ultima ratio*” que se consagra en todas las legislaciones del mundo.

- El Derecho Penal nace para poner un equilibrio entre el delito y la venganza privada por medio del Estado, sin embargo, el sistema penal parece que ha olvidado que existen

muchos casos penales en los que es más importante reestablecer los intereses de los ofendidos que recurrir a la imposición de la pena como solución del problema. La mediación nace para poner solución a todos los conflictos, pero una solución que las partes son las que la proponen, buscan, generan y finalmente quedan satisfechas en base a sus posibilidades y necesidades.

- El éxito o fracaso de un Proceso Penal depende de las pruebas, peritajes, tiempos y convencimiento del juez, quien a su vez es el que decide sobre la sentencia. En consecuencia, las partes muchas veces tienen que someterse a algo que no buscaban y apegarse al estricto sentido de la ley y la sentencia. En la mediación no hay éxito o fracaso para ninguna de las partes, ni es necesario buscar la verdad histórica, pues ésta ya está dicha y menos hay un juez que imponga medidas o sentencias que generan inconformidad. La resolución que se emite luego de un proceso de mediación es el acuerdo al que las partes han llegado, que si bien debe estar conforme derecho, su objetivo principal es satisfacer sus propias necesidades y tiene la misma fuerza que una sentencia judicial.

- Las personas ven al crimen como un daño contra las relaciones humanas y en consecuencia buscan soluciones a su problema en el Estado, con el uso de la mediación se generaría en la sociedad una cultura diferente al litigio, que busquen el diálogo y acuerdo mutuo, siendo los directamente implicados los protagonistas del proceso y los que van a juzgar el final destino del problema en base a responsabilidades y necesidades en las que todos ganarían.

- “Éticamente, la enseñanza humanística ha demostrado que la mejor forma de responder a la maldad es a través de la bondad y el bien. La reconciliación, la reparación y el perdón son socialmente más constructivos que el empleo de la fuerza, el odio y la venganza”¹³⁹.

¹³⁹ HIGHTON ELENA; ALVAREZ GLADIS; GREGORIO CARLOS, *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, pg. 210.

7.1.2 Desventajas

Algunos autores indican su descontento con la mediación señalando que es un proceso que elimina toda seriedad y formalismo al derecho penal, sin embargo hay que recordar que el fin del derecho penal no es la formalidad del proceso sino la búsqueda del orden social y la armonía en la sociedad. La mediación al ser un proceso que se desarrolla de una forma positiva no acarrea gran número de desventajas, lo que si existen es inconvenientes que pueden suscitarse antes, durante y después de la misma como los que detallo a continuación:

- Con el uso de la Mediación, puede darse el caso que por el tráfico de influencias que es muy común en nuestra función pública, el mediador que va a ser quien dirija el proceso no se encuentre debidamente preparado o no sea un profesional con ética arraigada y como consecuencia no pueda manejar el caso de la manera correcta, ya que podría colocar a la víctima en una posición incómoda, al procesado en estado vulnerable o presionar ante las partes y lograr concesiones que quizá ninguna de las partes deseaban.
- Con respecto a los órganos administradores de justicia se corre el riesgo que los fiscales no se encarguen de verificar si los hechos son fácticos y de verdad absoluta, y a su vez el procesado para evitar el juicio y al verse indefenso se declare culpable por ejemplo de tres delitos, cuando en realidad solo cometió uno, lo que no cumpliría con los fines de la mediación y obviamente el resultado no será satisfactorio.
- También se corre el riesgo cuando la transparencia del Fiscal está en tela de duda en cuanto a su discrecionalidad, y que por alguna razón puede solicitar demasiada benignidad en casos que no se adecuan a la petición. Ricardo Vaca Andrade con respecto a la transparencia de las autoridades manifiesta que hay que tener cuidado y vigilar, ya que *“Basta recordar cuan corruptos y desvergonzados se volvieron algunos Intendentes Generales y Comisarios de Policía, cuando se percataron que en sus manos estaba la libertad de unos cuantos ciudadanos que fueron víctimas de sus extorsiones y chantajes, así como el poder que tenían ante la posibilidad de dictar auto cabeza de*

proceso sin fundamento alguno pero convenientemente puesto a consideración del mejor postor”¹⁴⁰

- Al no existir todavía una reglamentación específica del proceso de mediación los delincuentes pueden utilizarla como un método de escape hacia la coerción y el castigo, sobre todo porque en ninguna parte del Código de Procedimiento Penal indica que no será aplicable en casos de reincidencia.
- El mediador es el que se encarga de hacer cumplir las garantías del debido proceso, ya que no existe juez que las controle, lo que perjudicaría a las partes en el caso que el mediador no esté debidamente instruido o preparado para poner en práctica.
- Actualmente su uso en nuestra legislación no es común, lo que quiere decir que no es una tercera vía para evitar la prisión.

7.2 Beneficios para las Partes

7.2.1 Para las Víctimas:

- Se evita la reiteración del hecho delictivo, lo cual causa una victimización excesiva, pues el hecho de recordar y repasar el hecho en las diferentes etapas de un proceso genera un sentimiento de inconformidad, lesividad y venganza, que es muy difícil olvidarlo en seguida.
- El sistema penal ordinario considera a la víctima una simple espectadora y denunciante, debido a que las personas que van al juicio intervienen por ellas mismas solo el momento de la declaración del hecho, pero quien lleva el juicio y busca una sentencia es su abogado y el fiscal, teniendo que acogerse a la decisión de un tribunal, que inclusive muchas de las veces hasta genera sentimiento de culpa en el ofendido. Con la mediación la víctima va a ser una parte activa y protagónica en la búsqueda de su propia justicia.

¹⁴⁰ VACA ANDRADE RICARDO, *Manual de Derecho Procesal Tomo I*, pg. 226

- La mediación otorga a la víctima la posibilidad de preguntar al delincuente todas las incertidumbres que genera un delito, ¿Por qué me eligió a mí?, ¿Cómo entro a mi casa?, ¿Cuál era su objetivo?, ¿Cómo va reparar el daño causado? etc., y que solo el procesado podrá responder. En un juicio ordinario no se investiga las razones o el origen de la infracción sino solo la verdad histórica, confirmar que existió delito y castigar al delincuente.
- La víctima tiene la oportunidad de enfrentar al delincuente y expresarle o desahogar todos los sentimientos y pensamientos que generó el hecho delictivo, brindando la oportunidad de que el procesado ofrezca sus disculpas y pida perdón.
- Se evita el sentimiento de frustración que siente la víctima al ver la demora que incluye el desarrollo de un proceso. La mediación al ser un método rápido en tiempo y esfuerzo genera menos desgaste psicológico, estrés y problemas emocionales que surgen con un juicio.
- La víctima encuentra a la mediación como un proceso rápido y económico en términos de tiempo esfuerzo y dinero ya que se evita careos denigrantes en búsqueda de la verdad histórica.
- La culminación exitosa del proceso genera satisfacción a la víctima en cuanto al cumplimiento de sus necesidades y de una verdadera justicia hacia su persona, lo cual hace que la sociedad sienta más seguridad jurídica y confianza hacia el sistema judicial.

7.2.2 Beneficios para el delincuente:

- Evita la prisión y le brinda la oportunidad para responsabilizarse, enmendarse y reparar las consecuencias del hecho delictivo, pero de una manera más humana que se adapta a las necesidades de la víctima.
- El proceso es un acontecimiento ideal para que el procesado tome conciencia sobre su actuar delictivo y se enfrente a la oportunidad de cambio y remisión.
- Con la mediación el procesado tiene la oportunidad de mostrarse tal cual es en persona, ser escuchado, comprendido y así evitar la estigmatización de monstruo o criminal para pedir una oportunidad de perdón en lugar de aguantar un castigo.

- El procesado tiene la oportunidad de arreglar el daño que ocasiono de acuerdo a sus posibilidades y de esta manera retribuir el daño al ofendido lo perdido, lo sentido, y lo que la justicia común ignora siempre, la satisfaciendo sus necesidades.
- La mediación será la última oportunidad que tiene el procesado para cambiar su imagen de “delincuente” a la de “persona arrepentida”, a diferencia del proceso penal ordinario que por nada del mundo otorga una segunda oportunidad a ninguna de las partes.
- Al remitir al delincuente a un servicio de asistencia o trabajo en la comunidad se lograría la rehabilitación efectiva de su persona. Lo que no se ha logrado durante todos estos años con el uso de la privación de libertad.
- La mediación ayuda al delincuente porque otorga una *“Integración de propuestas y soluciones que contemplan a la persona en toda su dimensión humana y no, únicamente, como objeto jurídico pasivo. Incorpora elementos psicológicos, de valores, filosóficos e, incluso, morales y éticos”*¹⁴¹.

