

# **UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

## **Aplicabilidad de la Mediación Penal a los Delitos de Acción Privada y de Instancia Particular en el Ecuador.**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
Para obtener el título de Abogada de los Tribunales del Ecuador

Profesor Guía: Dr. José María Morán Iturralde

**Autora:**

**Patricia Gabriela Serrano Roca**

**2007**



Quito, 11 de julio del 2007

Doctor  
Enrique Gómez  
Decano  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
UDLA  
Presente.-

De mi consideración:

Tengo a bien indicar que el trabajo de titulación denominado **"Aplicabilidad de la Mediación Penal a los Delitos de Acción Privada y de Instancia Particular en el Ecuador"**, elaborado por la señorita Patricia Gabriela Serrano Roca, fue ejecutado por la referida alumna, bajo mi personal orientación y guía.

Atentamente,



Dr. José María Morán Iturralde

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>CAPITULO I .....</b>	<b>9</b>
<b>RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, MEDIACIÓN Y SISTEMA PENAL .....</b>	<b>9</b>
<b>1.1 LA MEDIACIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>1.2 SISTEMA PENAL: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LA INDISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL. ....</b>	<b>15</b>
1.2.1 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	18
1.2.2 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	22
1.2.3 INDISPONIBILIDAD DE LA ACCIÓN PENAL.....	27
<b>1.3 NATURALEZA DE LOS DELITOS DE INSTANCIA PARTICULAR Y PRIVADA. ....</b>	<b>30</b>
<b>1.4 BIEN JURÍDICO LESIONADO.....</b>	<b>33</b>
<b>1.5 TRANSIGIBILIDAD DE DERECHOS.....</b>	<b>44</b>
<b>CAPITULO II .....</b>	<b>52</b>
<b>MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL: DELITOS DE ACCION PRIVADA Y DE INSTANCIA PARTICULAR.....</b>	<b>52</b>
<b>2.1 POSIBILIDAD DE MEDIAR EN EL CONFLICTO PENAL.....</b>	<b>52</b>
<b>2.2 PROBLEMAS TEÓRICOS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN PENAL .....</b>	<b>56</b>
2.2.1 ¿CUÁNDO ES APROPIADA LA MEDIACIÓN DE CASOS PENALES? .....	56
2.2.2 ¿QUÉ APORTA LA MEDIACIÓN A FAVOR DE LA IMAGEN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL?.....	57
2.2.3 ¿PORQUÉ HAY RESISTENCIA A LA MEDIACIÓN PENAL? .....	59
<b>2.4 CUESTIONES ÉTICAS .....</b>	<b>63</b>
2.4.1 CONFIDENCIALIDAD Y DENUNCIA .....	66
2.4.2 IMPARCIALIDAD .....	67
2.4.3 CONSENTIMIENTO Y VOLUNTAD.....	68
2.4.4 PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	69
<b>CAPITULO III .....</b>	<b>71</b>
<b>MODO EN QUE SE LLEVA A CABO LA MEDIACIÓN PENAL.....</b>	<b>71</b>
<b>3.1 CLASES DE MEDIACIÓN PENAL.....</b>	<b>71</b>
<b>3.2 PROCEDIMIENTO DE LA MEDIACIÓN PENAL .....</b>	<b>72</b>

<b>3.3 MOMENTO PROCESAL EN QUE SE PUEDE ACUDIR A LA MEDIACIÓN PENAL .....</b>	<b>85</b>
3.3.1 CONVERSIÓN DE ACCIONES .....	87
3.3.2 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....	90
3.3.3 ANTES DE INICIAR EL PROCESO PENAL .....	91
3.3.4 DURANTE EL PROCESO PENAL.....	95
<b>3.4 EFECTOS DE LA MEDIACIÓN PENAL .....</b>	<b>97</b>
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>100</b>
<b>APLICABILIDAD Y POSIBLES REFORMAS A LA LEY PARA IMPLMETAR LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR.....</b>	<b>100</b>
<b>4.1 APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN.....</b>	<b>100</b>
4.1.1 ANÁLISIS CONSTITUCIONAL.....	100
4.1.2 ANÁLISIS CON LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.....	103
4.1.3 ANÁLISIS CON EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL .....	106
4.1.4 ANÁLISIS CON EL CÓDIGO PENAL .....	110
<b>4.2 POSIBLES REFORMAS A LA LEY PARA IMPLEMENTAR LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR. ....</b>	<b>111</b>
<b>CAPITULO V.....</b>	<b>115</b>
<b>LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO, ANÁLISIS Y ESTADÍSTICAS .....</b>	<b>115</b>
1. CANADÁ.....	115
2. ESTADOS UNIDOS .....	116
3. FRANCIA:.....	119
4. ALEMANIA .....	123
5. ESPAÑA .....	126
6. BRASIL.....	129
7. ARGENTINA.....	134
8. CHILE.....	138
9. GUATEMALA.....	142
<b>CAPÍTULO VI.....</b>	<b>144</b>
<b>RESULTADOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN PENAL. ....</b>	<b>144</b>
<b>6.1 RESULTADOS DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS MEDIANTE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL EN OTROS PAÍSES.....</b>	<b>144</b>

<b>6.2 VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN .....</b>	<b>155</b>
6.2.1 VENTAJAS PARA LA VÍCTIMA .....	155
6.2.2 VENTAJAS PARA EL VICTIMARIO .....	158
6.2.3 VENTAJAS PARA EL SISTEMA JUDICIAL .....	159
6.2.4 VENTAJAS PARA LA COMUNIDAD .....	161
6.3 DESVENTAJAS, CRÍTICAS Y DIFICULTADES DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL .....	163
 <b>CAPITULO VII.....</b>	<b>166</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>166</b>
<b>7.1 CONCLUSIONES.....</b>	<b>166</b>
<b>7.2 RECOMENDACIONES .....</b>	<b>168</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>169</b>

La Mediación aplicada a los delitos de acción privada y de instancia particular es una figura que se practica en varios países, en el Ecuador aún no se aplica pero podría llegar a utilizarse en un futuro, tomando en consideración los beneficios que traería.

La Mediación Penal es una figura muy moderna y novedosa, que dentro del marco de los derechos fundamentales de las partes, permite que víctima y victimario se apropien del conflicto surgido en virtud del cometimiento de un delito, logrando así que los principales protagonistas aporten por sí solos soluciones y formas para conciliar como una terapia de rehabilitación y de perdón.

La mediación es un instrumento extrajudicial, informal y rápido que constituye una alternativa para los actores del proceso penal, que goza del respaldo jurídico de la Constitución, y con las reformas que se plantean puede hacerse aplicable a los delitos de acción privada y de instancia particular, por la escasa afectación social que estos representan.

La aplicación de la mediación en este sentido, trae numerosas ventajas para víctima, victimario, comunidad y sistema judicial, así como también existen varias desventajas, críticas y dificultades.

Mediante el análisis de Derecho Comparado, de la legislación ecuatoriana y tomando en consideración la realidad nacional, se realizó la presente investigación que busca contribuir con soluciones jurídicas acordes a las necesidades del mundo actual.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cuando todo se está modernizando y se trata de lograr más agilidad en la tramitación de los procesos legales en general, la justicia penal parece quedarse atrás, especialmente en nuestro país, donde existen miles de juicios acumulados en los juzgados sin visos solución, y más aún, cuando en el campo del Derecho Penal, los denominados Métodos Alternativos de Solución de Conflictos tan aplicados en otras materias, no han podido demostrar su validez y eficacia.

Existe concordancia generalizada en cuanto a que el sistema de justicia necesita mejoramiento, modernización, eficiencia, desarrollo, independencia y fortalecimiento.

El presente trabajo pretende abordar, una de las materias que se está abriendo campo dentro de la Resolución Alternativa de Conflictos y que además causa mucha intriga y curiosidad en el mundo entero y en el Ecuador. Se trata de la aplicación de la mediación a ciertos actos humanos que por su grado de afectación a la sociedad y a otros seres humanos, constituyen infracciones, contravenciones, faltas y delitos. Son actos que encierran a una víctima y a un ofensor, ambas personas que se encuentran en situaciones totalmente opuestas como consecuencia de la perpetración del mencionado acto dañoso.

El Estado ha tomado a su cargo la acción penal por la ofensa dirigida a la sociedad, reservando solo algunos delitos para que la víctima tome la decisión discrecional de iniciar o no un proceso.

En la pena que se impone al autor del delito, no se considera la reparación económica directa a la víctima por el daño sufrido; y, si ésta quisiera obtener una indemnización deberá iniciar otra acción dentro del proceso civil.

La mediación es un instrumento informal que se encarga principalmente de restablecer la relación entre víctima y victimario mediante un proceso restaurativo, dentro de un marco de respeto a los derechos de los actores y especialmente de los derechos humanos.

El acuerdo al que se llega dentro de la mediación penal podrá versar únicamente sobre la imposición de un resarcimiento para la víctima y/o para la sociedad, sea este económico o no, por lo tanto, éste deberá tener efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, para evitar que el proceso pierda eficacia. Por lo tanto, si se incumple con el contenido del acta de mediación, el ofendido buscará seguir la vía de apremio para lograr su acatamiento. Sin perjuicio de que el Juez o Tribunal penal, según el caso, continúen con el proceso penal y juzguen al infractor desde que se derivó el caso a mediación.

La Mediación aplicada al Derecho Penal no existe en el Ecuador, pero podría llegar a aplicarse en un futuro, principalmente dentro de los que constituyen delitos de acción privada y de instancia particular.

El Sistema Jurídico Ecuatoriano tiene una estructura jurídica piramidal, basada en la teoría pura del derecho establecida por el jurista Hans Kelsen, por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico la Constitución es la norma principal y fundamental en la que se establecen los principios que amparan los derechos y libertades de los ciudadanos y que organizan al Estado, la Mediación goza del respaldo de la Constitución, garantía suficiente para su generalización y correcto funcionamiento.

Adicionalmente refuerza su marco legal con la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>1</sup>. Sin embargo, dentro de la presente investigación se plantearán las reformas pertinentes al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal para hacer aplicable a la Mediación Penal en el Ecuador.

Mediante este trabajo se analizará a la mediación como un método para resolver los conflictos derivados del cometimiento de delitos de acción privada y de instancia particular, y se establecerán las ventajas y desventajas del sistema tanto para la víctima y victimario, como para la sociedad en general.

---

<sup>1</sup> Ley publicada en el Registro Oficial número 145 del 4 de septiembre de 1997, Ley Reformatoria publicada en el Registro Oficial número 532 del 25 de febrero de 2005 y Codificación No. 2006-014 vigente desde el 29 de Noviembre de 2006.

Con la presente investigación se busca contribuir con soluciones jurídicas para el tratamiento de los conflictos penales que surjan en virtud del cometimiento del tipo de delitos antes mencionados, y además, plantear la aplicación de la mediación penal para la obtención de resarcimientos económicos a favor de las víctimas, y penas que resulten tanto alternativas como resarcitorias para los victimarios.

En muchos países esta figura se está aplicando con mucho éxito, y a lo largo de este trabajo se pretende demostrar la posibilidad de su aplicación a nuestra legislación, a fin de ayudar a las partes del conflicto a encontrar una solución justa y efectiva.

# CAPITULO I

## RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, MEDIACIÓN Y SISTEMA PENAL

### 1.1 La Mediación

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos, cuyo origen radica en la voluntad de las partes para encontrar una salida a su controversia, quienes, asistidas por un tercero neutral, que se encarga de propiciar la comunicación, de guiar a las partes para que estas propongan alternativas, y generen opciones benéficas, buscan voluntariamente soluciones para su disputa tratando de llegar a un acuerdo mutuo.

La mediación en causas penales se define como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente<sup>2</sup>”.

Con el fin de llegar a proponer fórmulas de acuerdo, las partes podrían ceder en sus intereses, haciendo concesiones parciales de derechos, negociando cada una en lo que le conviene conferir a la otra, incluso a veces pueden llegarse a fórmulas de arreglo tan novedosas, en las que las dos partes obtienen beneficios sin tener que ceder posiciones, siempre con la asistencia del mediador.

---

<sup>2</sup> Definición establecida por la Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el proceso penal, artículo 1, 15 de Marzo de 2001.

Es muy importante la presencia del tercero neutral dentro del proceso de mediación, ya que éste es parte de la naturaleza jurídica de la figura, el mediador, en uso de sus facultades y habilidades como tal, hace que las partes se sientan cómodas estando la una frente a la otra, restablece la comunicación, que en algunos casos se ha perdido, analiza objetivamente la situación, brindando una visión imparcial y equilibrada del problema y busca que las partes generen opciones con el fin de llegar a soluciones beneficiosas para ambas.

Quien actúe como mediador en un conflicto está totalmente inhabilitado para poder intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral, además, no podrá ser llamado a declarar sobre asuntos que se relacionen con el hecho objeto de la mediación.

La mediación está reconocida constitucionalmente, como un camino válido para la resolución de conflictos, ya que en el artículo 191 inciso tercero, de la actual Constitución se expresa: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”<sup>3</sup>.

Adicionalmente, se refuerza el marco jurídico de la Mediación, con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación el 4 de septiembre de 1997 y con su reciente codificación vigente desde el 29 de noviembre de 2006, con el

---

<sup>3</sup> Constitución Política del Ecuador, artículo 191, inciso tercero.

objetivo de impulsar la utilización de estos métodos a nivel nacional; con la creación de esta ley, nace jurídicamente la Mediación en el Ecuador.

La Ley de Arbitraje y Mediación define en el artículo 43 a la mediación como: “Un procedimiento de solución de conflictos por el cual, las partes asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”<sup>4</sup>.

El acuerdo al que llegan las partes por la mediación es de carácter definitivo y tiene efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, lo cual significa que surte efectos irrevocables respecto de las partes que llegaron a un acuerdo, por lo tanto, esta decisión es inapelable y no podrá demandarse en vía judicial sobre el mismo hecho del que versó la mediación, ya que éste fue solucionado extrajudicialmente, sin perjuicio de que dentro de un proceso judicial previamente iniciado, el Juez o las partes consideren necesario que dentro de la causa se realice una audiencia de mediación en cualquier momento del proceso antes de que se dicte sentencia<sup>5</sup>.

Cuando las partes llegan a un acuerdo dentro de la mediación, el contenido de dicho acuerdo debe ser elevado a un Acta, la misma que debe contar con todos los requisitos establecidos por la Ley para su plena validez y para que goce del efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada.

---

<sup>4</sup> Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, artículo 43.

<sup>5</sup> Precepto establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, artículo 46, literal c.

Si alguna de las partes incumple lo que se establezca en el acta de mediación, en materia penal, al tener efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, se podría seguir la vía de apremio, a fin de lograr su efectivo cumplimiento; sin perjuicio de que pueda reabrirse la causa judicialmente, a fin de lograr que se imponga la sanción penal pertinente de acuerdo al tipo de delito cometido.