7.3 Beneficios para el Sistema Judicial

Es indudable que nuestro sistema penal se encuentra en caos, causas retrasadas, prisiones que caducan, demora en la sustanciación de los juicios y ni hablar de los Centros de Rehabilitación Social que cada momento reclaman atención, bienestar y una real reincorporación del delincuente hacia a la sociedad. Estos son los resultados de un sistema penal consuetudinario desde que se inicia el Derecho Penal, sin embargo, la mediación propone nuevas beneficios que mejorarían el sistema judicial al igual que el sistema carcelario:

*“El sistema de justicia penal es altamente incierto e inefectivo en todos los momentos en que se desarrolla el proceso de criminalización secundaria”*¹⁴², lo que genera insatisfacción en la sociedad, sentimientos de impunidad y desconfianza en la justicia ecuatoriana, con la mediación al ser un proceso inmediato, rápido y de soluciones

¹⁴¹ VINYAMATA CAMP EDUARD, *Aprende Mediación*, pg. 40.

¹⁴² LOPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, pg. 152.

prácticas, las personas volverán a creer en la justicia del país y se obtendrá la tan anhelada “seguridad jurídica”, elemento indispensable de un estado de derecho.

La mediación se basa en la finalización anticipada del proceso penal cuando éste proceso ya se ha iniciado, lo que trae como consecuencia un descongestionamiento en la administración de justicia penal y una política criminal más modernizada y adecuada, otorgando al país la oportunidad de mejorar la atención de la ciudadanía que solicita ayuda judicial penal.

La mediación excluye el proceso de investigación, porque la verdad se encuentra previamente establecida, lo que elimina el tiempo que invierte el Fiscal para el desarrollo de la instrucción fiscal, términos de prueba y toma de versiones y testimonios, logrando destinar eficazmente su tiempo y recursos para la investigación de delitos graves y de gran importancia.

-La carga procesal en los juzgados penales y fiscalías se reduciría, por lo tanto, también se reduce los recursos humanos y logísticos de las defensorías públicas, policía judicial y departamento de criminalística lo que permitirá la utilización eficaz del sistema en la prevención y resolución de las causas de mayor impacto social.

-Los Centros de Rehabilitación Social se encuentran con superpoblación carcelaria, inclusive en condiciones de hacinamiento (Anexo 5), con la mediación y el uso alternativo de medidas que eviten prisión, la infraestructura actual de los Centros de RehabilitaciónS, se adaptaría a las necesidades de las personas privadas de libertad lo que cumpliría con las condiciones de una rehabilitación adecuada.

-Cada persona privada de libertad tiene un presupuesto diario de \$10.61, lo que es utilizado en alimentación, servicios públicos, talleres de reinserción laboral, etc. Si solo se evitaría que diez personas vayan a prisión se generarían \$106.10USD diarios, que podrían ser destinados para optimizar el proceso de rehabilitación social, ya sea en infraestructura, educación o reinserción laboral.

“Cada vez que hay impunidad por el ejercicio incorrecto del propio sistema penal, automáticamente se están vulnerando los derechos de las víctimas que, en plano de

igualdad jurídica, son tan merecedoras de proteger que los delincuentes”¹⁴³, con la mediación y las satisfacción de necesidades de las partes, el sentimiento de impunidad se reduce en gran número, lo que hace cumplir plenamente con los derechos de las víctimas.

7.4 Introducción de la Mediación Penal en la Legislación Ecuatoriana

“La vida siempre anteceda a las leyes y éstas solo seguirán siendo útiles y operativas si se mantienen atentas a aquella”¹⁴⁴.

En el Ecuador no se han generado reformas al Código Penal desde 1938, sin embargo las últimas reformas al Código de Procedimiento Penal introducen el camino a la mediación, indudablemente es una esperanza de cambio hacia una cultura de paz en lugar de litigio. Actualmente no hay una regla legal o artículo que impida el uso de la mediación en materia penal, al contrario su posibilidad se encuentra en la conversión y el acuerdo de reparación, a pesar que actualmente deje muchas puertas abiertas a su uso y desarrollo.

Las nuevas reformas al Código Penal posibilitan completamente el uso de la mediación, que genera un mayor protagonismo en la víctima y la búsqueda de una solución al conflicto generado por el delito, lo que indudablemente es un adelanto positivo en la legislación ecuatoriana.

El proyecto de codificación del Código Penal al referirse a la mediación penal lo hace de la siguiente manera:

¹⁴³ ZAMORA GRANT JOSE, *Derecho Victimal: La Víctima en el Nuevo Sistema Penal Mexicano*, pg. 207.

¹⁴⁴ MARTIN LOPEZ MARIA TEREZA, *La Responsabilidad Penal de los Menores*, pg. 106.

TITULO VIII

MEDIACION PENAL

Artículo 768.- Procedencia.- La mediación penal procederá en los siguientes casos:

Si la infracción es leve;

Si la infracción no implica vulneración o perjuicio a intereses del Estado o colectivos;

Si la comisión de la infracción afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial particular;

Si la persona procesada no ha sido sentenciada anteriormente por la comisión de otras infracciones relacionadas con los numerales anteriores; y,

Si existe el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida y la aceptación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada.

Art. 769.- Reglas generales.- La mediación se regirá por las siguientes reglas:

Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas o personas ofendidas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los sujetos procesales podrá solicitar a la otra someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia preparatoria de juicio. El Fiscal remitirá el pedido de mediación a un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura;

En caso de que dentro de la mediación no se alcanzare ningún acuerdo, las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno;

El acuerdo al que se llegue en la mediación deberá incluir reparación a la víctima y tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada;

El consejo de la Judicatura llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos que se sometan a mediación y los resultados de la misma;

La jueza o juez de garantías penales podrá promover la solución del conflicto a través de la mediación de conformidad a estas reglas;

La mediación penal estará a cargo de mediadores acreditados por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos por el Consejo de la Judicatura;

El Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, voluntariedad, confidencialidad y registro previstas en este Código; y,

Para la ejecución de los acuerdos se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

7.4.1.- Críticas:

Art. 768.- Procedencia: En la propuesta para la reforma del Código Penal y Procesal Penal, no se incluyen los delitos de acción privada y la posibilidad de llevarlos a mediación, lo que sería importantísimo debido a que la acción penal la ejerce un particular. La propuesta de reforma debería incluir una cláusula que haga referencia a la posibilidad de mediar en las querellas, de hecho, debería incluirse la mediación como un requisito necesario que se debe proponer o cumplir para dar paso a la sustanciación de la causa en el Juzgado de Garantías Penales.

La mediación no debería aplicarse solo para bienes disponibles, debido a que por la misma razón del hecho delictivo podrían destruirse y con eso evitar la mediación. Debería incluirse solo “bienes patrimoniales o materiales”, para dejar abierta la posibilidad de reponer, restituir o reparar el daño causado, como por ejemplo con la compra de un bien nuevo.

Con respecto a la reincidencia, debería especificarse el tiempo que la persona no debería haber cometido ningún tipo delictivo. Al hablar solo de reincidencia quita la posibilidad de mediar con una persona que cometió algún delito hace cinco años, y que lo hizo actualmente por necesidad.

También debería incluir la posibilidad de mediar en los casos de delitos cometidos por adolescentes infractores y cuáles serían las posibilidades que éstos tendrían para llegar a un acuerdo componedor o reparador.

Debería existir una cláusula que posibilite la mediación en base a las condiciones del procesado en cuanto a sexo, edad, educación y condición económica, cuya realidad de vida sea de extrema pobreza o necesidad.