Es decir, nos encontramos frente a dos supuestos, el primero en el que partimos de la hipótesis de que dentro de la mediación penal lo único que se busca es algún tipo de resarcimiento para la víctima, sea este económico o no, en donde sí valdría la pena que el acta de mediación tenga efecto de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, a fin de evitar que pierda validez todo el proceso de mediación, y de tener la garantía de que en caso de incumplimiento se puede buscar la ejecución del acta y seguir la vía de apremio; el segundo, se refiere a que dentro de la mediación penal no se trata de juzgar sobre la imposición de una pena, pues ésta tarea le corresponde a Juez de lo Penal o al Tribunal Penal, según el caso, entonces podría establecerse, que en caso de que no se cumpla con el acuerdo contenido en el acta de mediación, el Juez o el Tribunal, estarían en la entera libertad de imponer la pena que corresponda de acuerdo al tipo de delito cometido por el infractor, obviamente después de que del proceso se desprenda que el imputado en efecto es culpable del cometimiento del delito que se le acusa.

La Mediación es extrajudicial porque se realiza fuera de los organismos encargados de la administración de justicia conforme a la ley; los encargados de llevar a cabo los procesos de mediación, son los Centros de Mediación debidamente autorizados según la legislación vigente y por el organismo competente.

La autoridad encargada de la aprobación e inscripción de los Centros de Mediación es el Consejo Nacional de la Judicatura, según lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 52.

La mediación tendrá el carácter de confidencial, y las personas que intervengan dentro del proceso deberán mantener la debida reserva. La confidencialidad es renunciable por acuerdo común entre las partes.

Para que proceda la Mediación deben cumplirse ciertos requisitos, siendo el más importante de ellos, la voluntad de las partes para someter sus conflictos a mediación; con la existencia de este acuerdo, un juez ordinario no podrá conocer dicho conflicto, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo, acta de abandono de la mediación de cualquiera de las partes o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación<sup>6</sup>.

Para que el Juez ordinario se inhiba de conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio de mediación, el demandado deberá oponer

---

<sup>6</sup> Precepto establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, artículo 46, literal a.

excepción de existencia de dicho convenio, se entenderá que renuncia al mismo cuando presentada la demanda no se excepciona al respecto.

También procede la mediación, con la solicitud de una de las partes para someterse a ella, siempre que la otra parte acepte al ser notificada.

Para acceder a la mediación se debe presentar una solicitud dirigida al Director del Centro de Mediación que haya elegido el solicitante o el que se haya especificado en el acuerdo de mediación, en ésta se debe solicitar la fijación de día y hora para que tenga lugar una Audiencia de Mediación, conteniendo un breve resumen del conflicto, las partes que deben ser convocadas y los teléfonos y direcciones de las mismas.

Si alguna de las partes no comparece a la audiencia fijada, se señalará nueva fecha y hora para otra audiencia, si a ésta segunda audiencia no asisten las partes o una de ellas, se expedirá un acta de imposibilidad de acuerdo. Por otra parte, si se da la primera audiencia de mediación o varias audiencias sucesivas y una de las partes deja de ir, se configura el abandono, donde igualmente se extenderá un acta donde se deje constancia de tal hecho.

La Mediación llega a su fin con el acuerdo, y este se da una vez que ha sido exitoso el proceso de mediación, el mediador debe trasladar el acuerdo de las partes a un documento, el mismo que respaldará ésta decisión otorgándole obligatoriedad y cumplimiento.

En el acta de acuerdo deberán constar las firmas de las partes y del mediador que facilitó la negociación, la firma del mediador es un requisito imprescindible que le otorga validez al acta y la hace ejecutable.

En cuanto a la consecución del acuerdo, el hecho de que éste sea de obligatorio cumplimiento brinda una garantía para las partes, pero lo que más ayuda a tener la seguridad de que el convenio se va a efectuar es que las partes fueron quienes consintieron en llegar al mismo, por lo tanto se limitaron en sus concesiones a lo que cada uno puede cumplir.

Actualmente para que la mediación tenga validez, debe versar sobre derechos transigibles, éste aspecto será tratado con profundidad más adelante.

### **1.2 Sistema Penal: principio de legalidad, principio de oportunidad y la indisponibilidad de la acción penal.**

Los sistemas judiciales no funcionan como en teoría deberían; generalmente están sobrecargados de procesos y tramitar un caso resulta muy largo y costoso y al final no se obtienen los resultados esperados, frente a lo que podría obtenerse dentro de un proceso de mediación.

El modo de llevarse a cabo el proceso penal no permite que se tomen en cuenta las necesidades reales y aspiraciones de los implicados, lo que si se

lograría en un proceso de mediación, los intereses actuales tanto de víctima como de victimario no concuerdan con los efectos de una decisión judicial.

Una víctima que decide someter su caso a la resolución de un tribunal o de un juez de lo penal, puede tener ciertas pretensiones que se basan en lo que realmente podría conseguir dentro de un proceso, pero si el sistema judicial le presenta un panorama más amplio con opciones diversas, igualmente se ampliarían sus expectativas, y no se limitaría a pensar solamente en que se condene al imputado con la máxima pena establecida para ese tipo de delito.

Dentro del proceso se siguen normas y leyes que lo hacen formal y por lo tanto las autoridades se rigen a dichas normas jurídicas estrictamente, sin tomar en cuenta asuntos que ocurren en la realidad, tales como los intereses de las partes, los sentimientos de la víctima, los efectos del cometimiento del delito, y adicionalmente, los efectos de la pena que se impondrá. Como el caso de un padre de familia que por cumplir la pena privativa de libertad que se le impuso, abandona a sus dependientes, obligándolos a salir a las calles o a trabajar a temprana edad, la madre abandona a sus hijos para tratar de sustentar la vida familiar; sin lograr resarcir a la víctima de una manera efectiva el daño que le causó, victimizando a su vez al trasgresor y a su familia.

Dentro de nuestro sistema el Estado toma a su cargo la acción penal por la "vindicta pública" y reserva algunos delitos, como los de acción privada y de

instancia particular, para que la víctima sea quien decida si inicia o no un proceso judicial.

La víctima para dar inicio al proceso presenta su querrela, si se trata de un delito de acción privada, y se encarga de llevar adelante todo el proceso. En los delitos de instancia particular, con la denuncia pone en marcha al andamiaje judicial y acciona junto con el Ministerio Público, una vez finalizado el proceso no obtiene ninguna clase de resarcimiento económico, si no una condena absolutoria o condenatoria para el imputado, con la cual podrá iniciar la acción civil por daños y perjuicios.

La sociedad obtiene un resultado por parte del sistema judicial de que se ha hecho justicia, porque el victimario fue condenado a tantos años de reclusión o de prisión y se considera satisfecha.

Una vez que los infractores han cumplido la condena impuesta, generalmente privativa de libertad, son reinsertados a la sociedad y como resultado algunos se habrán rehabilitado efectivamente y otros probablemente no, pero saldrán con deseos de venganza y resentimiento social. Así es más o menos el ambiente dentro de nuestro sistema judicial penal.

Según Highton, Alvarez y Gregorio en su obra "Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal", estos son algunos de los problemas que se encuentran dentro del sistema judicial frente a la víctima y al victimario<sup>7</sup>:

- El proceso puede ser deshumanizante, al re victimizar a las partes.
- El proceso penal no ofrece posibilidades para que las partes exploren la índole de sus futuras relaciones e interacciones.
- El sistema judicial no reconoce el dolor de la víctima de la forma en que se haría dentro de una mediación.
- La persecución estatal no da cabida a la posibilidad de explorar la eventual contribución de cada uno de los partícipes en cuanto causantes de un resultado.

### **1.2.1 El Principio de Legalidad**

La única fuente de creación de Derecho Penal es la Ley, ya que un Derecho Penal sin normas positivas que tipifiquen figuras delictivas y establezcan sanciones para las infracciones, no tendría sentido en virtud de la existencia del Principio de Legalidad de los delitos y las penas.

Según el pensamiento de Beccaria, el principio de legalidad penal supone que:

Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad reside en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con

---

<sup>7</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires.

justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad<sup>8</sup>.

El principio de legalidad penal se expresa por la frase latina "*nullum crimen nulla poena sine lege*<sup>9</sup>", que quiere decir que una conducta será calificada como delito siempre y cuando sea descrita de tal manera (tipificada como delito), con anterioridad a la realización de ésta conducta y que el castigo impuesto esté especificado de manera previa por la ley.

En el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece ya el Principio de Legalidad, según el texto siguiente: "La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente<sup>10</sup>".

Este principio se aplica a los delitos y a las penas y constituye una garantía de aplicación de la ley, ya que evita arbitrariedades por parte de las autoridades judiciales frente al infractor y advierte a la sociedad sobre las infracciones existentes y sus correspondientes sanciones para evitar que incurran en las conductas castigadas, por lo tanto tiene carácter preventivo y garantista.

Existen casos particulares en los que se puede notar una aplicación muy excesiva, radical y literal del principio de legalidad, en donde cabe cuestionar,

---

<sup>8</sup> BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., traducción de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 29-31.

<sup>9</sup> Este Principio fue establecido en materia de Derecho Penal por Paul Johan Von Feuerbach.

<sup>10</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, artículo 8.

si estamos frente a una limitación impuesta por la aplicación excesiva del Principio de Legalidad y si se requiere de un poco de flexibilidad.

Según Reyes Echandía significa no solo que una persona no debe ser castigada si la ley no prevé concretamente la sanción aplicable, sino que ésta no puede ser diversa de la señalada en la norma en cuanto a su calidad, cantidad o duración<sup>11</sup>.

El Principio de Legalidad se ha convertido un postulado del Derecho Penal Moderno y en nuestro país se recoge como base fundamental del ordenamiento jurídico penal.

En nuestra legislación este principio se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Constitución Política y establece que: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa<sup>12</sup>". En el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal y en el mismo artículo del Código Penal se amplía la norma constitucional de la siguiente forma:

Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia

---

<sup>11</sup> REYES ECHANDIA, Alfonso – "Derecho Penal", Editorial TEMIS, Octava Reimpresión de la Undécima Edición - Bogotá, Colombia 2002.

<sup>12</sup> Transcripción del artículo 26 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada<sup>13</sup>.

En virtud del Principio de Legalidad nace la obligación de los órganos de administración de justicia de promover la persecución penal en todos los casos donde tenga conocimiento de que se ha cometido una infracción penal, y que una vez iniciada dicha acción, ésta no se pueda suspender, interrumpir o terminar. La persecución del delito es un imperativo para el Ministerio Público.

El Principio de Legalidad impone una pena como única alternativa al cometimiento de un delito, tomando en cuenta ciertas circunstancias particulares para su establecimiento en cuanto a los intereses y necesidades de la víctima o del infractor, como agravantes, atenuantes, legítima defensa y estado de necesidad.

Aunque la Ley establece circunstancias como las mencionadas, el Principio de Legalidad no permite la diferenciación entre los diversos casos penales, tampoco permite seleccionar entre los delitos más graves y los más leves como si podría lograrse con la aplicación del Principio de Oportunidad y consecuentemente con la Mediación Penal, a fin de determinar cuales son susceptibles de solucionarse de alguna manera extrajudicial, alternativa y

---

<sup>13</sup> Transcripción del artículo 2 del Código Penal Ecuatoriano.

diferente a un proceso penal, con lo cual se podrían lograr mejores resultados, como se verá más adelante.

Según algunos autores la aplicación del principio de legalidad implica una práctica generalizada de justicia que trae consecuencias negativas. Existe imposibilidad de perseguir todos los delitos y de ahí surge el principio de oportunidad como una herramienta útil para descongestionar las causas en los tribunales de justicia.

### **1.2.2 El Principio de Oportunidad**

El Principio de Oportunidad es un instrumento que permite al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, bajo determinadas condiciones establecidas expresamente por ley, abstenerse de su ejercicio, o en su caso, para solicitar ante el órgano jurisdiccional el sobreseimiento de la causa bajo los mismos supuestos. “Para ello deben existir elementos de convicción que determinen la comisión del delito y de la vinculación con el imputado, quien debe prestar su consentimiento para la aplicación del citado principio<sup>14</sup>”.

Existen dos sistemas de oportunidad: la oportunidad reglada y la oportunidad libre. La oportunidad reglada implica que la Ley señala los supuestos para que se dé y la oportunidad libre, donde el titular de la acción penal tiene plena disponibilidad y discrecionalidad en su ejercicio.

---

<sup>14</sup> SALAS BETETA, Cristian - “El Principio de Oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal” Lima, Perú – artículo publicado en: [www.ofdnews.com](http://www.ofdnews.com)

En los casos que se establezcan, a pesar de haber un hecho delictuoso con autor determinado, el ejercicio de la acción penal se extingue bajo los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma, con el fin de solucionar de alguna manera el grave problema de sobrecarga procesal y congestión carcelaria.

“El Principio de Oportunidad es opuesto al Principio de Legalidad ya que permite prescindir de la apertura de procesos y de la acusación penal a ultranza, al existir la facultad de no acusar y no llevar a cabo la investigación bajo ciertas y determinadas circunstancias de derecho o de hecho”<sup>15</sup>.

El Principio de Oportunidad al estar respaldado por las teorías Utilitarias o Relativas respecto de la pena, ayuda a dar una respuesta rápida a los innumerables conflictos que surgen cada día, mediante mecanismos complementarios que simplifican la manera de llevarse a cabo el proceso haciéndolo más eficiente.

En contraposición con el Principio de Legalidad (Igualdad de tratamiento ante la Ley), el de Oportunidad, da un tratamiento personalizado al autor del delito y a la víctima, permitiendo un poco de flexibilidad ante la Ley y buscando la efectividad del sistema.

---

<sup>15</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: “Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal”- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 26.

El Principio de Oportunidad corrige la disfuncionalidad del Principio de Legalidad, tomando en cuenta ciertos intereses y presupuestos jurídicos diferentes, como el criterio de economía procesal. Podría ser muy ventajoso para descargar de trabajo inútil a los juzgados y fiscales, aliviándolos de una sobrecarga de delitos de escasa afectación social y sobretodo permitiendo a las partes implicadas solucionar su problema de manera rápida y efectiva.

Podría de alguna manera considerarse que el principio de Oportunidad es el que da cabida a la posibilidad de aplicar la Mediación en el ámbito Penal, pues permite al Fiscal como representante de la sociedad, prescindir de ejercer la acusación penal, bajo determinadas circunstancias, otorgando la oportunidad de ver al delito como un conflicto y dejar que las partes (víctima-victimario) sean quienes lo resuelvan.