Art. 769.- Reglas Generales.- El acuerdo al que lleguen las partes no solo debe incluir una reparación, ya que puede existir la posibilidad que la parte ofendida acepte las disculpas de la víctima y a su vez otorgue el perdón o la remisión del daño causado, es decir solo se debería incluir el acuerdo, dejando la posibilidad para que las partes decidan qué es lo que les beneficia más y con que están satisfechas. Si en las reglas del proceso no existe esa posibilidad, no se cumpliría uno de las finalidades del Derecho Penal y la mediación que es el restablecimiento de la paz y las relaciones sociales respectivamente.

Dentro de las reglas generales de la mediación no se incluye cuales son las medidas que debería tomar la víctima en el caso del incumplimiento del acuerdo por parte del procesado. El consejo de la Judicatura no solo debe llevar un registro en que se dejará constancia de los casos sometidos a mediación, lo ideal es que forme un equipo de trabajo que haga seguimiento y control desde los momentos previos a la audiencia de mediación en cuestión de voluntad de las partes, durante la mediación, para evaluar al mediador y su desempeño, y después para prevenir incumplimientos y reincidencias por parte del procesado y verificar si la parte ofendida está realmente satisfecha.

No solo la jueza o juez de garantías penales podrá promover la solución del conflicto a través de la mediación, ya que el policía es en primera instancia el que sabe las reacciones de las partes; el fiscal es el que se encarga de conocer el caso a fondo e intervenir directamente con las partes, por lo tanto será el primero que sabe si el caso es susceptible de mediación y que tan propensas están las partes a la mediación. Lo ideal es que el fiscal envíe el caso a un equipo especializado para que se encargue de explicar a las partes sobre los beneficios y consecuencias de la mediación y según el análisis que se haga a las partes, proponer el desarrollo del proceso de mediación.

La mediación deberá estar a cargo de “mediadores penales” que tengan una preparación específica en materia penal, que sean abogados para evitar vulneración al debido proceso

y que psicológicamente se encuentren aptos y listos para dirigir la mediación, ya que no es lo mismo mediar un conflicto familiar, civil o de alimentos que un caso de materia penal. El equipo de mediación es el que debería determinar el lugar para el desarrollo de la audiencia de mediación, debido a que no puede ser el mismo lugar para todas las personalidades que se someterán al proceso, de hecho, lo mejor sería que se tenga varias opciones para diferentes tipos de casos y de personas y también se debe sugerir que la mediación siempre se desarrolle conforme al debido proceso.

Se debería hacer una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación destinada únicamente a la mediación penal, ya que los mediadores deben tener una ética suprema, un carisma especial y una preparación perfecta para poder dirigir un proceso entre víctima y victimario. Nunca será lo mismo un proceso de mediación en materia civil que en materia penal. El Consejo de la Judicatura debe velar por incluir como política criminal el proceso de mediación en materia penal, y al ser una política se encargaría también de capacitar a todos los sujetos procesales que forman parte del proceso penal, empezando por los policías judiciales deberían tener conocimientos sobre mediación penal, y no digamos los funcionarios de la Fiscalía y las judicaturas penales cuyas preparación debe ser sólida.

Luego del análisis de las carencias en el proyecto de reforma al Código Penal he considerado que debería establecerse de la siguiente manera:

TITULO VIII

MEDIACION PENAL

Artículo 768.- Procedencia.- La mediación penal procederá en los siguientes casos:

Si la infracción es leve;

Si la infracción es de acción privada;

Si la infracción es cometida por un adolescente infractor;

Si la infracción no implica vulneración o perjuicio a intereses del Estado o colectivos;

Si la comisión de la infracción afectare bienes jurídicos de carácter patrimonial particular;

Si la persona procesada durante los últimos dos años anteriores a la comisión del hecho delictivo, no ha sido sentenciada por la comisión de otras infracciones relacionadas con los numerales anteriores; y,

Si la persona que ha cometido el hecho delictivo es de extrema rusticidad, discapacitado o se encuentra en situación vulnerable o tiene alguna de las enfermedades catastróficas determinadas por el Ministerio de Salud.

Si existe el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida y la aceptación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada.

Art. 769.- Reglas generales.- La mediación se regirá por las siguientes reglas:

Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas o personas ofendidas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los sujetos procesales podrá solicitar a la otra someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia preparatoria de juicio. El Fiscal remitirá el pedido de mediación a un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura;

En caso de que dentro de la mediación no se alcanzare ningún acuerdo, las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno;

El acuerdo al que se llegue en la mediación deberá incluir las cláusulas que indiquen el acuerdo al que llegaron las partes y tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada;

En caso de incumplimiento del acuerdo por parte del procesado, el ofendido tiene la opción de reclamar el cumplimiento del acuerdo o el desarrollo del caso por la vía ordinaria.

El consejo de la Judicatura llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos que se sometan a mediación, los resultados y el seguimiento de la misma;

La jueza o juez de garantías penales, la Fiscal o el Fiscal y, el ofendido o el procesado por intermedio de su abogado, podrá promover la solución del conflicto a través de la mediación de conformidad a estas reglas;

La mediación penal estará a cargo de mediadores penales acreditados por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos por el centro de mediación penal del Consejo de la Judicatura;

El Centro de mediación penal del Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, voluntariedad, confidencialidad, debido proceso y registro previstas en este Código; y,

Para la ejecución de los acuerdos se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

CONCLUSIONES

En el Ecuador desde que la pena sustituyo a la justicia por mano propia, el Derecho Penal se ha caracterizado por ser punitivo, lo cual con el pasar de los años ha demostrado que la condena hacia los delincuentes no ha disminuido la criminalidad y tampoco ha generado la verdadera rehabilitación de la población carcelaria. No se ha logrado brindar a los miembros de un Estado de Derecho, la seguridad jurídica que merecen y menos la confianza en la Justicia, es por todos estos inconvenientes que distintos países como los anglosajones que poseen justicia efectiva, han creído conveniente el uso de métodos alternativos a la prisión, que reduzcan en un buen porcentaje el número de personas privadas de la libertad, la reincidencia y el caos que vive la administración de justicia.

Con el análisis que actualmente vive nuestro país y con el desarrollo del presente estudio se demuestra que:

- 1.- La mediación es un proceso que facilita el descongestionamiento de la función judicial, por lo tanto, debe ser implementado como una política gubernamental de estado que no solo se preocupe de solucionar la administración de justicia, sino también las necesidades de las víctimas y los procesados.
- 2.- Las cárceles tienen problemas de hacinamiento, llegando algunas a sobrepasar el doscientos sesenta por ciento (260%) de lo posible. La mediación vendría a disminuir esa población carcelaria ya los procesados por delitos menores en lugar de pagar una pena que no es retributiva hacia la víctima, se concentrarían en reparar las consecuencias de su mala conducta y satisfacer las necesidades de la víctima.
- 3.- El cuarenta por ciento (40%) de las personas privadas de libertad no se encuentran sentenciadas, con el uso de los procedimientos alternativos y la mediación se conseguiría una sentencia rápida y con ello menos tiempo de estadía de los procesados en los Centros de Privación de Libertad.

4.- Es de gran importancia La introducción de la Mediación Penal dentro del sistema penal ecuatoriano, no para sustituir al Derecho Penal, ni convertirlo en un proceso privado e informal, sino al contrario, para ser un complemento y una herramienta de apoyo para mejorar la administración de justicia que se encuentra en caos.

5.- La introducción de un proceso de mediación en materia penal no sería una escapatoria al proceso penal ordinario, ni una sustitución de la cárcel por deudas, o un castigo económico o comunitario en lugar de medidas preventivas, mas bien, se lograría la ejecución de una pena adecuada y proporcional al hecho ilícito cometido por medio de un proceso rápido y sencillo que va de la mano con la evolución del Derecho y la modernización de los sistemas jurídicos civilizados.

6.- La Mediación Penal en nuestra legislación no solo es posible, sino que sustancialmente es conveniente dentro de nuestra sociedad ecuatoriana, como método para encontrar la pacificación de las personas y del sistema judicial, lo que acarrea un cambio en los métodos adversariales, que reducen o inclusive suspenden el uso y los fines de la pena, para tomar al Derecho Penal como “*ultima ratio*” destinada a resolver los casos de gravedad y que por su misma naturaleza sería imposible resolverlos por mediación.