El Ministerio Público sería el encargado de la aplicación del principio de oportunidad, como ya se da en algunos países, ya que los Fiscales son quienes conocen primeramente del cometimiento del delito y por lo tanto son los encargados de su investigación, dadas las circunstancias que se determinen en la Ley para el efecto, podría prescindir de la acción penal y derivar el caso a Mediación o efectuarla él mismo haciendo el papel de mediador.

La Ley deberá mirar al bien jurídico protegido, más como de carácter personal que social, para lograr una aplicación de la Mediación sin afectar a los

Principios Generales que rigen nuestro Sistema Penal, por lo cual se recomienda la práctica de la Mediación Penal en los delitos de acción privada y de instancia particular, pues implican una escasa afectación a la sociedad en contraposición con los delitos de Acción Pública que son considerados más graves.

Los objetivos principales para la aplicación del Principio de Oportunidad como lo señala Peña González<sup>16</sup> son tres:

1. *Descriminalización*: Respecto a hechos punibles, evitando la aplicación del poder sancionador de la norma penal, cuando otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación.
2. *Resarcimiento a la víctima*: El resarcimiento rápido y oportuno a la víctima por el daño ocasionado, de tal manera que no haya necesidad de esperar los más de uno o más años que dura un proceso, para que el afectado o víctima obtenga una reparación.  
  
Esta rapidez y oportunidad en el resarcimiento a la víctima, tiene suma importancia, en cuanto va a permitir a ésta contar con los medios económicos para tratar de alguna manera sobrellevar o amenguar el dolor o perjuicio provocado.
3. *Eficiencia del sistema penal*: La búsqueda de la eficiencia del sistema penal en aquellas situaciones en las que resulta indispensable su actuación como método de control social, procurando el

---

<sup>16</sup> PEÑA GONZALES, Oscar. Ob. Cit. p. 194 – Citado en “Problemática Jurídica de la conciliación en el proceso penal Peruano” de BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth – Publicado en Lima, Perú 2002.

descongestionamiento de una justicia penal saturada de procesos, que no permiten el tratamiento preferencial de aquellos delitos considerados graves o de mayor lesividad social.

El Principio de Oportunidad se refleja en la legislación ecuatoriana en el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, como admisibilidad para efectuar un procedimiento abreviado, bajo los siguientes presupuestos legales:

1. Cuando se trate de un delito que tenga prevista una pena máxima inferior a cinco años.
2. Cuando el imputado admita el acto atribuido y consienta la aplicación de este proceso; y,
3. Cuando el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos<sup>17</sup>.

Para el trámite del procedimiento abreviado el fiscal o el imputado deben presentar un escrito que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos anteriormente, el juez oír al imputado y dictará una resolución absolviendo o condenando al infractor, sin más trámite, dice la ley, y si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante. Si el juez condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el fiscal, la sentencia debe contener necesariamente los requisitos que la ley establece para la misma de modo conciso.

En caso de que el juez no admita la aplicación del procedimiento abreviado, éste debe emplazar al fiscal para que concluya el proceso según el trámite

---

<sup>17</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículo 369.

ordinario. Es muy importante lo que dice la ley en este punto, se refiere a que el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al fiscal durante el juicio, ni el hecho de que el imputado haya admitido los hechos se considerará como confesión de su parte.

Cuando se entra al proceso abreviado se está aplicando el principio de oportunidad, ya que es un proceso más corto que se da, como lo vimos antes, con el consentimiento de las partes que están dispuestas a arreglar su problema; se basa en el Principio de Economía Procesal<sup>18</sup> que permite solucionar el conflicto penal y otorga el poder de decidir litigar o no litigar, por lo tanto se podría resolver por Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

### 1.2.3 Indisponibilidad de la acción penal

La indisponibilidad de la acción penal implica que el fiscal está sujeto al Principio de Oficiosidad, es decir que no tiene la capacidad de disponer del ejercicio de la acción, por lo tanto, siempre debe ejercer la acción penal frente al cometimiento de un delito, una vez que haya reunido las evidencias y los elementos de convicción suficientes que le lleven a suponer la existencia de una infracción y la determinación de un infractor.

---

<sup>18</sup> **Principio de Economía Procesal:** Implica que el proceso como tal debe terminar en el menor plazo posible de manera que no ocasione trastorno psicológico para los involucrados. Sin embargo hay que tener sumo cuidado y no confundir el principio de economía procesal con una apresurada administración de justicia, lo que conllevará a un proceso ineficaz. Se relaciona íntimamente con el Principio de eficacia del proceso. PAZ, Silvina Marcela y PAZ, Silvana Sandra "La Mediación Penal y los principios procesales", Titular del Centro de Mediación Penal y Titular del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delito, respectivamente – La Plata, Argentina.

Lo ideal sería otorgar al fiscal un filtro legal que le permita disponer del ejercicio de la acción frente a los delitos de baja implicancia social, y ejercer la acción penal obligatoriamente frente a los delitos que afectan en gran medida a la sociedad, basado en las Teorías Utilitarias, en los Principios de Legalidad y Oportunidad y en la Economía Procesal.

No hay mediación posible si no hay disponibilidad de la acción penal, lo cual podría lograrse mediante la aplicación del Principio de Oportunidad.

En la legislación ecuatoriana vigente la acción penal pública se encuentra sometida a la oficiosidad en la persecución de los delitos, por lo tanto la autoridad competente es la única que puede disponer de la acción penal por razones de oportunidad.

Como ya se ha dicho, el inicio del proceso depende del Ministerio Público en los delitos de acción pública de instancia oficial, mientras que en los de instancia particular se requiere que la persona que conozca que se ha cometido un delito, excepto aquellas a quien la Ley se lo prohíbe, presente una denuncia haciéndole saber al fiscal sobre la “noticia criminis”, donde la oficiosidad se hace obligatoria, por lo tanto la presentación de la denuncia constituye un requisito de procedibilidad.

En los delitos de acción privada puede proponer acusación particular el ofendido, mediante la cual está ejerciendo la acción penal. En este caso existe

completa disponibilidad de la acción penal, pues la Ley dice “puede” proponer, no “debe” porque se trata de un derecho opcional o de una posibilidad que tiene el ofendido, más no de una obligación.

A pesar de que el principio de legalidad establece la obligación del Estado de perseguir y penar todos los delitos de acción pública que lleguen a su conocimiento, se debe tomar en cuenta que si el fiscal concluye de su investigación que no existe delito o que el supuesto infractor no fue el autor del mismo, se limita la actuación tanto de los jueces como de la fiscalía, ya que no se puede iniciar la etapa de juicio ni se puede dictar sentencia. Entonces, el Ministerio Público no es un acusador de todo lo que llegue a su conocimiento, debe ser objetivo en el cumplimiento de su deber, sus requerimientos deben estar orientados a lo que en derecho corresponda, por lo tanto no puede hacer cesar la acción penal a su libre arbitrio ni puede iniciar la etapa de juicio sin tener los fundamentos necesarios que le lleven a concluir la necesidad de hacerlo.

El derecho penal como es conocido, regula intereses que van más allá de las relaciones jurídicas entre personas privadas, implica la defensa de los intereses de la sociedad entera; por tanto, aunque los conflictos jurídico-penales tengan origen en la ofensa de un particular a la persona o los derechos de otro particular, son relaciones que el Estado condena mediante las penas establecidas para cada conducta ilícita legalmente establecida.

Las penas existen ya que el delito constituye una violación en contra de los bienes jurídicos protegidos por el Estado a través del Derecho Penal, el Ministerio Público representa al Estado y a la sociedad y deja a un lado a la víctima, el Sistema Penal se centra en el infractor protegiendo su derecho a la defensa en juicio.

### **1.3 Naturaleza de los Delitos de Instancia Particular y Privada.**

El Código Procesal Penal Ecuatoriano clasifica a la acción desde el punto de vista de su ejercicio en tres clases<sup>19</sup>:

- 1. De Acción Pública de Instancia Oficial:** Estos delitos no requieren de denuncia escrita basta con informar a la Fiscalía o a la Policía Judicial. En estos delitos la fiscalía está obligada a investigar. El Estado acusa en nombre de la sociedad. Estos delitos son: Homicidio, asesinato (homicidio con agravantes), violación, secuestro, robo, uso indebido de fondos públicos, narcotráfico, hurto (robo sin violencia ni amenaza).
- 2. De Acción Pública de Instancia Particular:** Estos delitos tienen requisito de procedibilidad, es decir, requieren de denuncia por parte del afectado ante la Policía Judicial o la Fiscalía para que pueda iniciarse la investigación, no se requiere la comparecencia con abogado, es decir la

---

<sup>19</sup> Extraído de [www.fiscalia.gov.ec/sist\\_proc\\_penal/tipos\\_delito.pdf](http://www.fiscalia.gov.ec/sist_proc_penal/tipos_delito.pdf)

realiza la víctima directamente. Estos delitos son: Revelación de secretos de fábrica, estafa y otras defraudaciones<sup>20</sup>.

Cuando un delito de instancia particular se cometa en contra de un incapaz que no tenga representante, o cuando haya sido cometido por su guardador o uno de sus ascendientes, el fiscal tendrá la obligación de iniciar la acción penal de oficio, es decir se convierte en delito de acción pública de instancia oficial.

**3. De Acción Privada:** estos delitos requieren de denuncia por parte de la víctima y de la asistencia de un abogado particular. En estos casos la fiscalía no interviene. Estos delitos son: Estupro (relación sexual con engaño perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho), Rapto (secuestro de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y hubiese seguido voluntariamente al raptor), injuria calumniosa y la no calumniosa grave, daños ocasionados en propiedad privada excepto incendio, usurpación (apoderarse de un inmueble con violencia), atentado al pudor de un mayor de edad, Muerte de animales domésticos<sup>21</sup>.

El ejercicio de la acción penal privada corresponde únicamente al ofendido mediante querrela, dentro de esta clase de delitos no interviene la fiscalía y su persecución depende solo de la víctima, lo que implica que ésta debe tener capacidad de contratar un abogado para su defensa, tener acceso a los medios

---

<sup>20</sup> Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, artículo 34

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, artículo 36

probatorios que le permitan demostrar el cometimiento de un delito y la existencia de un infractor determinado, es decir, conocer sus nombres y apellidos y en lo posible su dirección domiciliaria.

En el caso de que la víctima sea menor de edad, como en efecto se da en el estupro y en el rapto perpetrado en mujeres mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, el ejercicio de la acción penal le corresponde a su representante legal.

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 371 detalla los requisitos que deberá contener una querrela, la misma que debe ser propuesta por el ofendido o por un apoderado especial directamente ante el juez de lo penal y deberá constar por escrito.

Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los siguientes casos:

- a. En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado acusación particular.
- b. En los delitos de instancia particular<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Código de Procedimiento Penal de Ecuador, artículo 37.

Esta transformación tiene el nombre de conversión de acciones, y procede únicamente por disposición legal en los dos casos anteriormente citados y a criterio del fiscal, que es quien tiene a su cargo la acción penal pública.

#### **1.4 Bien Jurídico Lesionado**

El Bien Jurídico es un concepto que legitima, justifica y explica la concreta intervención penal, ya que surge de la imposición de ciertas pautas de conducta y el reconocimiento de la libertad e individualidad de los ciudadanos frente al Estado, por lo tanto, la sociedad exige al legislador de la Ley Penal la justificación y la explicación de las razones de su intervención. Solo cuando la ley penal responde a lo que la sociedad considera como una causa justa (bien jurídico protegido) autorizará y respetará la intervención del Derecho Penal como sancionador de la conducta lesiva.

El bien jurídico protegido por el Sistema Penal como tal es la sociedad y el bien común, todos los derechos garantizados por la Constitución como: vida, libertad, propiedad, y en general los Derechos Humanos; sin embargo, no siempre el bien jurídico protegido es la sociedad, pues en el caso de los que constituyen delitos de acción privada y de instancia particular, se afecta más a una persona concreta y el Estado espera la intervención de la víctima para poner en marcha al proceso penal.

Con la aplicación de la Mediación en el ámbito penal, la víctima de un delito de acción privada o de instancia particular podría obtener un resarcimiento económico, con lo que se favorecería a la sociedad pues al ver que se asiste efectivamente al ofendido se gozaría de un ambiente de tranquilidad y conformidad, precautelando así el interés social. Como se verá más adelante, los acuerdos a los que se puede llegar dentro de la mediación son diversos, entre los cuales también consta el trabajo para la comunidad.

Por lo que se puede decir que, con la aplicación de la mediación penal no se dejaría de lado a la sociedad como titular del bien jurídico protegido, ya que tanto el resarcimiento para la víctima como el trabajo comunitario favorecerían a que la misma se sienta satisfecha de alguna manera, al ver que la persona concreta afectada directamente por el cometimiento del delito, ha sido reparada y el infractor ha comprendido la responsabilidad que tiene frente a la víctima del acto ilícito y la sociedad.

#### **1.4.1. Delitos de Acción Pública de Instancia Particular:**

**Revelación de secretos de fábrica:** Los secretos de fábrica se establecen y se protegen en nuestra Ley de Propiedad Intelectual como información no divulgada, que se relacione con secretos comerciales, industriales o cualquier otro tipo de información confidencial contra su adquisición, utilización o divulgación no autorizada del titular<sup>23</sup> (persona natural o jurídica que tenga el control legítimo de la información no divulgada).

---

<sup>23</sup> Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, artículo 183.

La Ley de Propiedad Intelectual se refiere a los “secretos de fábrica” desde el artículo 183 hasta el artículo 193, sin embargo, la Ley Penal otorga una protección adicional a los titulares de los secretos de fábrica, estableciendo a su divulgación como un delito de acción pública de instancia particular, esto quiere decir que quien se vea afectado por la divulgación de un secreto de fábrica, generalmente su titular, deberá presentar denuncia ante la Fiscalía para que esta entidad se encargue de investigar y de perseguir el delito.

El sujeto pasivo de este tipo penal es el titular de un secreto de fábrica, que puede ser persona natural o jurídica, y el sujeto activo es una persona que haya tenido o tenga acceso a la información confidencial o privilegiada de la empresa o persona natural y que la divulgue deliberadamente, sin autorización de su titular o violando acuerdos previos de confidencialidad o cláusulas de reserva.

**Estafa y otras defraudaciones:** Nuestro Código Penal, tipifica a estos delitos desde el artículo 560 hasta el 575-E, resulta difícil ejemplificarlos por la variedad de tipos que existen, sin embargo, en rasgos generales su alcance, se refiere a delitos que afectan a la propiedad de las personas, donde el sujeto pasivo de la infracción resulta engañado por parte del sujeto activo, quién con manejos fraudulentos, falsificaciones, calidades falsas, trampas, abuso de confianza y artificios se hace entregar objetos, obligaciones, documentos, bienes, obtiene negociaciones, se apropia de cosas pertenecientes a otro; de

tal forma que sin el empleo de dichas artimañas nos los hubiere obtenido lícitamente.