7.- El uso de la Mediación Penal en el Ecuador es un gran avance que incluye progreso en todo sentido, la víctima tiene la oportunidad de expresarse ante el ofendido y ser escuchada dentro de un clima de absoluto respeto, del que seguramente resultara la comprensión. Si bien para el delincuente le corresponde la parte más difícil que es enfrentar a la víctima, y tomar responsabilidad por el hecho que su actuar genero, lo hará de una manera muy distinta al proceso judicial tradicional y que se utiliza habitualmente, teniendo de esta manera una oportunidad para analizar y arrepentirse de su propia conducta, lo que indudablemente reduce la reincidencia.

Con el desarrollo del presente trabajo se puede inferir que la mediación es un método encaminado a descongestionar los juzgados penales, disminuir la población carcelaria y con ello hacinamiento de los Centros de Privación de Libertad, solucionar de manera rápida y efectiva las causas penales con la intervención protagónica de la víctima y el

imputado, reducir la reincidencia de los hechos delictivos, además de humanizar la forma en que se desarrollan actualmente los procesos penales y el cumplimiento de la sentencia condenatoria.

RECOMENDACIONES

Como se ha demostrado en el presente trabajo, la Mediación Penal no se encuentra tipificada como tal, por lo tanto es desconocida en la sociedad siendo las posibilidades de acceso a ella casi nulas. Sin embargo, hay que reconocer que los legisladores están ya avanzando hacia la búsqueda de métodos efectivos que solucionen los hechos ilícitos antes de empezar con el juicio. Es por eso que en este momento histórico de transformación que vive la justicia ecuatoriana, el legislador debería tomar en cuenta las siguientes recomendaciones:

- a) 1.- Es importante crear e implementar en nuestra legislación un Código de Mediación Penal, que especifique:
 - b) Los delitos susceptibles a mediación;
 - c) El desarrollo del proceso;
 - d) Las Formalidades que debe cumplir el acta de mediación;
 - e) Medidas en caso de incumplimiento, y;
 - f) El perfil, la ética y los principios que deben regir a los mediadores penales.

3.- El concejo de la Judicatura debería encargarse de crear centros destinados únicamente a la Medición Penal, integrados por personal que se encargue de analizar y controlar desde el momento que se propone un caso a mediación, el desarrollo de la audiencia de mediación y el desempeño del mediador, hasta hacer un seguimiento completo del caso para verificar el cumplimiento y la satisfacción de las partes.

4.- El Ministerio de Justicia debería patrocinar la mediación como un sistema educativo para la sociedad, además de crear un órgano controlador y seleccionador de profesionales idóneos para que dirijan los procesos, también debería capacitar a todos los funcionarios judiciales, incluyendo a la policía, para evitar la burocratización del

sistema o el uso indiscriminado del mismo. Siempre deberá existir el control judicial que resguarde los derechos de las partes y el apoyo del ejecutivo, del legislativo, del judicial y de los medios de comunicación que generen una cultura mediática en lugar de crónica roja o amarillista.

4.- Para que la mediación pueda realmente producir frutos es indispensable generar una cultura de cambio en la conciencia de las personas que forman parte de una sociedad, ya que al ocurrir un hecho delictivo generalmente lo que se busca es venganza y castigo utilizando como medio el juicio. Es el Estado entonces, el que debe introducir a la mediación como política gubernamental, y así como se destinan recursos para campañas de “no violencia”, “no al machismo”, “pensemos en grande”, “prohibido olvidar”, etc., crear campañas que fomenten del uso de la mediación en todo sentido, para lograr vivir en el futuro en una sociedad de paz y orden social.

Para finalizar, quiero expresar que todo cuanto llevo expresado en el presente trabajo constituye más que un análisis y propuesta, un anhelo. La esperanza de “un cambio” cuya transformación esta a mediano plazo. El presente análisis no es una visión desesperanzada de la realidad, sino una propuesta de realizar un cambio radical en el modo de vernos a nosotros mismos como abogados en litigio, para vernos como abogados que colaboran con las víctimas, los procesados, el sistema judicial y la sociedad. Abogados que luchan por los derechos, por la solidaridad, por la satisfacción efectiva de las partes, el perdón y la cultura de paz en el mundo. Como decía Mahatma Gandhi “Ganamos Justicia más rápido, si hacemos justicia a la parte contraria”.

BIBLIOGRAFIA

www.alfonsozambrano.com/libros/estudio_introductorio.doc

www.elcomercio.com/seguridad/universitario-revisaran-causas-represadas_0_601740002.html

<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1233>

ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. 2003. *La Modernización de la Justicia en España.* Madrid: Dirección del Servicio Jurídico del Estado, 2003.

AMNISTIA INTERNACIONAL. 2004. *Está En Nuestras Manos, No Más Violencia Contra Las Mujeres.* Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2004.

ARNOSO MARTINES, Airana. 2005. *Cárcel y Trayectorias Psicosociales: Actóres y Representaciones Sociales.* Zarauts-España : Edición Alberdaria S.L., 2005.

BENARTE OCHOA, Francisco. 2005. *Sistema Penal Acusatorio.* Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

BENARTE OCHOA, Juan Francisco. 2009. *La Mediación Como Forma de Tutela Jurídica.* Madrid: El Derecho y Quan, 2009.

CASTRO CIERNA, Carlos Guillermo, GARCÍA LOPEZ, Luisa y MARTINEZ VARGAS, Juan Ramón. 2010. *La Contratación Estatal: Teoría General, Perspectiva Comparada y Regulación Internacional.* Bogotá D.C. : Universidad del Rosario, 2010.

CLAUS, Roxin. 2006. *Derecho Penal Parte General, TOMO I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría Del Delito.* Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2006.

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA. 2006. *Derecho Procesal Penal.* Santo Domingo- República Dominicana : Editora Amigo del Hogar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi, y Universidad Autónoma de México "Facultad de Derecho". 2004. *Garantismo Penal.* Mexico D.F: D.R. Universidad Autónoma de México, 2004.

FISHER Roger, URY William, PATTON Bruce. 2005. *Obtenga el Si: El Arte de Negociar Sin Ceder*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000. 2005.

FOIBERG, Jay y TAILOR, Alison. 2005. *Mediación y Resolución de Conflictos Sin Litigio*. México D.F.: Grupo Noriega Editores, 2005.

HERRERA GUERRERO, Mercedes Rosemarie. 2010. *La Justicia Penal Negociada; Un Análisis Comparativo Entre los Procesos Penales Español y Peruano*. Germany: Ediciones Auflage, 2010.

HIGHTON, Elena, ALVAREZ, Gladis y GREGORIO, Carlos. 2004. *Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L, 2004.

HOYO SIERRA, Isabel. 2004. *Introducción a la Psicología del Derecho*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2004.

JORNADAS IBEROAMERICANAS. 2008. *Oralidad en El Proceso y Justicia Penal Alternativa*. Mexico D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

LAGUNA HERMIDA, Susana. 2008. *Manual de Victimología*. Salamanca: CISE - Facultad de Derecho, Despacho 006A, 2008.

LEON PRADA, Victor Onelson. 2005. *EL ABC DEL NUEVO SISTEMA ACUSATORIO PENAL*. Bogotá: Ecoe-Ediciones, 2005.

LOPEZ, Aguado, y otros. 2002. *Estudios Penales y Criminológicos XXII*. Valencia: Servicio de Publicaciones E "INTERCAMBIO CIENTÍFICO DA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA", 2002.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacob. 2004. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

LÓPEZ SANCHEZ, José. 2007. *Protección Penal en la Disciplina Militar*. Madrid: Dykinson, S.L., 2007.

MAGRO, Vicente, HERNANDEZ, Carmelo y CUELLAR, J. Pablo. 2005. *MEDIACION PENAL UNA VISIÓN PRÁCTICA DESDE DENTRO HACIA AFUERA.* San Vicente- Alicante: Club Universitario, 2005. pág. 13.

MARTIN LOPEZ, María Teresa. 2005. *La Responsabilidad Penal de los Menores.* Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2005.

MEJIA GOMEZ, Juan Francisco. 2009. *La Mediación Como Forma de Tutela Judicial.* Madrid: Editorial El Derecho y Quan, 2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. 2008. *Ejecución Penal y Derechos Humanos, Una Mirada Crítica a la Privación de Libertad.* Quito: Carolina Silva Portero Editora, 2008.

NADER KURI, Jorge. 2008. *La Responsabilidad Penal del Juzgador.* Mexico D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN. 2010. *Cuestiones Actuales de la Jurisdicción en España, TOMO 1.* Madrid: Dykinson, S.L., 2010.

RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás. 2002. *La Justicia Penal Negociada, Experiencias en Derecho Comparado.* Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

RODRIGUEZ MANZO, Gabriela, y otros. 2007. *Responsabilidad y Reparación, Un Enfoque de los Derechos Humanos.* México D.F.: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007.

RODRIGUEZ, Jaime, MUÑOZ, Arana y PRADA Rodriguez de, Mercedes. 2010. *La Mediación Presente Pasado Y Futuro De Una Institución Jurídica.* Madrid: NetBiblo, 2010, pág. 16.

RUIZ VADILLO, Enrique. 2003. *La Reforma del Proceso Penal.* Madrid: Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L, 2003.

RUTTBERG, Angélica 2005. *Entre El Perdón y El Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Tradicional.* Bogota: Ediciones Uniandes, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Ciencia Política. 2005.

SANCHEZ COCHEIRA, María Teresa. 2006. *Para Acabar con la Prisión: La Mediación en el Derecho Penal, Justicia de Proximidad.* Madrid: Icaria Editorial, 2006.

SANJURJO REBOLLO, Beatriz. 2004. *Los Jurados en Estados Unidos y en España: Dos Contenidos Distintos de la Misma Expresión.* Madrid: Dykinson, S.L., 2004.

SANTIAGO DE COMPOSTELA, Universidad, y otros. 2002. *Estudios Penales y Criminológicos XXII.* Valencia: Servicio de Publicaciones E Intercambio Científico de la Universidad Santiago de Compostela, 2002.

SILVA SILVA, Hernán. 2005. *Medicina Legal y Psiquiatría Forense TOMO II.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

TINOCO PASTRANA, Ángel y SEVILLA, UNIVERSIDAD DE. 2001. *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law .* Sevilla: Secretariado de Publicaciones, 2001.

VENTAS SASTRE, Rosa. 2006. *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar.* Madrid : Dykinson, S.L., 2006.

VACA ANDRADE, RICARDO. 2007. *Manual de Procesal Penal Tomo I.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.

VACA ANDRADE, RICARDO. 2007. *Manual de Procesal Penal Tomo II.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.

ZAAMORA GRANT, José. 2009. *Derecho Victimal: La Víctima en El Nuevo Proceso Penal Mexicano.* Mexico D.F. : Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.

ANEXO 1

Delitos que Pueden Desarrollarse por Procedimientos Alternativos

TIPO	CONVERSION	ACUERDO DE REPARACION	PROCEDIMIENTO ABREVIADO	PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO
Delitos que comprometan la paz y seguridad del Estado	X	X	levantamiento de planos, acceso a lugares prohibidos incitación al caos político	X
Delitos contra la seguridad interior del Estado	Conspiración para discordia civil	Desprestigio a la autoridad, inculcación a desobediencia	Conspiración, alteración orden constit, ataque al orden jurídico, incitación al desacato	X
Incitación a Rebelión de la Fuerza Publica	X	X	Excepto si existe muerte o lesiones de personas	X
Ayuda a agentes subversivos extranjeros	X	X		X
Promoción de desfiles o manifestaciones publicas no autorizadas	Sin permiso escrito de autoridad, en contra de aut. Compt	X		
Paralización Arbitraria de Servicios Médicos	X	X	Desobedecer aut competente	
Tenencia de armas sin permiso	Armas empleadas en industrias y oficios	Abuso de Armas	Portar armas de uso policial y militar	X
Relativos al ejercicio del sufragio	odio racial, incitación a la discriminación racial	Impedimento del ejercicio de derechos políticos	Fraude electoral por funcionario, compra de voto	X
Contra la libertad de conciencia y pensamiento	Impedimento del ejercicio del culto	Asonadas contra otros cultos	X	Impedimento de libres expresión y circulación de publicaciones
Contra la libertad Individual	X	Arresto, detención o Confinamiento ilegal	Detención ilegal por mas de diez días o un mes	X
PLAGIO	Si la victima es puesta en libertad espontáneamente por el plagiario antes del proceso judicial	Victima en libertad espontáneamente sin malos tratos, después de iniciado el procd. Judicial.	En caso de no llegar a conversión o acuerdo reparatorio	En caso de no llegar a conversión o acuerdo reparatorio
DE LAS ESTAFAS Y OTRAS DEFRAUDACIONES	Abuso de confianza	Abuso de confianza		
Extracción y tráfico ilegal de órganos, sustancias corporales y material anatómico	Trafique, extraiga, compra o venta de cadáveres			
Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto	Obtención y utilización de información no autorizada, protegida o Violación de Correspondencia	Divulgación de secretos capaces de causar daño o información no destinada a publicación		
Delitos contra los presos o detenidos	Recepción de sindicado sin boleta constituc..	Incomunicación o torturas de detenido	x	X

TIPO	CONVERSION	ACUERDO DE REPARACION	PROCEDIMIENTO ABREVIADO	PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO
Rebelión y atentados contra funcionarios	Rebelión por una persona, con o sin armas, varias personas sin armas previo concierto	maltratos, heridas, ofensas o golpes a funcionarios públicos y tribunales.	Ofensas al presidente, Desacato, negación a prestar servicio judicial	Ofensas al presidente, Desacato, negación a prestar servicio judicial
Usurpación de Funciones Títulos y Nombres	Usurpación de función pública	Falsedad en la identificación	Uso indebido de distintivos militares	Uso de distintivos militares con fines delictivos
PREVARICATO ORGANOS ADMINISTRATIVOS	Autoridad publica que niegue o retarde la adm de justicia, serv. Publico o cooperación y auxilio	Jueces que fallan en contra de ley expresa, fallen contra quien no merece o actúe maliciosamente		Empleados públicos que abusen dolosamente de sus funciones perjudicando a causa publica o personas
PREVARICATO	Revelación de secretos profesionales o deslealtad del abogado	Revelación indebida de secretos médicos	Intervención parcializada de juez	Revelación indebida de secretos o documentos reservados
COHECHO	Ejecutar un acto injusto o abstenerse de su obligación	Ejecutar acto injusto en su cargo, Cohecho agravado		
FALSIFICACIÓN	Monedas que no tengan curso legal, alteración de monedas uso doloso de timbres o sellos falsos	sellos de transporte publico o cualquier documento de institución privada	Certificados médicos, certificados de conducta, certificados públicos y utilización dolosa	Falsificación electrónica
Asociación Ilícita	X	X	Asociación para cometer delitos de reclusión menor	Participes que suministraron armas, lugar de reunión o alojamiento
INTIMIDACION	Amenaza verbal por delito de reclusión menor	Amenaza de atentado por delito sancionado con reclusión menor	Amenaza de atentado por delito sancionado con reclusión mayor	Uso de materiales explosivos con el fin de suscitar desordenes
VAGOS O MENDIGOS	Lleven pasaportes o certificados falsos o finjan lesiones o enfermedades	Amenacen con un ataque a las personas o sus propiedades o ejerzan violencia contra ellas	Encontrados con ganzuas, limas u otros instrumentos para delinquir	
INSTIGACION PARA DELINQUIR	Instigación publica contra persona o institución			
DESTRUCCIÓN DE BIENES DE USO PUBLICO	Tumbas, sepulcros, estatuas, objetos de arte de capillas o iglesias,	acueductos ajenos, maquina destinada a industria fabril o agricola, obras nuevas	Edificaciones, puentes, diques, calzadas, carreteras, construcciones nacionales	Destrucción en pandilla o con violencia, violación de sepulcros
DESTRUCCIÓN DE BIENES PRIVADOS	Destrucción no violenta de bienes ajenos, corte o destrucción de amarras	Letras de cambio, títulos, documentos fiduciarios, pruebas de acto o contrato	Tala de plantaciones, Tala o destrucción de campo sembrado, tala o descortezamiento de árboles	envenenamiento de peces, animale o muerte de animales domesticos
DELITOS CONTRA MEDIOS DE TRANSPORTE Y COMUNICACIÓN	Actos tendientes a poner en peligro una nave, Abandonando de puesto	Accidentes producidos por negligencia	Destrucción de vias de comunicación, detención de trenes	Interrupción de comunicación y prestación de servicios sin permiso
DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA	Alteración de artículos alimenticios, Médico que presta su nombre	Propagación de enfermedad peligrosa, violacion de medidas contra epidemias	Despacho o suministro de medicamentos indebidos	Expendio de productos que aleteren la salud, causen lesion permanente o muerte