Se prevén como agravantes, cuando la defraudación se cometiera en casos de migraciones ilegales o por la utilización de medios electrónicos o telemáticos.

#### **1.4.2. Delitos de Acción Privada:**

**El Estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho:** La mejor forma de explicar las características esenciales que configuran este delito, es como lo ejemplifica el doctor Arturo Donoso: “Muchas veces es práctica corriente, que una persona, ofrece matrimonio a una mujer, que está enamorada y que por la oferta de matrimonio o de establecerla como pareja permanente, accede a mantener relaciones sexuales previas a la formalización contractual del vínculo o la vida en común permanente<sup>24</sup>”.

En este ejemplo claramente podemos diferenciar que el elemento objetivo está formado por la seducción, lo que implica la conquista mediante el ofrecimiento de falsas promesas con el objeto de obtener el consentimiento de la víctima con fines sexuales. Según el artículo 509 del Código Penal ecuatoriano, “se llama estupro la cópula con una persona empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento<sup>25</sup>”. Y según el artículo 510 del mismo Código,

---

<sup>24</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo. “Derecho Penal, Parte Especial” Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005. Pg. 85.

<sup>25</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 509.

“la pena para este delito será de prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho”<sup>26</sup>.

Es un delito sexual de rufianería y corrupción de menores. El sujeto activo solo puede ser un hombre y el sujeto pasivo solo puede ser una mujer “honesta” menor de edad, aquí cabe decir “que en muchas legislaciones incluyendo la ecuatoriana debe estar revestida de honestidad. Esta circunstancia es por decir lo menos cuestionable, porque tendría sentido si estuviéramos en el siglo XIX en el que timoratamente se creía que una mujer virgen es sinónimo de honesta. En consecuencia, para que hubiera estupro tendría que necesariamente demostrarse que antes de la relación sexual la mujer era físicamente virgen”<sup>27</sup>.

Si el sujeto pasivo tiene entre 16 y 18 años según nuestra legislación es un delito de acción privada, y si es mayor de edad es una figura atípica. Es un delito que atenta contra la integridad sexual de mujeres menores de edad por lo tanto el bien jurídico protegido es la integridad sexual de mujeres honestas menores de edad.

**El Rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor:** El rapto es un delito de carácter sexual y se define y sanciona en el Código Penal de Ecuador de la siguiente manera: “El que hubiere arrebatado o hecho arrebatarse a una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor será reprimido con cinco años de prisión”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 510.

<sup>27</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo. “Derecho Penal, Parte Especial” Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005. Pg. 86.

<sup>28</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 531.

Tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo pueden ser hombre o mujer, pero para que constituya delito de acción privada se requerirá necesariamente que el sujeto activo sea una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, obviamente desconociendo que iba a ser objeto de este delito por parte de su raptor.

El bien jurídico lesionado en este delito es la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, a decir del doctor Arturo Donoso, "...donde el victimario mediante el uso de engaños y artificios se apodera de la mujer violando su libertad ambulatoria con fines sexuales"<sup>29</sup>.

Por otra parte se contempla que si la menor llega a contraer matrimonio con su raptor, el delito será perseguible una vez que se haya declarado la nulidad del matrimonio, ya que el raptor podría obligar a su víctima a que se case con él para liberarla. En este sentido existe una incongruencia por parte de la Ley Penal, ya que en virtud del artículo 83 del Código Civil "los menores de edad no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo"<sup>30</sup>.

En todo caso, el artículo 89 del Código Civil además manifiesta que: "el matrimonio del mayor de dieciséis años será válido, aunque no hubiere

---

<sup>29</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo. "Derecho Penal, Parte Especial" Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005. Pg. 87.

<sup>30</sup> Código Civil Ecuatoriano, artículo 83.

obtenido el consentimiento del ascendiente que debe dárselo, pero la autoridad ante quien se celebró tal matrimonio será destituida de su cargo”<sup>31</sup>.

**La injuria calumniosa y la no calumniosa grave:** “La injuria es un delito contra la honra de las personas, es calumniosa cuando consiste en la falsa imputación de un delito y es no calumniosa cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonor o menosprecio de otra persona, o en cualquier otra acción ejecutada con el mismo objeto”<sup>32</sup>.

El bien jurídico protegido en las diversas formas de injuria tipificadas en nuestro Código Penal es “la personalidad moral del sujeto pasivo de la infracción, es decir, el honor, el buen nombre, la fama y el prestigio de los que se goza en el medio social”<sup>33</sup>.

En el caso de la injuria calumniosa se requiere que el sujeto activo de la infracción impute falsamente al ofendido del cometimiento de un delito tipificado en la ley penal como tal, y que el sujeto pasivo de la infracción no haya cometido tal delito. Por ejemplo: A le dice a B que es un ladrón, B no ha robado nada y no se le ha comprobado judicialmente que ha cometido ese delito, por lo tanto, nos encontramos frente a una injuria calumniosa. Dentro del mismo ejemplo si B en realidad fue ladrón y cumplió con su sentencia condenatoria por la comisión de dicho delito, no se configura la injuria calumniosa ya que las

---

<sup>31</sup> Código Civil Ecuatoriano, artículo 89.

<sup>32</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 489.

<sup>33</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo. “Derecho Penal, Parte Especial” Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005. Pg. 100.

afirmaciones de A resultan ser verdaderas, esta situación se conoce como "*exceptio veritatis*". Por otra parte, si el delito del que se le acusa al ofendido no está tipificado en la ley penal como tal, tampoco estaríamos frente a una injuria calumniosa.

En el caso de la injuria no calumniosa se requiere necesariamente que el sujeto activo de la infracción insulte con ánimo de ofender, lo que se conoce como "*animus injuriandi*", es decir que a diferencia de la injuria calumniosa, aunque se pruebe que las afirmaciones del sujeto activo son verdaderas, ello no lo libera de responsabilidad por el delito. Entonces aunque sea cierto lo que el ofensor manifiesta en su injuria no se puede admitir como en la injuria calumniosa, pues a decir del Dr. Arturo Donoso: "base del Elemento Objetivo de la injuria no calumniosa es el insulto con ánimo de ofender"<sup>34</sup>. Si no se encuentra este elemento, no procede la acción y la misma será rechazada.

En nuestra legislación, como en las de otros países, se prevé en la Ley lo que se denomina como compensación de injurias, lo que implica que cuando un sujeto es injuriado y éste devuelve otra injuria al primero, procesalmente la acción por injurias sería descartada en sentencia; sin embargo "...no se pueden compensar las injurias calumniosas y las no calumniosas"<sup>35</sup>.

Dependiendo de sus características y del lugar en que fueron proferidas, en los artículos 491 y 492 del Código Penal, se prevén las penas para las injurias.

---

<sup>34</sup> DONOSO CASTELLÓN, Arturo. "Derecho Penal, Parte Especial" Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005. Pg. 101.

<sup>35</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 495.

Se considera como agravante el hecho de que las injurias, sean estas calumniosas o no calumniosas graves, sean proferidas en contra de una autoridad<sup>36</sup>.

“Los que hubieren propuesto una acusación judicial o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante juicio, serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de seis a treinta y un dólares”<sup>37</sup>, ya que constituye injuria calumniosa.

Como ya se mencionó anteriormente, las injurias deben tramitarse como delitos de acción penal privada, excepto cuando el sujeto pasivo es una autoridad pública donde la acción es perseguible de oficio.

**Daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio:** Este tipo penal se refiere a cualquier daño que se ocasione en propiedad ajena o privada, como ejemplo se podría citar, romper los vidrios de una casa ajena, escribir grafitis en una pared de propiedad privada, causar daños en un vehículo de otra persona, entre otras cosas. El incendio es considerado como un delito de acción pública.

**Usurpación:** Es un delito contra el derecho a la propiedad de las personas, donde el elemento objetivo se caracteriza por la violencia, engaño o abuso de

---

<sup>36</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 493.

<sup>37</sup> Código penal Ecuatoriano, artículo 494.

poder por parte del sujeto activo a fin de arrebatar, reducir, despojar o interrumpir la posesión de un bien inmueble del sujeto pasivo.

El sujeto pasivo del delito necesariamente deberá ser poseedor o tenedor de un bien inmueble o titular de derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis constituido sobre el mismo, igualmente podrá ser titular de un derecho de aprovechamiento de aguas. Ya que de no gozar de alguna o varias de tales características no podría verse afectado por este delito.

Por otra parte, el sujeto activo cometerá delito de usurpación cuando despoje o interrumpa cualquiera de los derechos del sujeto pasivo mencionados, mediante violencia, engaño o abuso de confianza.

El bien jurídico protegido por este tipo penal es la integridad de la propiedad privada de las personas.

En el Código Penal está tipificado en los artículos 580, 581 y 582.

**La Muerte de animales domésticos o domesticados:** Este tipo penal protege igualmente la propiedad privada de las personas, considerando a las mascotas como tal. El sujeto activo puede ser cualquier persona que de muerte a un animal doméstico o domesticado de propiedad de otra persona. El sujeto pasivo es el propietario del animal doméstico o domesticado, pues a la mascota

se la considera como “propiedad privada” y su muerte ocasiona un perjuicio para si. Se trata de un delito de acción privada.

**El atentado al pudor de un menor de edad:** El atentado al pudor está tipificado en el Código Penal solamente cuando se perpetra en contra de personas menores de dieciocho años o con discapacidad, y consiste en el sometimiento de dicha persona para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal; es decir que el atentado existe desde que hay principio de ejecución<sup>38</sup>, se constituye en delito desde el momento en que se realizan hechos que tiendan a obligar a la persona a realizar actos sexuales, sin que estos actos sexuales necesariamente tengan que darse. La simple tentativa, en este caso, constituye delito.

El sujeto pasivo es una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, sin importar si es hombre o mujer. El sujeto activo puede ser cualquier persona. El elemento objetivo que caracteriza a este tipo penal es el sometimiento para obligar a realizar actos de naturaleza sexual sin que necesariamente exista acceso carnal, ya que si esto último se da, se constituye otro delito diferente al atentado al pudor.

El atentado al pudor está tipificado y por lo tanto solamente es punible cuando se perpetra en contra de un menor de edad, si la víctima de este delito es un mayor de edad, no es punible y no constituye delito, pues no está tipificado.

---

<sup>38</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 508.

## 1.5 Transigibilidad de Derechos

Dentro de una materia tan controvertida como lo es el Derecho Penal, se considera pertinente realizar un análisis objetivo sobre un aspecto muy importante de la naturaleza de la mediación: la obligatoriedad de que la materia del conflicto así como los derechos inmersos en la disputa sean de naturaleza transigible.

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación se encarga de dar una definición extensa a la Mediación en la que se abarcan todos sus elementos y características, dando una base para partir en el presente análisis, textualmente dice: “La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes asistidas por un tercero neutral llamado Mediador, procuran un acuerdo voluntario, **que verse sobre materia transigible**, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”<sup>39</sup>.

Como bien lo plantea el Doctor José María Morán en su Tesis Doctoral sobre Mediación:

Aparentemente la Ley de Arbitraje y Mediación en este punto parece muy general, por lo que inmediatamente surgen varios interrogantes de difícil respuesta como por ejemplo: ¿Cuáles son las materias transigibles y cuales no, hasta que punto puede predominar la autonomía de la voluntad de las partes para resolver una disputa; cuáles son las limitaciones establecidas por la Ley para someter una causa a Mediación; como proceder en caso de duda; tiene competencia un Centro de Mediación o el propio mediador para resolver sobre su incompetencia en un determinado caso si no existe una norma expresa que prohíba el uso de la Mediación para este evento; cómo proceder si

---

<sup>39</sup> Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, artículo 43.

existe una Ley especial para resolver los conflictos que se generen en su campo y , sin embargo, no exista una limitación para acudir a la Mediación a petición de las partes; las propias regulaciones y reglamentos de los Centros de Mediación pueden suplir los vacíos de la Ley, etc.?<sup>40</sup>

La disposición: "...que verse sobre materia transigible...", que consta en la Ley de Arbitraje y Mediación nos lleva a cierto grado de incertidumbre y tal vez provocaría problemas jurídicos debido a la potencial subjetividad en los criterios de interpretación de dicho precepto.

Si tomamos el artículo 11 del Código Civil donde se señala el principio de liberalidad de las partes, por el cual se permite "*renunciar a los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia*"<sup>41</sup>, podemos tener una idea un poco más cerrada, pero se debe determinar el alcance de "el interés individual del renunciante".

El cometimiento de un delito constituye una afectación a un Derecho Social, pues según nuestra legislación se perjudica directamente a la sociedad que es la titular del bien jurídico protegido, aquí cabe hacer una pregunta de trascendental importancia para la presente investigación: ¿Aquel derecho es transigible o no?.

---

<sup>40</sup> Morán Iturralde José María, Tesis Doctoral: "La Mediación frente al proceso de justicia ordinaria, análisis comparativo basado en la práctica forense", Facultad de Jurisprudencia, PUCE, 2001. Pág. 26.

<sup>41</sup> Código Civil ecuatoriano, artículo 11.

No sería transigible según nuestra legislación vigente, sin embargo, se considera que debe hacerse una excepción en cuanto a la transigibilidad para poder aplicar la Mediación Penal en nuestro país, principalmente en los que constituyen delitos de acción privada y de instancia particular, pues se cree que en esta clase de delitos se afecta más que a la sociedad a una persona concreta, quien con la mediación obtendría un acuerdo satisfactorio beneficioso para la víctima y la sociedad porque recibe una compensación pronta y justa; además se daría la posibilidad de que la sociedad reciba un beneficio directo por parte del infractor como compensación al daño causado.

Por otra parte, no solo se trata de que la parte afectada por el conflicto tenga la oportunidad de renunciar a sus derechos voluntariamente, ya que muchas veces no solo se trata de conflictos personales o que preocupan únicamente al titular del problema, sino también de bienes jurídicos de orden público o de carácter irrenunciable como delitos penales, derechos laborales, estado civil, derechos de menores y familia, entre otros; por tanto, la ley debe otorgarle la capacidad para solucionar su disputa.

Para algunos, lo mejor hubiera sido que la propia Ley de Arbitraje y Mediación establezca taxativamente las materias que no son susceptibles de mediar, pero igualmente se corría el riesgo de que ciertas situaciones donde se comprometían normas de orden público o derechos de terceros se quedaran fuera.

En el ámbito penal se involucran derechos de tal importancia que es imprescindible la intervención del Estado a fin de lograr el bien común, en el caso que nos atañe, esto es los delitos de acción privada y de instancia particular, el punto controversial en la mediación penal no es sobre la culpabilidad o no del ofensor, si no sobre el resarcimiento que éste puede brindar a la víctima como autor de un hecho delictivo que la afectó, como responsable de las consecuencias de sus actos.

En este sentido, es muy acertada la cita que hace el doctor José María Morán en su tesis doctoral, en cuanto al criterio del ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, doctor Gonzalo Zambrano, quien refiriéndose a la transacción como un medio de solución de conflictos manifestaba:

Hay que recordar que para el legislador el acta no constituye una transacción, si no solo la renuncia de un derecho, pero existen muchas situaciones que pueden suscitar conflictos y que están sustraídas del ámbito de la transacción, por prohibirlo expresamente la ley o porque la naturaleza sobre la que versa la disputa no es susceptible de este medio de solución. En cuanto a las personas, la transacción solo pueden realizarla quienes tienen plena capacidad, el mandatario tiene la restricción de que no puede hacer uso del mandato general sino especial, concreto, y **están excluidos de esta opción de arreglo, la acción penal y el estado civil. La primera por la fricción con el derecho del Estado de prevenir y sancionar las infracciones** y el segundo por su naturaleza misma, por su intangibilidad, si se quiere. En lo que atañe al derecho de alimentos, que constituye una obligación de amplísimo reclamo, la ley prohíbe transigir respecto a ellos o limita la transacción a condiciones de rígida circunscripción. Tiene entonces este medio de solución de conflictos graves e insalvables problemas, si bien es uno de los medios lícitos para extinguir las obligaciones civiles y,

además, goza del privilegio de equipararse a la cosa juzgada, en lo que a sus efectos concierne<sup>42</sup>.

Está excluida de cualquier opción de arreglo la acción penal, si vemos a la mediación como una confiscación al Estado de su derecho de prevenir y sancionar las infracciones penales, más si se hace referencia a la mediación penal como una forma justa de resarcir a la víctima de un delito, estamos hablando de un derecho transigible y posible de acordar dentro de un proceso alternativo de solución de controversias.

A veces por diversos aspectos, no todos los conflictos pueden encontrar una solución mediante la Resolución Alternativa de Disputas, estos aspectos pueden ser atinentes a la voluntad de las partes o a la naturaleza del conflicto; sin embargo, esto es algo que se vislumbrará el momento de proceder con la aplicación de la mediación para cada caso, pues al no existir una norma expresa que nos guíe en este sentido, lo único que nos queda es realizar una determinación de forma ética y legal.

Una correcta forma de hacerlo, es como lo recomiendan personas muy experimentadas en el campo de la Solución Alternativa de Disputas, acudiendo a toda la normativa vigente aplicable al caso en particular para asegurar si es factible o no dirimir dicha controversia a través de la mediación.

---

<sup>42</sup> Morán Iturralde José María, Tesis Doctoral: "La Mediación frente al proceso de justicia ordinaria, análisis comparativo basado en la práctica forense", Facultad de Jurisprudencia, PUCE, 2001. Citando a Dr. Gonzalo Zambrano en Pág. 27.

El Derecho Penal tiene algunas características básicas: es preventivo porque actúa no solo sobre lo que pasa, si no sobre lo que puede pasar, además es público ya que nos representa a todos como sociedad; es legalista ya que toma en cuenta solo y todo lo que está en la ley, si no está, no existe; Es imperativo, no es potestativo y es un proceso constitucionalmente establecido; y finalmente es restrictivo ya que trata solo los casos que no tienen solución en otras ramas del derecho.

Al consagrar tan importantes principios y bases fundamentales podemos ver principalmente que los bienes jurídicos que protege el derecho penal pertenecen a toda la sociedad no a la víctima, en teoría, por lo tanto, es la sociedad entera la responsable de castigar el delito cometido en contra de todos sus integrantes, reflejado en una persona: el ofendido.

Al ser todos los ofendidos, resulta imposible hablar de transigibilidad de derechos, ya que éstos derechos pertenecen a la sociedad y sería imposible transigir ya que para ello los titulares de los mismos deberán estar de acuerdo.

Mirándolo desde otra óptica y refiriéndonos exclusivamente a los delitos de acción privada donde el Estado no interviene, dejando a discreción de la víctima la acusación, existe la posibilidad de que la víctima como titular del derecho de acción pueda decidir qué hacer.

Por otra parte, en los delitos de acción pública de instancia particular, donde la víctima presenta la denuncia como requisito de procedibilidad para que el Estado tome acciones, también existe posibilidad de transigir, en virtud de la posibilidad de que nos da la Ley con la conversión de acciones.

Para comprender de mejor manera lo que se pretende al aplicar la mediación en materia penal, se explicará por el contrario que NO ES la mediación penal, según el criterio de la doctora María Elena Caram<sup>43</sup>:

- No es un procedimiento para negociar las penas: Aquí entra en juego el principio de legalidad y oficiosidad, pero si las partes pueden hacer un acuerdo, esto no debe pasar desapercibido por el Juez.
- No es un mecanismo destinado a la impunidad, se busca que haya un procedimiento que produzca la transformación subjetiva entre las partes. Una mediación bien llevada, causaría este efecto.
- No debe agravar la situación de las personas, este proceso lleva a que exista una respuesta que el sistema judicial no puede dar a los actores del proceso, que quedan insatisfechos o con algún grado de frustración.
- No es un procedimiento para buscar la verdad.
- No es un procedimiento para atribuir culpas, se trabaja con las percepciones de las personas no con la culpa.

---

<sup>43</sup> Dra. María Elena Caram, Abogada, Mediadora, Capacitadora en Mediación del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, de la Fundación Libre y de la Universidad de Buenos Aires. En su ponencia dentro de la "Jornada sobre Mediación Penal", llevada a cabo el 24 de Junio de 2005, en la sede del Colegio de Abogados de La Plata.

- No es aplicable a todos los casos, las partes deben estar dispuestas voluntariamente a participar del proceso. Es muy importante abordar el conflicto en las etapas tempranas del proceso judicial a fin de que no esté tan comprometida la responsabilidad y sea más fácil resolverlos.

## CAPITULO II

### MEDIACIÓN EN MATERIA PENAL: DELITOS DE ACCION PRIVADA Y DE INSTANCIA PARTICULAR.

#### 2.1 POSIBILIDAD DE MEDIAR EN EL CONFLICTO PENAL

Como acertadamente se menciona en la obra Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal<sup>44</sup>, el estado de emergencia en el que se encuentra el sistema penal es muy notorio dadas las afirmaciones insatisfactorias que se hacen a diario sus protagonistas: víctima, victimario, policía y justicia en general; ante esta dificultad, surge la necesidad de restablecer los intereses ofendidos frente a recurrir a la pena como única forma de solución al problema.

El Derecho Penal tiene una misión pacificadora, y como tal debió considerar a la pena como último recurso y no como el primero o peor aún como el único que es actualmente.

En este momento existe un concepto que viene posicionándose doctrinariamente y es el del Derecho Penal Mínimo, que implica que el Derecho Penal solamente intervenga en casos extremadamente necesarios, irremediables y que después de haber intentado todos los medios posibles,

---

<sup>44</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 57

definitivamente no exista solución. La aplicación de esta idea generaría dos efectos<sup>45</sup>:

1. Consagrar el ámbito de la justicia penal a los temas trascendentes.
2. Derivar las conductas menos dañosas a una instancia de conciliación.

Existen diversas posibilidades de derivar a mediación los distintos casos según lugares y circunstancias, en algunos casos se usa la mediación como sustituto de la persecución penal, en otros el Fiscal sugiere la derivación a mediación antes del inicio de la etapa de juicio, o dentro del juicio antes de la etapa de prueba, también puede aplicarse antes de dictar sentencia.

La conciliación no se concibe como algo nuevo dentro de nuestra sociedad, lo nuevo constituye la aplicación de ésta en el ámbito penal y en sí su institucionalización. El propósito de la mediación es lograr que tanto la víctima como el ofensor tengan la sensación de justicia dentro del proceso de resolución del conflicto, que se intercambien ideas, obtener respuestas y expresar sentimientos, lograr obtener un plan de reparación aceptable para las dos partes y especialmente resolver los problemas de las partes que participan dentro del proceso, incluido el problema de la administración de justicia.

---

<sup>45</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 58

En algunos países se aplica actualmente con mucho éxito la mediación en materia penal, y ésta no se reserva únicamente a delitos de bagatela si no que se extiende también hacia delitos de mayor importancia; existen profundas ventajas mostradas en otros países por éste método, en su aplicación no solo sobre delitos si no también sobre diferentes materias donde se suscitan repetidos conflictos, donde los resultados demuestran que la mediación en lugar de perjudicar derechos de terceros o contravenir el bien común, es una solución muy acertada para este tipo de disputas.

En Ecuador no se aplica la mediación pero el Código de Procedimiento Penal menciona a la conciliación como una forma válida de terminación del proceso penal, dentro del capítulo que habla del procedimiento de los delitos de acción privada, el artículo 372 nos dice:

Admitida y citada la acusación particular, el juez convocará a una audiencia de conciliación. Por acuerdo entre acusador y acusado el juez puede designar un amigable componedor para que realice la audiencia de conciliación. Si se logra la conciliación termina el proceso y deberá cumplirse lo que las partes acuerden<sup>46</sup>.

Sin caer en la confusión de figuras, pues mediación y conciliación son dos figuras jurídicas con marcadas diferencias entre sí, el hecho de que se acepte a la conciliación como una forma de solucionar el conflicto penal, es un aspecto positivo que favorecería la aplicación de la Mediación Penal.

El artículo mencionado admite la posibilidad de que exista conciliación entre acusador y acusado, por acuerdo entre ambas partes. El hecho de que el juez

---

<sup>46</sup> Código de Procedimiento penal Ecuatoriano, artículo 372.

sea quien designe al amigable componedor y de que éste último no sea el propio juez es muy positivo, ya que permite que las partes se sientan libres de expresarse y por lo tanto, de que exista más apertura, especialmente por parte del acusado a acceder a las propuestas que se planteen dentro de la audiencia de conciliación.

En cuanto a los delitos de instancia particular, en la ley no se expresa nada al respecto de la conciliación, sin embargo, queda la posibilidad de conversión de acciones, lo cual nos permitiría entrar a la instancia de conciliación.

Para algunos autores, con la legislación vigente en nuestro país podría aplicarse perfectamente la mediación penal, con la simple puesta en práctica de la audiencia de conciliación dentro del procedimiento para los delitos de acción privada o con la posibilidad de conversión de acciones mencionada anteriormente dentro de los delitos de instancia particular, sin embargo se considera que ello sería caer en una confusión de figuras, pues como se dijo anteriormente, conciliación no es lo mismo que mediación, y mucho menos parecida a la mediación que se pretende aplicar con este trabajo.

Lo que si resulta apropiado decir es que el hecho de que nuestra legislación incluya a la conciliación como una forma de dar por terminado el conflicto penal, en los delitos de acción privada, es muy positivo y favorece la implementación de la mediación penal.

Podríamos decir que si en otros países se aplica la mediación en asuntos de mayor importancia, en nuestro país cabría la posibilidad de aplicarla en los delitos de instancia particular, tomando en cuenta el bien jurídico lesionado y el daño que estos representan para la sociedad, es decir, considerar verdaderamente en la práctica cómo afectan al bien común y a derechos de terceros esta clase de infracciones.

## **2.2 PROBLEMAS TEÓRICOS QUE PLANTEA LA MEDIACIÓN PENAL**

Al ser la mediación en materia penal considerada como un procedimiento informal de intervención no determinada y que se da en el ámbito privado, genera muchas dudas dentro del funcionamiento habitual del sistema penal.

Para empezar, es muy distinta de la mediación que se da en otros ámbitos del derecho, ya que están en juego asuntos como la necesidad de castigar a quien comete un delito en virtud de la "vindicta publica" o el respeto a las normas del debido proceso.

### **2.2.1 ¿Cuándo es apropiada la mediación de casos penales?**

Ha resultado muy complicado establecer los parámetros para determinar cuándo es apropiada la mediación en casos penales, algunos autores señalan como propicio aplicarla en casos menores donde tanto víctima como ofensor se conocen y mantienen una relación de amistad continua, o donde los infractores son menores de edad y en los delitos de bagatela, que en nuestro país son los

delitos de acción privada y de instancia particular. Varios autores no recomiendan apropiada la mediación en casos de violencia doméstica, en delitos contra la vida de las personas o de lesa humanidad, a pesar de que la experiencia de otros países muestra que existen casos que involucran violencia o crímenes graves que se median con mucho éxito; por ejemplo, en Argentina la Ley de Violencia Doméstica<sup>47</sup> incluye una instancia de mediación.

Tomando en cuenta que dentro de la mediación no se tratan asuntos como la culpabilidad del infractor o la posible pena que se le pueda establecer en el campo judicial, sino más bien sobre el correcto resarcimiento a la víctima, existe una posibilidad mas amplia de mediar. Pues en el caso de los delitos graves podría considerarse a la mediación exitosa (cuando las partes llegan a un acuerdo en cuanto al resarcimiento) como un atenuante al momento de dictar sentencia condenatoria. Por otra parte, frente a los delitos de instancia particular y de acción privada, podría igualmente considerarse a la mediación exitosa como una alternativa a la pena de privación de libertad, estableciendo otras formas de castigo social adicionales al resarcimiento a la víctima.

### **2.2.2 ¿Qué aporta la mediación a favor de la imagen del sistema de justicia penal?**

Puede ser que dentro del sistema de justicia penal al que todos estamos acostumbrados resulte complicada la convivencia con un mediador, un fiscal que derive un caso a mediación tal vez sienta que no está cumpliendo

---

<sup>47</sup> Ley 24.417, sobre violencia doméstica, Argentina

totalmente con la tarea a la que está encomendado. Pero una vez que la mediación comience a dar resultados satisfactorios resolviendo conflictos y evitando congestión de procesos en los juzgados penales, principalmente la sociedad comenzará a tener una percepción distinta de la justicia penal, mucho más positiva, y va a acudir a ella cuando lo considere necesario sabiendo que obtendrá los resultados que espera.

La mediación, según la experiencia internacional, permite que los usuarios de la justicia penal se sientan atendidos y satisfechos con los resultados obtenidos. La víctima por su parte, tiene la oportunidad de negociar con el infractor directamente y conforme a sus necesidades, además de hacerle saber cómo afectó la actuación delictiva en su vida.

Mientras el infractor, tiene la oportunidad de conocer de cerca y de primera mano el daño que causó y las consecuencias del delito perpetrado, funcionando aquello como una forma de rehabilitación y de evitar la reincidencia. Puede también hacerle saber a la víctima su capacidad para resarcirla efectivamente.

La experiencia también permite observar que los resultados que trae la mediación penal son muy buenos, en el sentido de que la sociedad en general, cuando percibe buenos resultados de un proceso lo acepta y lo considera como un camino posible cuando lo necesita.

Los resultados que la mediación proyecte es lo que mejor aportaría para mejorar la imagen del Sistema Penal.