TIPO	CONVERSION	ACUERDO DE REPARACION	PROCEDIMIENTO ABREVIADO	PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO
DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE	Residos de cualquier naturaleza, resultados de actividades clandestinas	Daños a la salud de personas y bienes, el perjuicio tenga carácter irreversible,	Protección de Flora y Fauna, acuatica, bosques o formaciones vegetales	Funcionario publico que permite verter residuos concomitantes
DELITOS CONTRA LA VIDA	X	Aborto preterintencional, instigación al suicidio, homicidio inintencional		Muerte producida en riña
LESIONES	Lesiones inintensionales	Lesiones con incapacidad desde 90 días en adelante		Lesion incurable, incapacidad permanente o mutilaciones
ACOSO SEXUAL	X	Superioridad Laboral, religiosa, docente o similar	X	X
CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS ILEGALES	Dispensas y autorizaciones	Intervención de autoridad por engaño o intimidación, contrayente doloso	Fraude a la ley, celebración de matrimonio a pesar de inmpedimentos	Bigamia, Inobservancia de leyes en celebracion de matrimonio
DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	Robo sin violencia, Abigeato	Sustracción de Cosa ajena asimilada al robo, Extorción, Chantaje	Ocultación de cosas robadas, Disposición fraudulenta de cosa ajena, embargada o prendada	Organización de seudo cooperativas, invación de tierras con falsa calidad
QUIEBRA	Ocultación u otros actos fraudulentos a favor de fallido	Comerciantes, quiebra culpable, insolvencia		
USURPACION	Sustración o desvío fraudulento de aguas	Usurpacion de aguas		
USURA	Prestamista sin contabilidad	Encubrimiento de Usuras		
DELITOS INFORMATICOS	Obtención y utilización no autorizada de información	Delitos contra la información protegida, destruccion de doc. Electrónicos	Falsificación de documentos electrónicos, Daños informáticos	Apropiación lícita mediante redes electrónicas

ANEXO 2

ACTA DE MEDIACION PENAL

1.- Antecedentes de la Mediación

Mediador:
Teléfono:
e-mail:
Institución:
Fecha:

2.- Identificación de la víctima

Nombre
C.I.
Edad / Fecha de nacimiento
Domicilio
Teléfono

3.- Identificación del procesado

Nombre
C.I.
Edad / Fecha de nacimiento
Domicilio
Teléfono

4.- Identificación del caso

Expediente
Delito
Fiscal del Caso
Juzgado
E-mail

5.- Descripción del proceso de mediación

Fecha de inicio
Sesiones
Fecha de termino

*Fuente: www.mediacionandalucia.es/Amefa/40.pdf

ANEXO 3

Acta de Mediación con Acuerdo de Reparación

En Cuenca, a ____ de _____ de 2012

Reunidos en la sede del Equipo de Mediación Penal de Adultos de la Oficina de La Corte Provincial de Justicia medidas de Cuenca, los interesados en el presente Expediente de Mediación No ____ - __, derivado del Juicio Penal No ____ - __ del Juzgado _____ de _____ de Cuenca, por una parte el denunciante Sr(a) _____, con C.I. _____, y por la otra el procesado _____, con C.I. _____, con carácter previo a la concreción del acuerdo al que han llegado en este proceso de mediación, ambas partes afirman expresamente que son ciertas las siguientes cláusulas:

1.o) Que en el presente procedimiento de mediación han podido realizarse de manera libre y voluntaria, transmitiendo al mediador sus pretensiones, sobre los hechos objeto del procedimiento, y sobre el trámite judicial seguido hasta el momento.

2.o) Que han sido informados de la dinámica del proceso de mediación, de los derechos que les asisten y de las consecuencias que podrían tener lugar en el supuesto de llegar a un acuerdo, como de no poder llevarse el mismo a cabo.

3.o) Que la intervención del mediador les ha facilitado la libre expresión de sus emociones y sentimientos con referencia a la globalidad de la situación procesal y personal de las partes que, de manera particular, en cada caso han experimentado respecto de los hechos objeto del procedimiento y sobre el trámite judicial seguido hasta el momento.

4º) Que el mediador se ha conducido con imparcialidad, neutralidad y objetividad, y únicamente han procurado propiciar un posible acuerdo, señalando los puntos en conflicto, y procurando acercar las distintas sensibilidades y posturas respecto de la discrepancia que les ha llevado al marco de un proceso penal, con la finalidad primordial de lograr un acuerdo reparador que satisfaga las pretensiones conjuntas de las partes.

5.o) Que el mediador les ha indicado la posibilidad de consultar el contenido del presente acuerdo con sus letrados, debidamente acreditados en el procedimiento de origen, ofreciéndose a comunicar directamente con ellos para aclarar cualquier duda o aspecto relacionado con el mismo.

VERIFICADO LO CUAL, POR MUTUO CONSENSO, MANIFIESTAN HABER LLEGADO, LIBRE Y VOLUNTARIAMENTE, AL SIGUIENTE ACUERDO:

1.o) Que (ofendido) _____ se muestra, respecto del contenido del presente acuerdo satisfecha y moralmente reparada, no deseando que a (procesado) _____ se le deriven más consecuencias penales como resultado del procedimiento seguido en el juzgado _____ de _____ de Cuenca contra el mismo.

2.o) Que (procesado) _____ manifiesta expresamente que asume la responsabilidad personal y penal que le pueda corresponder como consecuencia de sus acciones, lamentado los perjuicios que pudiera haber ocasionado, y accediendo con ello a reparar moral y económicamente a (ofendido) _____, en concepto de responsabilidad civil.

3.o) Que por ello, y en concepto de dicha responsabilidad civil derivada del procedimiento penal de origen, con renuncia expresa a cualquier otro concepto, incluido intereses y costas, las partes acuerdan expresamente que (procesado) _____ abone la cantidad de _____ dólares, _____ USD, en un pago único que se deberá materializar mediante ingreso o transferencia a la cuenta facilitada por el ofendido a tal efecto y que se pormenoriza a continuación:

_____.
Dicha cantidad deberá ser necesariamente abonada antes de la celebración del juicio oral ante el Juzgado _____ de Garantías Penales, acordándose por las partes abrir un término, entre el ____ y el ____ de _____ 20__, para materializar el ingreso y ello al efecto de poder apreciarse eventualmente en la sentencia. Este equipo de mediación deberá disponer del comprobante de ingreso para quedar unido al expediente por diligencia antes de su remisión al juzgado de origen. La vigencia del presente acuerdo queda supeditada a que (procesado) _____ abone la cantidad dentro del término establecido más arriba. Transcurrida esa fecha sin que se haya producido el abono, la acusación podrá solicitar la prosecución del procedimiento judicial, o el desarrollo del juicio penal por la vía ordinaria.

4.o) Que la acusación particular ejercida por la representación de _____ se muestra favorable a cualquier posibilidad de atenuación de la responsabilidad penal y de la modificación que pudiera establecerse respecto de la calificación jurídica de los hechos objeto del procedimiento penal, siempre en beneficio del procesado.

A la vista del ACUERDO conseguido:

El equipo de mediación hace una valoración global muy positiva de la actitud de ambos mediados y del acuerdo al que, de forma libre y voluntaria, han llegado, no solo por ser un medio que facilita la reparación material del denunciante, sino porque, además, puede posibilitar la recuperación de la autoestima personal del procesado y su mayor integración social.

Dado el acuerdo alcanzado entre las partes en el presente procedimiento de mediación, así como las pretensiones aducidas por las mismas, por el equipo de mediación de la Corte Provincial de Cuenca, se hace una valoración positiva de la actitud mostrada por el procesado, que ha demostrado una significativa voluntad reparadora de los perjuicios causados al denunciante y que estimamos sincera, por lo que se sugiere, que por el Sr Fiscal y por el propio Juez _____ de Garantías Penales, con los Srs. Abogados de la Defensa y la Acusación Particular, se estudie cualquier posibilidad de atenuación de la responsabilidad penal y de la modificación que pudiera establecerse

respecto de la calificación jurídica de los hechos objeto del procedimiento penal, siempre en beneficio del procesado.