### **2.2.3 ¿Porqué hay resistencia a la mediación penal?**

Inicialmente es un problema cultural y social, la mayoría de los individuos piensan que la única salida a sus problemas legales es un proceso judicial, la idea de solucionar un conflicto legal, sobre todo penal está ligada directamente con la intervención de un juez y de un juicio, el solo hecho de buscar asistencia legal trae consigo la idea de venganza o deseos de probar que la parte contraria actuó equivocadamente.

Adicionalmente, mientras existan abogados tradicionalistas que no tengan una inclinación favorable hacia la mediación, difícilmente podrán derivar sus casos a ésta y mucho menos recomendarán a sus clientes acudir a ella, por lo tanto el futuro de la mediación, depende de las actitudes y compromiso de los profesionales del derecho.

Se deberá instruir a la gente de tal forma que comprenda que existen nuevas maneras de solucionar un problema penal posiblemente más efectivas y reconfortantes que un juicio, señalando las diferencias de la mediación con el sistema tradicionalista de justicia penal, al igual que las ventajas y desventajas que ésta traerá consigo.

La aceptación de la mediación penal depende de los resultados que traiga su aplicación.

### **2.3 DIFERENCIAS ENTRE MEDIACIÓN CIVIL Y PENAL**

La mediación se utiliza cada día más para solucionar diferentes clases de conflictos especialmente de carácter civil, su aplicación depende esencialmente de la voluntad de las partes para acudir a ella, sin embargo, existen muchas características que marcan la diferencia con la mediación en el ámbito penal.

- **Inexistencia de relación previa:** esto es algo que no ocurre siempre, pero puede darse, es más frecuente la aplicación de la mediación civil en personas que tienen relaciones preexistentes ya que de estas relaciones se derivan los conflictos a resolverse; mientras que la mediación penal podría darse entre personas totalmente extrañas, que no tienen una relación previa. A pesar de que algunos autores consideran aplicable la mediación penal entre personas con relaciones previas, por ejemplo: familiares, vecinos, comunidades; lo que contribuiría a restablecer los lazos rotos en virtud del cometimiento del delito.

- **Reuniones privadas:** En la mediación civil se pueden dar sesiones privadas entre el mediador y cada una de las partes por separado, como estrategia para ayudar a las personas a decir cosas que en conjunto no lo harían, estas sesiones ayudan al mediador a evaluar, señalar, confirmar o ablandar a la otra parte, generalmente tienen como meta un objetivo particular y es confidencial; no implica afectación a la neutralidad que el mediador está obligado a

mantener. Mientras que en la mediación penal necesariamente deben darse reuniones preliminares separadas entre el mediador y cada uno de los participantes, con el fin de dar a conocer a las partes cómo funciona el proceso, obtener credibilidad y asistirlos en la preparación para el encuentro frente a frente entre víctima y victimario, se trata de crear una relación de confianza entre el mediador y cada una de las partes previo al encuentro de inicio de la mediación. Adicionalmente, las sesiones previas ayudan a evaluar la posibilidad o no de que se dé a cabo la mediación, ya que por diversos motivos puede concluirse que está no traerá buenos resultados. Como lo señalan Highton, Álvarez y Gregorio<sup>48</sup>, parte de la preparación puede caracterizarse como una “venta del producto”, pues la primera reacción, tanto del infractor como de la víctima, es, ¿por qué yo habría de participar en algo así?

- **Connotación del conflicto:** En la mediación penal las partes no están en conflicto en la misma connotación que en el ámbito civil. Una de las partes dentro de la mediación víctima – victimario ha cometido una infracción penal y ha reconocido su autoría mientras que la otra parte ha sido ofendida o afectada por esa acción u omisión. No es materia de esta clase de mediación la inocencia o culpabilidad del victimario, si no que más bien se trata de enmendar o resarcir a la víctima satisfactoriamente por la ofensa recibida. En los casos en que se trata de cosas robadas o daños cuantificables causados, se trabajaría de una forma más aproximada a la mediación civil.

---

<sup>48</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: “Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal”- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 67

- **Concentración de la mediación:** La mediación en el ámbito civil está dirigida y concentrada hacia el acuerdo, mientras que la mediación penal está dirigida hacia el diálogo, restablecimiento de la víctima, asunción de responsabilidades por parte del infractor y reparación de las pérdidas. Según la experiencia argentina muchas veces un 95% de las sesiones de mediación víctima - victimario llevan a un acuerdo<sup>49</sup>, éste arreglo resulta secundario en relación a la importancia del diálogo inicial que ayuda al comportamiento menos criminoso del ofensor, al ver por sí mismo el daño que causó a la víctima.

- **Modelo de “neutralidad”:** en la mediación civil la neutralidad implica que el mediador “no acuerde” anticipadamente con ninguna de las partes en cuanto a asuntos que son materia del conflicto y se refiere especialmente a que el mediador no favorezca de ninguna manera a una parte en relación con la otra. En la mediación penal, al tratarse de hechos delictuosos, el concepto de neutralidad no resulta apropiado ya que estamos hablando de un trasgresor y de una persona agraviada, inocente contra quien se ha cometido un delito; si no se hubiera cometido un mal no habría razón de ser de la mediación; Pocas veces se media con el infractor a menos que haya admitido su culpa en algún nivel o haya sido condenado por el cometimiento del delito, sin este requisito no estamos hablando de un victimario, sino de un “acusado” o un “imputado”. El mediador es imparcial en cuanto al trato proporcionado a los individuos como seres humanos pero no es neutral en cuanto a la trasgresión cometida. El

---

<sup>49</sup> Fuente: HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: “Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal”- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 67

modelo de neutralidad es diferente, el mediador intenta establecer alianzas con ambas partes en lugar de con ninguna.

- **Acuerdo:** Las fórmulas de arreglo en la mediación penal pueden ser diversas y el acuerdo al que generalmente se llega implica un resarcimiento económico o trabajo para la víctima del delito, y según las circunstancias puede también establecerse una forma de compensar el daño causado a la sociedad, con trabajo comunitario para el infractor. En la mediación civil, existen también diversas posibilidades de acuerdo, sin embargo, es muy difícil que se establezca una forma de resarcir a la comunidad o a la sociedad, a menos que esta última sea parte dentro del conflicto o haya resultado directamente afectada por alguna acción u omisión de alguna de las partes.

## 2.4 CUESTIONES ÉTICAS

En la práctica se presentan algunas cuestiones de carácter ético ya que la ausencia de reglas sustantivas presenta ciertos peligros si los mediadores son poco morales.

La calidad del proceso de mediación depende de la calidad de mediadores, por lo tanto se requieren reglas específicas y bien establecidas en cuanto al entrenamiento, calificación y pautas para los mediadores.

Así se deberá considerar que un mediador además de contar con condiciones técnicas deberá tener condiciones humanas, puesto que no es lo mismo mediar en materia civil, laboral o comercial que en materia penal.

Tendrá que ser una persona de gran calidad humana, que considere que para vivir se requiere de rentas morales y no solo de rentas económicas, noble, generoso, entregado a la mediación, y como bien lo manifiesta Neuman: *“que las partes vean en el mediador a alguien que les inspira extrema confianza por su dedicación y trabajo continuo, por transmitir el ideal de la conciliación y por ser, a la vez, el apoyo emocional en la delicada situación que atraviesan...”*<sup>50</sup>

Cabe considerar que el mediador, no solo, ni siempre, deberá ser abogado, ya que debe contar con conocimientos elementales sobre que es delito, quien es víctima, quien es victimario, la forma de tratamiento que se da a ese delito en la justicia ordinaria, las penas que se imponen, atenuantes, agravantes, entre otras características legales importantes.

Por otra parte, ciertos autores mencionan la posibilidad de crear un “equipo de mediación” donde se cuente con la participación de profesionales de diversas ramas como: psicólogos, sociólogos, educadores, médicos, religiosos, abogados, antropólogos, en fin, personas letradas con la capacidad y la voluntad de llevar a un acuerdo a las partes en conflicto. Lo que importa es la seriedad y el profesionalismo de quienes quieran actuar como mediadores, sea

---

<sup>50</sup> NEUMAN, Elías. “Mediación Penal” Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 151

independientemente o formando parte de un centro especializado, de manera neutral.

El mediador debe ser una persona con facilidad de palabra y a la vez integrador del lenguaje, en la mayoría de casos en los que las dos partes son de diferentes estratos sociales, debe tratar de unificar el lenguaje para que tanto víctima como victimario comprendan lo que se quiere expresar y procurar que éste siempre esté dentro del marco de respeto. El mediador deberá ser especialista en el robustecimiento de la comunicación humana.

Algunos autores manifiestan la importancia de crear instituciones de mediadores, como asociaciones de mediadores penales, de las que dependa una matrícula profesional y cursos de formación y capacitación. Dichas instituciones podrán ser capaces de expedir un Código de ética aplicable a la tarea de mediar en el conflicto penal.

Un ejemplo de este tipo de instituciones que se proponen es el INAVEM<sup>51</sup> que establece pautas básicas para llevar a cabo el proceso de mediación como: la adhesión voluntaria de las partes y la confidencialidad de todo lo que ocurra dentro, gratuidad de la mediación, neutralidad del mediador y el respeto irrestricto a la libre elección de las partes de algún consejero o abogado que las asesore. Incluso este centro ejerce un control de los servicios que ofrece y se reserva el derecho de excluir a mediadores que no se han ajustado a las

---

<sup>51</sup> INAVEM: Institut National d'Aide aux Victimes et de la Médiation. FRANCIA.

normas establecidas. Cuenta además con una completa biblioteca y con ayuda a las víctimas de delitos mediante publicaciones y conferencias. Se financia con ayuda estatal y tiene numerosas delegaciones en todo el país<sup>52</sup>.

Otra de las cuestiones básicas que se plantean dentro de la mediación víctima-victimario es la revisión de las particularidades de cada conflicto por parte del mediador, quien debe centrar sus esfuerzos en la estabilidad de la relación social y comunitaria en lugar de preocuparse por la violación a la norma penal.

#### **2.4.1 Confidencialidad y Denuncia**

Existen casos en los que los mediadores deben debatirse entre mantener la confidencialidad debida o denunciar porque la ley obliga a ello, en virtud de que manejan información muy delicada que puede tener relación con el bienestar o seguridad de una de las partes. Por ejemplo, en el caso de menores infractores en el que el mediador llega a conocer que el menor infractor es maltratado en su hogar y que eso puede ser una de las causas que lo obligaron a cometer la infracción. El mediador tiene la obligación de guardar esta información por tener carácter confidencial, pero también tiene el deber de evitar que los maltratos se sigan suscitando y que la autoridad competente tome cartas en el asunto, para lo cual requiere denunciar porque la ley lo obliga a ello.

---

<sup>52</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 152

En este punto, una vez más se pone en juego la calidad ética de la que debe gozar el mediador para ser tal, ya que de todas formas él debe conservar el carácter confidencial de todo lo que se diga en la mediación, es como el secreto profesional que debe guardar el abogado, por las confesiones que su cliente le haga.

#### **2.4.2 Imparcialidad**

El mediador debe tratar de conducir un proceso educativo, sin controlar a las partes sino mas bien tratando de que estas por si mismas lleguen a un acuerdo, sin persuadirlas a una solución que puede resultar ser mejor para el mediador pero no para ellas.

El mediador puede hacer sugerencias y brindar ayuda a las partes para que mediante el diálogo ellas mismas lleguen a una solución posible, pero no puede inducir a las partes a un acuerdo que a él le parece bien, ni puede obligarlas a tomar una u otra decisión, tampoco podría opinar sobre si él está de acuerdo o no con el arreglo elegido por las partes.

Puede además haber dificultades sobre cómo establecer si corresponde o no mantenerse imparcial en temas tan delicados como el cometimiento de un delito y a su vez la afectación a una persona inocente. Por esto el mediador debe ser una persona enteramente capacitada para tratar con naturalidad a un delincuente como si se tratase de una persona normal, y con mucho tino a la

víctima tomando en cuenta el dolor que ha sufrido en virtud del perjuicio causado por el cometimiento de un delito.

### **2.4.3 Consentimiento y Voluntad**

La voluntariedad es uno de los principios básicos que rige la Mediación Penal, por lo que resulta necesario conocer si las partes acuden a ella bajo su voluntad y con su propio consentimiento, para determinar si entienden claramente lo que se está resolviendo y los alcances y límites del acuerdo al que pueden llegar.

Algunas personas consideran que la Mediación Penal debería ser obligatoria, es decir, que las partes envueltas en el conflicto penal deban acudir a una instancia forzosa donde se revise la factibilidad de que pueda resolverse el problema. Sin embargo, otros creen que el Fiscal en los delitos de instancia particular o el Juez de lo Penal en los delitos de acción privada, sean quienes estén obligados a explicar a las partes la posibilidad de mediar según el caso, las consecuencias, ventajas, desventajas y efectos de dicho proceso; y sean ellas quienes decidan someterse o no al mismo, pero contando con pleno conocimiento.

En los casos donde los infractores o las víctimas son menores de edad tendríamos un problema ya que se vuelve difícil determinar si comprenden totalmente a lo que se están sometiendo. Las víctimas son ineludiblemente menores de edad en los delitos de raptó a mujer mayor de dieciséis años y

menor de dieciocho y en el estupro perpetrado en mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que son de acción privada. En donde lo mejor sería que las afectadas comparezcan a través de su representante legal, quién sería la persona idónea para precautelar sus intereses dentro de la mediación, sin embargo, se debe tomar en cuenta que es importante la presencia de la víctima dentro de un proceso de mediación a fin de lograr cumplir los objetivos que implican la confrontación víctima-victimario, y al no contar con su presencia se desvirtúa la figura como en teoría fue concebida en un principio.

Cuando el transgresor es menor de edad, algunos autores consideran como una gran oportunidad que el caso sea sometido a mediación, incluso en varios países las primeras experiencias en Mediación Penal se han dado con jóvenes infractores, en donde comparecen por sí mismos y no por interpuesta persona, ni por representante legal.

#### **2.4.4 Principio de Presunción de Inocencia**

El Principio de Presunción de Inocencia es uno de los pilares básicos de nuestro Sistema Penal Liberal, es el que lo hace funcionar correctamente y dada su trascendental importancia, como norma garantista del debido proceso se consagra en la Constitución Política: "*Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada*<sup>53</sup>".

---

<sup>53</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 24 numeral 7.

Está por demás mencionar que al ser un principio establecido por la Constitución Política, norma suprema de la República, debe ser respetado por todas y cada una de las Leyes de menor jerarquía según el orden establecido por la Pirámide Kelseniana.

Por lo tanto, el sometimiento de las partes a la Mediación Penal, bajo ningún concepto implicaría el reconocimiento tácito de la culpabilidad del cometimiento de un delito, pues aunque el propio imputado haya aceptado su culpa o declarado en su contra, según nuestro sistema judicial, deberá probarse debidamente su participación.

La Mediación Penal es un procedimiento informal y extrajudicial, por lo que las partes se someten a la misma, sin perjuicio de que la acción penal que persigue el Estado, en el caso de los delitos de instancia particular, pueda continuar y de que se dicte una sentencia, según se considere necesario.

## CAPITULO III

### MODO EN QUE SE LLEVA A CABO LA MEDIACIÓN PENAL

#### 3.1 Clases de Mediación Penal

Para comenzar se explicarán las distintas clases de mediación que se conocen por haber sido practicadas en varios países.

Inicialmente existe la mediación social conocida en barrios franceses como “Les boutiques de droit” y en Estados Unidos, donde personas *ad honorem* actúan como mediadores en casos de pequeños delitos (de familia, hurtos, conflictos callejeros, problemas penales de tránsito vehicular, amenazas, usurpaciones, lesiones leves)<sup>54</sup>.

Otro tipo de mediación, es la denominada “mediación retenida”, que es la que ejercen los propios jueces o fiscales que llevan la causa y que ellos mismos deciden con el consentimiento expreso de las partes en litigio.

También existe la mediación que se ordena por el Ministerio Público antes de iniciar el juicio, o ya iniciado cuando las partes lo solicitan; puede solicitar una de las partes y la otra consentir en ello.

Existen también mediaciones penitenciarias que se convocan en algunos países para tratar formas atenuantes de la pena, concesiones por buen

---

<sup>54</sup> NEUMAN, Elías – “Mediación Penal” – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina.

comportamiento del infractor o cualquier otra clase de beneficio que se quiera o pueda conceder al autor del delito, para lo cual se oye a la víctima y se aprecia su intervención como atenuante o gravitante.

El objetivo de todas las clases de mediación penal es restaurar de alguna manera la paz social, sobre la base del resarcimiento a la víctima y el compromiso que ello implica para ambas partes.

### **3.2 Procedimiento de la Mediación Penal**

En cuanto al procedimiento, la mediación puede formar parte del juicio penal antes de que éste se inicie o durante el mismo, sin con ello perder su carácter de extrajudicial, siempre contando con el consentimiento de las partes y según el juez lo apruebe.

También puede ordenar la derivación del caso a mediación penal el Ministerio Público en una forma autónoma y de ser resuelto el caso, el acuerdo deberá ser homologado por el juez y archivada la causa.

Lo primero que se requiere para iniciar una mediación es el consentimiento informado de las partes, quienes deben manifestar expresamente que es su voluntad la de componer el juicio. Sin embargo, en todos los casos, el mediador deberá ratificar esa voluntad.

Cabe recalcar que para que el juez o el fiscal decidan la mediación deben contar con el consentimiento de las partes; esta voluntad de las partes para

prestarse al proceso de mediación podrá ser manifestada al juez o al fiscal directamente por una de ellas, o también una vez que se ha derivado el caso a uno de los centros de mediación especializados y se les ha explicado como funciona el proceso y sus efectos.

En el caso de existir una instancia de Mediación Penal obligatoria, el Fiscal o el Juez derivarían el proceso a un centro especializado en donde se explicaría a las partes el funcionamiento del mismo, y éstas decidirían someterse o no, pues no puede obligárseles. Si aceptan y llegan a un acuerdo se terminaría el proceso, si no llegan a un acuerdo o si no aceptan someterse, el proceso se continúa normalmente.

Igualmente, si en cualquier momento, durante el proceso de mediación, alguna de las partes no se siente conforme podrá retirarse, con lo cual se suscribe un acta de abandono y el efecto será que el juicio se seguirá tramitando por vía judicial hasta que se resuelva por sentencia.

Al estar la justicia restaurativa concebida para el establecimiento de vínculos, deben tomarse en cuenta ciertas pautas muy importantes dentro del desarrollo de las audiencias de mediación, tales como el respeto a las partes equitativamente, libertad para expresarse permitiendo el diálogo que quieran mantener, siempre y cuando sea en términos de decoro.

Previo a la primera audiencia de mediación, como se explicó anteriormente, pueden darse sesiones privadas entre el mediador y cada una de las partes para tener una idea de las pretensiones de cada una de ellas y de su actitud y voluntad para mediar. Donde muchas veces el mediador puede ver con anterioridad la manera de comportarse de cada uno y que es lo que pretende obtener de la otra parte y así establecer si la mediación será fructífera y si se llegará a un acuerdo o no.

Si víctima y victimario se conocen con anterioridad al cometimiento del delito, según algunos autores, existe mayor posibilidad de mediar ya que lo ideal para la justicia restaurativa es lograr el restablecimiento de lazos rotos en las relaciones resquebrajadas por la perpetración del delito.

En todos los países europeos en los que se practica la mediación penal, se ha constatado que tanto las víctimas como los sospechables del delito acuden con buena disposición y en vistas a arribar a una solución dentro del conflicto<sup>55</sup>.

Esta experiencia favorece a la aplicación de la mediación en el ámbito penal ya que permite verificar que una vez que las personas integrantes de una sociedad han visto los resultados que este proceso trae, consciente o inconscientemente la aceptan como una forma válida de solución a su conflicto.

---

<sup>55</sup> NEUMAN, Elías – “Mediación Penal” – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina.

“La Mediación busca conciliar los intereses, el proceso judicial resuelve aplicando el derecho y en las relaciones de poder se impone siempre el que goza de más fuerza<sup>56</sup>”.

Es muy importante que dentro de la mediación penal se tome en cuenta la primacía de los intereses de las partes por sobre sus posiciones, pues lo que cada uno trata de hacer dentro de una negociación es defender su posición por sobre la de la otra persona involucrada. Se considera que el secreto para arribar a una solución consiste en que el mediador descubra cómo apartar el sentido emocional del conflicto para centrarse en los verdaderos intereses de las partes, lo cual se logra mediante una correcta comunicación.

Se puede decir que en esta etapa de la mediación, la tarea del mediador consiste en restaurar la comunicación que ha sido afectada por componentes emocionales, a fin de descubrir las necesidades reales de las partes. Dicen los expertos en negociación, en este sentido, que mientras una posición siempre surge de una emoción, los intereses siempre surgen de las necesidades profundas de las partes.

“Un sistema orientado a los intereses, reduce los costos de la transacción, da mayor satisfacción con los resultados, disminuye la tensión y limita la recurrencia de nuevas disputas<sup>57</sup>”

---

<sup>56</sup> Morán Iturralde José María, Tesis Doctoral: “La Mediación frente al proceso de justicia ordinaria, análisis comparativo basado en la práctica forense”, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, 2001. Pág. 120

El mediador debe percatarse de las necesidades primordiales de los participantes, a través de la comunicación y de la información que obtiene, para saber cómo se desarrollará el proceso, pues existen necesidades prioritarias que todo ser humano posee, y cuando alguna de ellas se ve amenazada, la persona toma una posición defensiva para precautelar sus intereses sobre dicha necesidad.

El ejemplo más utilizado e ilustrativo para definir la importancia de enfocar el problema hacia los intereses y necesidades, frente a las posiciones, es el de la naranja: Dos niños, Juan y María se disputan la pertenencia de una naranja, la manera tradicional de resolver este conflicto sería partiendo la naranja en dos y entregando una mitad para cada uno. Sin embargo, su madre se preocupa de descubrir cuáles son los intereses de cada uno de los niños, preguntándoles lo más simple: ¿Para qué quieren la naranja?, Juan necesita la pulpa para hacer un jugo y María necesita la cáscara para rallarla en un postre. Entonces la solución tradicional no hubiese satisfecho completamente las necesidades de cada uno de ellos, y se ve que con la comunicación y con la intervención adecuada del mediador las dos personas pueden obtener total satisfacción de sus necesidades.

Por tanto, el mediador como experto en negociación, deberá incentivar a las partes para que tomen en cuenta los intereses por sobre las posiciones,

---

<sup>57</sup> COLEIRO, ROJAS: "Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Pp.12

advirtiendo que existen intereses mutuos o complementarios que pueden ser de beneficio para ambos participantes.

Los criterios objetivos son la herramienta ideal para luchar contra las emociones y posiciones radicales de las partes, ya que permiten descubrir verdades irrefutables que hacen ver a los participantes que cometieron errores en cuanto a su apreciación de las cosas, permitiéndoles dejar a un lado sus juicios o puntos de vista subjetivos.

Decidir los problemas en base a criterios independientes de la voluntad de las partes permite a los participantes ceder, no frente al otro, sino frente a pautas razonables y objetivas, evolucionando en su visión del conflicto y moviéndolas de sus posiciones subjetivas.

Concretamente los criterios objetivos, a decir del Dr. José María Morán “son valoraciones reales sobre una determinada cosa o situación, dadas por el mercado, estudios de productividad, opiniones de expertos, valores internacionales, peritajes, etc.”.<sup>58</sup>

Los criterios objetivos deberán aplicarse a ambas partes, ya que al ser aceptados, el acuerdo gozará de mayor legitimidad lo cual facilitará su cumplimiento.

---

<sup>58</sup> Morán Iturralde José María, Tesis Doctoral: “La Mediación frente al proceso de justicia ordinaria, análisis comparativo basado en la práctica forense”, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, 2001. Pág. 125.

En cuanto al funcionamiento del proceso de mediación penal, podría decirse que existen varios proyectos que hablan sobre ella, por lo tanto existen diferentes concepciones sobre cómo debería llevarse a cabo.

Igualmente al aplicarse la mediación penal en diversos países los modelos de procedimiento varían entre sí, pero en líneas generales si puede describirse como funciona el proceso. Según los autores de la obra: "Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal" el modelo tradicional de mediación víctima-victimario se resume así<sup>59</sup>:

- Fase de admisión
- Fase de preparación de la mediación
- Fase de mediación
- Fase de seguimiento

La **fase de admisión** consiste en un procedimiento que tiene por objeto identificar qué casos son apropiados para este tipo de mediación. Ambas partes deben estar dispuestas a participar, y más que nada la víctima que debe enfrentar la situación estableciendo un vínculo con el autor del hecho delictuoso. La víctima debe estar abierta a escuchar a su ofensor sin denigrarlo ni maltratarlo y el victimario debe ser una persona susceptible de rehabilitación, que muestre cierto grado de arrepentimiento y que esté en condiciones personales de establecer un diálogo, no debe ser un dependiente de alcohol o estupefacientes no tratado o no rehabilitado. Debe existir un marco de

---

<sup>59</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 123.

seguridad para la víctima a fin de evitar una re victimización resguardándola frente a cualquier peligro que pueda suscitarse.

La **fase de preparación de la mediación** puede durar mucho o poco tiempo dependiendo de la apertura que muestren las partes a participar. Consiste en varias sesiones de premediación a fin de que cada parte piense, examine sus sentimientos y sepa lo que quiere decir cuando esté frente al otro, se trata de lograr que las partes entiendan las responsabilidades que abarca este proceso. El papel del mediador en esta fase es el de lograr obtener la confianza de cada uno de los participantes y de crear un vínculo con ellos.

Para iniciar la **fase de mediación** existe una primera reunión conciliatoria entre la víctima y el victimario, esta reunión es trascendental ya que es aquí donde finalmente se ve si el trabajo del mediador en la fase anterior ha sido bien hecho y se logra que las partes concilien y lleguen a un acuerdo. En esta reunión se da el enfrentamiento cara a cara y es la antesala de reuniones sucesivas que permitirán que se logre el objetivo propuesto. Si el mediador ha logrado obtener la confianza de las partes la mediación se realizará en reuniones sucesivas sin necesidad de que haya sesiones privadas, si las partes no se sienten seguras de poder expresarse libremente dentro de las reuniones conciliatorias habrán sesiones privadas para ayudarlas a superar sus dificultades. Muchas veces la víctima no se siente capaz de enfrentar cara a cara a su ofensor, en este caso el mediador puede intervenir ayudando a que se de la negociación trasladando la información y preguntas de una sala o otra.

No existe un número determinado de sesiones, estas serán sucesivas hasta que las partes lleguen a un acuerdo o definitivamente no lo hagan.

La **fase de seguimiento** por parte del mediador o del centro especializado en mediación, no solo tiene objetivos de control de cumplimiento del acuerdo, sino que también refuerza la responsabilidad del infractor como persona que debe dar cuenta de lo cometido, humaniza aún más el proceso, da oportunidad de reconciliación y permite la renegociación si surgen problemas posteriores. El infractor debe cumplir con lo establecido en el acuerdo, las estadísticas dan cuenta de que la mayoría lo hacen, pero si no cumple el juez encargado de la causa puede imponer la sanción penal correspondiente, la misma que podrá ser evaluada según el caso y la instancia del proceso en la que se haya derivado a mediación penal.

También hay la posibilidad de que se establezca dentro del acuerdo una sanción penal para el caso de incumplimiento del acuerdo, lo cual deberá ser aclarado por el mediador en sus primeras palabras a las partes cuando se inicia la mediación, sin que esto se convierta en un medio coactivo para el logro de la conciliación<sup>60</sup>.

El contenido del acuerdo al que se llegue dentro de la mediación penal puede ser muy variado ya que depende del caso que se trate y de la relación existente entre víctima y victimario. Puede consistir en un pago en dinero a la víctima,

---

<sup>60</sup> NEUMAN, Elías – “Mediación Penal” – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina. Pp. 142

trabajo efectuado por el victimario a favor de la víctima o a favor de alguna institución de caridad elegida por la víctima, inscripción del infractor en un programa de rehabilitación o de tratamiento, entre otros, pudiendo existir combinaciones de varios modos de resarcimiento.

El acuerdo debe crearse tomando en cuenta las necesidades de la víctima y las posibilidades del victimario, la idea es llegar a un acuerdo que sea real y con posibilidades de ser cumplido, además que éste sea satisfactorio para la víctima.

Debe tomarse en cuenta la situación social y personal del victimario, en los casos en que el infractor y su víctima se enfrentan cara a cara, no siempre la compensación es material, más aún si se conocieron antes del cometimiento del delito o tienen proximidad amistosa o familiar, ya que existen otro tipo de soluciones simbólicas aceptadas (como pedir perdón) o morales como compromisos de trabajo a favor de la víctima o cierto tipo de actividades que beneficiarán al infractor y harán a la vez sentir satisfacción a la víctima como el ingreso a centros de rehabilitación o tratamientos para superar alguna adicción.

Es muy importante dentro de la mediación penal el diálogo para establecer las intenciones y posibilidades de reparación del victimario, por ejemplo, un infractor que tiene todas las ganas y buen ánimo de reparar a la víctima como se merece, sin embargo, no cuenta con los recursos necesarios para hacerlo; si la víctima capta la sinceridad de su ofensor es muy posible que acepte una

reparación no económica, o el trabajo para ella en una tarea concreta, o la aportación de una cuota del sueldo que percibe en su trabajo. Mientras más comunicación exista entre las partes en conflicto habrá mejor apertura para arribar a una solución que satisfaga sus intereses y posibilidades.