Por todo ello, el equipo de mediación pone en conocimiento del Ministerio Fiscal y del juzgado _____ de Garantías Penales de Cuenca que (procesado) _____ ha sido informado de la posibilidad de que puedan serle aplicados, conforme a la legalidad vigente y bajo superior criterio de la autoridad competente, los beneficios legales asociados a la apreciación en Sentencia de la aplicación, en la ejecutoria penal correspondiente, de los mecanismos de suspensión o sustitución de la pena; en este sentido, los mediadores comunican que (procesado) _____ muestra preferencia porque pueda estudiarse la posibilidad de que, la responsabilidad penal que le correspondiera en Sentencia, pudiera dejarse en suspenso, conforme a los artículos 37, (37.1), (37.2) y ss del Código de Procedimiento Penal, valorándose a tal fin el abono del pago de la responsabilidad civil a la que se compromete en el presente ACUERDO.¹⁴⁵

En prueba de su conformidad con todo lo reseñado, firman ambas partes el presente acuerdo en Cuenca, a _____ de _____ de 20__.

LOS MEDIADOS

Procesado _____ Ofendido _____

LOS MEDIADORES

(mediador 1.)

(mediador 2.)

***Fuente:**

http://books.google.com.ec/books?id=ImOs3_rUCjMC&pg=PA115&dq=%22TODAS+LAS+PERSONAS+IMPLICADAS+EN+LA+PRESENTE+MEDIACION%22&hl=es&sa=X&ei=voqwT5qHPMrItgfhx8nWCA&ved=0CDgQ6AEwAA#v=onepage&q=%22TODAS%20LAS%20PERSONAS%20IMPLICADAS%20EN%20LA%20PRESENTE%20MEDIACION%22&f=false

¹⁴⁵ Se han realizado modificaciones al documento original para adaptarlo a la legislación ecuatoriana.

ANEXO 4

Acta De Mediación, Perdón Del Hecho Ilícito

En Cuenca, a ____ de _____ de 20__.

Reunidos en la sede del Equipo de Mediación de la Corte de Justicia de Cuenca, los interesados en el presente Expediente de Mediación N.o __/__, derivado del Juicio Penal N ____/____ del Juzgado _____ de Garantías Penales de Cuenca, por una parte (ofendido)_____, y Abg_____, y por la otra (procesado) _____, y Abg._____, con carácter previo a la concreción del acuerdo al que han llegado en este proceso de mediación, ambas partes AFIRMAN expresamente **que son ciertas las siguientes cláusulas:**

1.o) Que en el presente procedimiento de mediación han podido realizarse de manera libre y voluntaria, transmitiendo al mediador sus pretensiones, sobre los hechos objeto del procedimiento, y sobre el trámite judicial seguido hasta el momento.

2.o) Que han sido informados de la dinámica del proceso de mediación, de los derechos que les asisten y de las consecuencias que podrían tener lugar en el supuesto de llegar a un acuerdo, como de no poder llevarse el mismo a cabo.

3.o) Que la intervención del mediador les ha facilitado la libre expresión de sus emociones y sentimientos con referencia a la globalidad de la situación procesal y personal de las partes que, de manera particular, en cada caso han experimentado respecto de los hechos objeto del procedimiento y sobre el trámite judicial seguido hasta el momento.

4º) Que el mediador se ha conducido con imparcialidad, neutralidad y objetividad, y únicamente han procurado propiciar un posible acuerdo, señalando los puntos en conflicto, y procurando acercar las distintas sensibilidades y posturas respecto de la discrepancia que les ha llevado al marco de un proceso penal, con la finalidad primordial de lograr un acuerdo reparador que satisfaga las pretensiones conjuntas de las partes.

5.o) Que el mediador les ha indicado la posibilidad de consultar el contenido del presente acuerdo con sus letrados, debidamente acreditados en el procedimiento de origen, ofreciéndose a comunicar directamente con ellos para aclarar cualquier duda o aspecto relacionado con el mismo.

VERIFICADO LO CUAL, POR MUTUO CONSENSO, MANIFIESTAN HABER LLEGADO, LIBRE Y VOLUNTARIAMENTE, AL SIGUIENTE ACUERDO:

1.o) Que **LAS PERSONAS IMPLICADAS** se muestran, respecto del contenido el presente acuerdo, satisfechas y moralmente reparadas, no deseando que se deriven más consecuencias penales como resultado del procedimiento seguido en el Juzgado _____ de Garantías Penales de Cuenca.

2.o) Que _____ (Procesado)_____, y (ofendido)_____, manifiestan expresamente que asumen las responsabilidades personales y penales que les puedan corresponder como consecuencia de los hechos que dieron origen a este procedimiento penal, lamentando (procesado)_____ tanto su producción como aún más su resultado,

solicitando expresamente disculpas por ello, y por los perjuicios que se ha ocasionado, a quien extienden la solicitud de disculpas, accediendo con ello a reparar moralmente el daño ocurrido.

3.o) Que en consecuencia, el (ofendido)_____ acepta expresamente las disculpas ofrecidas y manifiestan no guardarle ningún rencor ni desearle ningún perjuicio posterior, apreciando positivamente la actitud de empatía mostrada por el procesado y la actitud favorable a la resolución mediada del conflicto surgido en su día.

4.o) Que (procesado)_____ se muestran de acuerdo en aceptar el hecho ilícito cometido hacia (ofendido) _____ y explica que se produjo en el contexto de una acción no intencionada de producirle daño, sino como consecuencia de un acometimiento de extrema fuerza y necesidad.

5.o) Que por ello, (ofendido)_____, y (procesado)_____ acuerdan expresamente renunciar a todas las cantidades que, en concepto de responsabilidad civil, les correspondería percibir y entregar respectivamente en la presente causa penal como consecuencia de los hechos imputados.

6.o) Del mismo modo, TODAS LAS PERSONAS IMPLICADAS EN LA PRESENTE MEDIACIÓN acuerdan asumir cada una de ellas las costas generadas por su intervención como acusación particular, defensa, etc.

7.o) Que, TODAS LAS PERSONAS IMPLICADAS EN LA PRESENTE MEDIACION, como medio facilitador de una terminación satisfactoria del proceso penal, RENUNCIAN a las peticiones contenidas en sus respectivos escritos de acusación y defensa acerca de las responsabilidades penales y civiles solicitadas a la parte contraria, comprometiéndose a realizar los trámites procesales oportunos para ello una vez verificados los términos del presente acuerdo.

8.o) Que de forma expresa, la acusación particular ejercida por la representación procesal de (ofendido) _____ accede a cambiar la calificación de los hechos imputados a (procesado) _____, en el sentido de calificar los mismos no como un delito de daños sino como una falta de prevención.

A la vista del ACUERDO conseguido:

El equipo de mediación de esta judicatura Provisional hace una valoración global positiva de la actitud de los mediados y del acuerdo al que, de forma libre y consciente, han llegado, no solo por ser un medio que facilita la compensación mutua de la reparación material de todos ellos, sino porque además, posibilita la definitiva resolución pacífica del conflicto interpersonal que separa a los mediados como consecuencia de los hechos denunciados.

Dado el acuerdo alcanzado entre las partes en el presente procedimiento de mediación, así como las pretensiones aducidas por las mismas por el equipo de mediación de esta Judicatura de Cuenca se hace una valoración positiva de la actitud mostrada por los mediados, que han demostrado una significativa voluntad reparadora de los perjuicios morales causados, y que estimamos sincera, por lo que se sugiere, como medio facilitador de una verdadera reparación a la víctima y de asunción de responsabilidad sin estigmatización añadida, y dado el preclaro interés mostrado por los mediados de evitar en lo posible tener que declarar en juicio oral, que por el Sr Fiscal y por el Sr Juez de lo Penal, con los Sres. Abogados de la defensa y la acusación particular, en su caso, se estudie la posibilidad, por un lado, de apreciar para todos los imputados, con una amplia extensión, la presencia de los arts. 37, (37.1), (37.2) del Código de

Procedimiento Penal, y, por otro lado, de calificar jurídicamente, de forma alternativa, los hechos objeto de Acusación respecto de (procesado)_____ en este procedimiento penal, y a la vista de lo acordado por las partes, con un tipo penal de falta de previsión, y no como delito de daños.¹⁴⁶

En prueba de su conformidad con todo lo reseñado, firman ambas partes el presente acuerdo en Cuenca, a _____ de _____ de 20____.

LOS MEDIADOS

LOS MEDIADORES

*Fuente:

http://books.google.com.ec/books?id=ImOs3_rUCjMC&pg=PA115&dq=%22TODAS+LAS+PERSONAS+IMPLICADAS+EN+LA+PRESENTE+MEDIACION%22&hl=es&sa=X&ei=voqwT5qHPMrItgfhx8nWCA&ved=0CDgQ6AEwAA#v=onepage&q=%22TODAS%20LAS%20PERSONAS%20IMPLICADAS%20EN%20LA%20PRESENTE%20MEDIACION%22&f=false

¹⁴⁶ Se ha modificado el documento original, para adaptar a nuestra legislación y las opciones legales que el Código de Procedimiento Penal ofrece.

ANEXO 5

4.1 Presupuesto otorgado por el Estado para el mantenimiento diario por cada Persona Privada de la Libertad

Población Carcelaria Presente 2011- Feb 2012	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	Presupuesto
Centros de rehabilitación social	14373	1233	15505	\$ 164,508,05
Centro de retención provisional	1127	40	1167	\$ 12,381,87
Casa de Confianza	169	42	211	\$ 2,238,71

4.2 Población presente PACL por nacionalidad según tipo de Centro de Privación de Libertad

Nacionalidad Población presente									
	Ecuador	Colombia	Perú	España	México	R.Dominicana	EEUU	Otras	Total
CRS	13.875	924	146	98	24	30	20	388	15.505
CDP	1.071	52	7	1	24	3	0	33	1.167
CC	190	11	1	0	0	3	1	5	211
TOTAL	15.136	987	147	99	0	36	21	426	16.883
%	89.65%	5.85%	0.91%	0.59%	0.14%	0.21%	0.12%	2.52%	100%

***Fuente: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos**

Información Estadística Centros de Privación de Libertad – Personas Adultas en Conflicto con la Ley

Coordinación General de Planificación

ANEXO 6

Porcentaje de Casos a ser Resueltos por Procesos Alternativos

CENTRO DE REHABILITACIÓN SOCIAL	Senten ciados	Procesa dos	Contr v	Apremio	Total	Posibl Mediació	Porcent
Alausí	16	8	3	1	28	17	43%
Ambato	147	190	0	16	353	206	58%
Archidona	183	109	0	0	292	109	37%
Azoques	106	52	0	6	164	58	35%
Babahoyo	168	78	24	4	274	106	39%
Bahía	93	96	2	3	194	101	52%
Cañar	47	29	0	2	78	31	40%
Cuenca Femenino	83	30	0	0	113	30	27%
Cuenca varones	258	275	45	0	578	320	55%
El rodeo	252	222	0	0	474	222	47%
Esmeraldas Femenino	24	18	0	0	42	18	43%
Esmeraldas Varones	442	237	0	0	679	237	35%
Guaranda	31	65	0	0	96	65	68%
Guayaquil Femenino	107	180	0	0	287	180	63%
Guayaquil Varones 1	1664	3266	0	0	4930	3266	66%
Guayaquil Varones 2	62	28	0	0	90	28	31%
Ibarra	335	113	21	0	469	133	28%
Jipijapa	78	129	3	0	210	132	63%
Latacunga	172	5	4	24	177	33	19%
Loja	421	218	18	0	667	236	35%
Macas	104	131	0	0	253	131	52%
Machala	368	294	0	0	662	294	44%
Portoviejo Femenino	20	18	0	0	38	18	47%
Quevedo	228	214	0	0	442	214	48%
Quito Femenino	114	271	0	0	385	271	70%
Riobamba	266	53	0	0	319	53	17%
Santo Domingo	563	171	0	0	734	171	23%
Sucumbios	166	123	0	0	289	123	42%
Tulcán	322	82	0	0	404	82	20%
Vínces	92	36	1	0	129	37	29%
Zaruma	24	10	0	0	34	10	29%
Quito No 1	1034	6	0	0	1040	6	0.5%
Quito No 2	160	40	0	0	200	40	20%
Quito No 3	164	184	0	0	348	184	53%
Quito No 4	20	13	0	0	33	13	39%
TOTAL CRS	8334	6994	121	56	15505	7175	47%

C.R.S.		Senten	Proc	Contrav	Apremio	Total	Mediació	%
CDP	Guayas	0	0	368	137	505	505	100%
	Manabí	0	15	15	23	53	53	100%
	Quito 1	42	446	0	35	523	481	92%
	Quito	0	0	74	0	74	74	100%
	Quito Fem	0	0	11	1	12	12	100%
TOTAL CDP		42	461	468	196	1.167	1125	96%
Casa de	Archidona	13	0	0	0	13	-	-
	Guayaquil	44	0	0	0	44	-	-
	Nro. 1	154	0	0	0	154	-	-
Total Casa D C		211	0	0	0	211	-	-

Notas:

El color azul corresponde a las mayores posibilidades de resolver los casos penales por mediación.

El color rosado corresponde a las provincias que tienen un 50% de probabilidades de la mediación.

El color amarillo corresponde a las provincias que tienen el 40% de posibilidades de resolver sus causas con procedimientos alternativos al juicio

El color lila corresponde a las provincias que tienen el 30% de resolver sus causas por mediación.

ANEXO 7

Situación real de las cárceles del país, superpoblación y Hacinamiento en porcentajes

CENTRO DE REHABILITACION SOCIAL	POBLACION PRESENTE	CAPACIDAD	SUPER POBLACI	HACINAMIENT
Alausí	28	40	12	0%
Ambato	353	150	-203	135,53%
Archidona	292	224	-68	30,36%
Azoques	164	96	-68	70,83%
Babahoyo	274	80	-194	242,50%
Bahía	194	200	6	0%
Cañar	78	50	-28	56,00%
Cuenca Femenino	113	113		
Cuenca varones	578	300	-278	93%
El rodeo	474	550	76	0,00%
Esmeraldas Femenino	42	80	38	0,00%
Esmeraldas Varones	679	624	-55	8,81%
Guaranda	96	70	-26	37,14%
Guayaquil Femenino	287	300	13	
Guayaquil Varones 1	4930	1333	-2597	369,84%
Guayaquil Varones 2	90	80	-10	12,50%
Ibarra	469	246	-223	190,65%
Jipijapa	210	100	-110	110,00%
Latacunga	177	105	-72	168,57%
Loja	667	345	-322	193,33%
Macas	253	176	-77	43,75%
Machala	662	150	-512	341,13
Portoviejo Femenino	38	68	30	
Quevedo	442	120	-322	268,33%
Quito Femenino	385	340	-45	13,24%
Riobamba	319	150	-169	122,67%
Santo Domingo	734	817	83	
Sucumbios	289	600	311	
Tulcán	404	340	-64	18,82%
Vínces	129	45	-84	186,67%
Zaruma	34	38	4	
Quito No 1	1040	604	-436	72,19%
Quito No 2	200	134	-66	49,25%
Quito No 3	348	270	-78	28,29%
Quito No 4	33	25	-8	32,00%

CENTROS DE DETENCION PROVINCIAL	Población Presente	Capacidad Instalaciones	Super población	Hacinamiento
CDP GUAYAS	505	140	-365	260,81%
CDP MANABI	53	100	47	
CDP QUITO 1	523	400	-123	30,75%
CDP QUITO CONTRAVENTORES	74	30	44	146,67%
CDP QUITO FEMENINO	12	20	8	
CASA DE CONFIANZA				
CASA DE CONFIANZA ARCHIDONA	13	15	2	
CASA DE CONFIANZA GUAYAQUIL	44	150	106	208,00%
CASA DE CONFIANZA No1	154	50	-104	
TOTAL	16,883	10,868	-6,015	55,35%

Notas:

El color azul corresponde a los Centros de Rehabilitacion Social con el trescientos por ciento de hacinamiento (300%).

El color rosado corresponde a los Centros de Rehabilitacion Social con hacinamiento desde doscientos hasta trescientos por ciento (200-300%).

El color amarillo corresponde a las provincias que tienen hacinamiento entre el cien por ciento hasta el doscientos por ciento (100-200%).