El acuerdo además puede contener cláusulas sobre la relación o convivencia futura de las partes, y con mayor razón si estas se conocían antes del hecho delictuoso.

La Declaración 40/30 de la ONU, sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de 1985 establece algunas pautas que son de mucha ayuda para establecer la forma de resarcimiento a las víctimas, en su artículo 8 se establece que:

Las víctimas siempre deben ser reparadas económicamente cualquiera sea la forma de percepción y siempre que las partes presten acuerdo: Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la rehabilitación de derechos<sup>61</sup>.

En el artículo 9 de la misma declaración se incita a los gobiernos a que revisen sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible de casos penales, además de sanciones penales.

---

<sup>61</sup> Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Resolución 40/30 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985).

Por otra parte, la Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal, sugiere a los gobiernos de los Estados miembros revisen sus legislaciones y prácticas de acuerdo a ciertas directrices, en lo que nos concierne, considera que la legislación debería proveer que la reparación a la víctima pueda ser una pena o un sustitutivo de la pena, o una sanción conjunta<sup>62</sup>; adicionalmente considera que cuando las facultades concedidas al tribunal incluyen el añadir condiciones de tipo económico a la concesión de poder dejar en suspenso la pena, o de conceder libertad condicional, o la aprobación, o de cualquier otra medida, se debería dar gran importancia, entre estas condiciones, a la reparación por parte del delincuente a la víctima<sup>63</sup>. Y en la fase de cumplimiento de la pena sugiere que si la reparación es impuesta como sanción penal, ésta deberá ser exigida de la misma forma que las multas, y tener prioridad sobre cualquier otra clase de sanción económica impuesta al delincuente, además la víctima deberá ser asistida tanto como fuera posible a fin de hacer efectiva la reparación económica.

La Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal del 15 de Marzo de 2001 en su artículo noveno se refiere al Derecho a indemnización en el marco del proceso penal:

---

<sup>62</sup> Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal de 28 de Junio de 1985. Sección I D) Procedimiento en el juicio, numeral 11.

<sup>63</sup> Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal de 28 de Junio de 1985. Sección I D) Procedimiento en el juicio, numeral 13.

“1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía<sup>64</sup>”. En el caso de nuestra legislación nacional, la indemnización por cometimiento de delitos se debe plantear por la vía civil, con el requisito de prejudicialidad de la sentencia condenatoria en materia penal, lo cual implica un problema adicional para la víctima, ya que una vez que ha obtenido la sentencia condenatoria en materia penal deberá iniciar otro proceso en el campo civil para lograr la sentencia que le otorgue la indemnización correspondiente.

“2. Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente<sup>65</sup>”. Se entiende que con la palabra “adecuadamente” se refiere a tomar en cuenta tanto las condiciones de la víctima como la capacidad de resarcimiento del infractor.

“3. Salvo el caso de necesidad absoluta impuesta por el proceso penal, los objetos restituibles pertenecientes a la víctima y aprehendidos durante las actuaciones se devolverán a la víctima sin demora<sup>66</sup>”.

---

<sup>64</sup> Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, 15 de Marzo de 2001, artículo 9 numeral 1.

<sup>65</sup> Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, 15 de Marzo de 2001, artículo 9 numeral 2.

<sup>66</sup> Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, 15 de Marzo de 2001, artículo 9 numeral 3.

Como se explicó anteriormente, la “fase de seguimiento” trata sobre el cumplimiento del acuerdo, sin embargo, se podría afirmar que generalmente el hecho de que las partes hayan sido las que por sus propios medios idearon el acuerdo con la dirección del mediador, lleva a que el mismo sea cumplido, eso es lo que la experiencia de la mediación penal en otros países nos demuestra.

### **3.3 Momento procesal en que se puede acudir a la mediación penal**

Para comprender de mejor manera en qué momento procesal puede acudirse a mediación penal, se explicarán las formas de acudir a la mediación en el ámbito civil, donde a diferencia del sistema procesal ordinario, se establecen tres modalidades por las que puede proceder la mediación sea de forma previamente pactada, voluntaria o mixta:

- **Previamente pactada:** cuando las partes, previo a la existencia del conflicto, pactan por escrito que cualquier controversia que se pueda presentar como producto de una relación jurídica se resuelva por Mediación, esta circunstancia se prevé en el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación en el literal a:

La mediación podrá proceder: a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y

exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare ésta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales<sup>67</sup>.

- **Voluntaria:** Cuando cualquier persona de las facultadas por la ley para acudir a mediación, envía una solicitud a nombre del Director de un Centro de Mediación reconocido legalmente, solicitando que se convoque a una Audiencia de mediación. Las partes serán las que voluntariamente acudan a la audiencia convocada por el centro para solucionar su problema. Esta situación se encuentra prevista en el literal b del artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “La mediación podrá proceder: b) A solicitud de las partes o una de ellas”.<sup>68</sup>

- **Mixta:** Se da cuando el Juez dentro del proceso ordinario de tramitación de juicio, de oficio o a petición de parte, dispone de considerarlo oportuno, que se derive la causa a un Centro de Mediación reconocido para que se efectúe una audiencia, siempre que las partes consientan en ello. Si dentro del término de quince días contados desde la recepción del centro de la notificación del Juez, no se presenta el acta que contenga el acuerdo de las partes, la causa continuará tramitándose ordinariamente, a menos que las partes comuniquen por escrito su voluntad de ampliar el término establecido. Esta circunstancia se consagra en el artículo 46, literal c de la Ley de Arbitraje y Mediación.

---

<sup>67</sup> Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, artículo 46, literal a.

<sup>68</sup> Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, artículo 46, literal b.

Como se ha señalado anteriormente, existen varios modelos de mediación penal y diversos autores que los proponen, es así que se plantean varios momentos dentro del proceso penal para que las partes puedan acudir a mediación. A continuación se analizarán los siguientes:

### **3.3.1 Conversión de Acciones**

La conversión de acciones en nuestra legislación implica que cualquier acción por delito de acción penal pública puede ser transformada en acción privada, a pedido del ofendido o de su representante, con la autorización del Fiscal, cuando éste considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los siguientes casos:

- a. En cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque solo uno haya presentado la acusación particular; y,
- b. En los delitos de instancia particular<sup>69</sup>.

Una vez aceptada por el juez la conversión de acciones se deberá continuar con el trámite de la causa como si se tratara de un delito de acción penal privada, es decir que el juez deberá convocar a las partes a una audiencia de conciliación y por acuerdo entre ofensor y ofendido el juez designará a un amigable componedor, dice la ley, para que realice dicha audiencia.

---

<sup>69</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículo 37.

Si se logra conciliación el proceso termina y deberá cumplirse lo que las partes acuerden. En este punto la ley deja al arbitrio de las partes el acuerdo al que estas puedan llegar, no establece ningún parámetro que guíe, sea al “amigable componedor” o a las partes, para proponer alguna posibilidad de arreglo.

No establece si se resarcirá económicamente a la víctima o si se puede pactar trabajo a favor de ella, o cualquiera de las posibilidades de acuerdo que se vio anteriormente, la ley solamente dice que “deberá cumplirse lo que las partes acuerden”, tampoco da la posibilidad al juez para establecer alguna pena alternativa o una sanción penal propiamente dicha en caso de que el ofensor no cumpla con el acuerdo, la Ley no mira esta posibilidad ya que no menciona que pasará en caso de que no lo haga, tampoco menciona las características y aptitudes que deberá tener el “amigable componedor”, qué funciones deberá cumplir dentro de la audiencia de conciliación, si tiene obligación o no de guardar el secreto profesional, y demás atribuciones que la Ley debería otorgar, ello porque se trata de una conciliación.

En fin, la ley no ahonda en el tema de la conciliación, simplemente habla de un “amigable componedor” que será el encargado de llevar a cabo la Audiencia de Conciliación y de que las partes deberán llegar a un acuerdo para que se termine el proceso y dicho acuerdo sea cumplido.

Cabe en este punto recordar que no es lo mismo mediación que conciliación, sin embargo el hecho de que nuestra Ley Penal considere a la conciliación

como una forma de dar por terminado el conflicto penal, es algo positivo para lograr la implementación de la mediación en el ámbito penal. Considerar o creer que mediación y conciliación son iguales sería caer en una confusión de figuras, pues doctrinariamente existen características que las diferencian entre sí.

Como bien lo dice Elías Neuman:

En ningún país la mediación penal se encuentra codificada punto a punto ni paso a paso, se ha procedido con resguardo legal y aplicación de criterio de oportunidad, al azar del empirismo, pues si bien los casos son diversos, tienen ciertas especificaciones y denominadores comunes<sup>70</sup>.

Siguiendo con lo que establece nuestro Código de Procedimiento Penal:

En caso de que las partes no concilien dentro de la mencionada audiencia, el juez recibirá la causa a prueba por el plazo de quince días, concluido el cual el juez ordenará que en el plazo de tres días el acusador formalice su acusación, se correrá traslado al acusado para que conteste dicho escrito en igual plazo<sup>71</sup>.

El juez dictará sentencia en el plazo de cuatro días. Si el acusado no responde la formalización de acusación, se dictará sentencia en rebeldía<sup>72</sup>. Si el acusador particular no formaliza su acusación el juez de oficio la declarará desierta, con los efectos del abandono y además podrá declararla temeraria o maliciosa de haber mérito para ello.

---

<sup>70</sup> NEUMAN, Elías – “Mediación Penal” – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina. Pp. 128.

<sup>71</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículo 373.

<sup>72</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículo 374.

de manera satisfactoria con las instrucciones, la pretensión penal se extinguiría y se dictaría el sobreseimiento definitivo en su favor, con lo que terminaría el proceso; caso contrario, o si el imputado llega a cometer otro delito, continuaría la persecución penal.

La forma de que se de el resarcimiento a la víctima o la conciliación con la misma sería a través de la derivación del caso a Mediación Penal, con lo cual si el imputado desea que su caso sea sobreseído definitivamente deberá de manera obligatoria acudir a las audiencias y procurar lograr la mejor solución al conflicto.

### **3.3.3 Antes de iniciar el proceso penal**

Algunos autores consideran que el momento ideal para acudir a la mediación penal es antes de iniciar del proceso penal, por derivación del fiscal encargado de realizar la investigación, en el caso de los delitos de instancia oficial de acción particular o en los delitos donde se aplica la conversión de acciones, cuando cree que existe la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo una vez que ha estudiado el caso.

Para los delitos de acción privada, el propio ofendido o su representante legal antes de acudir con su querrela ante el juez competente, podría acercarse a uno de los centros de mediación especializados en el ámbito penal, quienes deberán proceder con la mediación penal. La decisión que se tome por las partes dentro de la audiencia deberá ser homologada por el juez competente,

para asegurar su obligatorio cumplimiento. Por tratarse de esta clase de delitos, el Ministerio Público no interviene. Si no se llega a ningún acuerdo dentro de la mediación o hay abandono, se extiende un acta de imposibilidad de acuerdo o de abandono, según el caso, y queda al arbitrio del ofendido el presentar o no la querrela respectiva ante el Juez de lo Penal.

Existen dos formas de que la mediación se de a cabo, la mediación retenida y por derivación. La primera implica que el juez o el fiscal que lleva a cargo el caso convocan a mediación a las partes actuando el juez o el fiscal, en su caso, como mediadores dentro de las respectivas audiencias. Este tipo de mediación ha sido objeto de varias críticas ya que resulta inapropiado que el mismo juez que conoce el caso actúe como mediador, el ofensor se sentirá intimidado, pues aunque cuente con el respaldo del principio de presunción de inocencia si fracasa la mediación y admitió algún grado de culpabilidad frente al juez, difícilmente este último podrá juzgar imparcialmente sin recordar lo que ocurrió dentro de la mediación. Sería conveniente que si el mismo juez que lleva la causa es el que conoce la mediación y ésta fracasa, es decir, no se llega a un acuerdo, el juez se excuse de seguir en conocimiento el proceso.

En cuanto a que el fiscal actúe como mediador, según algunos autores, se encontraría frente a un problema de imparcialidad, ya que el deber fundamental del fiscal es representar a la sociedad y acusar en su nombre, por lo tanto él estará a favor de la víctima si de su investigación concluye que deberá acusar por haber encontrado indicios de cometimiento de un delito; por otra parte, sea

fiscal o juez quien actúe como tercero neutral dentro de un proceso de mediación penal, hay que tomar en cuenta que se requiere de una preparación mínima como mediador ya que se trata de una persona que ha cometido un delito y de otra que ha sido afectada por ese acto delictuoso y muchas veces esa afectación puede ser psicológica causando un daño terrible a la víctima, entonces se debe tener mucho tino, actuar con prudencia y discreción si se quiere tratar de que las partes concilien en algo tan grave como el cometimiento de un delito.

Como acertadamente menciona Elías Neuman en su obra sobre Mediación Penal y se transcribe el párrafo a continuación:

De ahí la crítica que se realiza a fiscales y jueces que, de pronto, deciden la mediación penal y se revisten, con sorprendente plasticidad, de los atributos del mediador. Se está frente a autoridades de juzgamiento formal y punitivo, y ello no parece ayudar a una solución negociada libremente. Su presencia dificulta las finalidades de la justicia restaurativa. Es sin duda una "retención" de la justicia represiva. Además como mediadores, casi siempre han de imponerse de secretos o confesiones con respecto a los hechos. Si la mediación fracasa, al reabrir la causa penal deberían excusarse, de inmediato, de seguir interviniendo<sup>74</sup>.

En cambio la mediación por derivación implica que el fiscal o el juez derive el caso a un centro de Mediación especializado en "mediación penal", simplemente deben enviar el expediente a cualquier establecimiento de esta clase y en el mismo se encargan de convocar a las partes, de explicarles el procedimiento y las consecuencias, la forma de llevarse a cabo la mediación

---

<sup>74</sup> NEUMAN, Elías – "Mediación Penal" – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina. Pp. 134.

penal, el acuerdo y demás cuestiones de importancia para las partes. El mediador será una persona totalmente ajena al proceso que no conoce a las partes y que lo único que busca es que lleguen a un acuerdo. Hay quienes piensan que cuando el juez o el fiscal consideren pertinente que se lleve a cabo la mediación, de acuerdo al caso, deberían tener la obligación de derivarlo, y una vez derivado el Centro se encarga de convocar a las partes y confirmar su voluntad de mediar; por otra parte existen autores que piensan que tanto el juez como el fiscal antes de decidir la derivación del caso a mediación penal deben contar con el consentimiento y voluntad de las partes.

“En caso de que las partes concilien se remitirá el acta de acuerdo al juez, la misma que contendrá los términos del arreglo al que llegaron las partes sin explicar pormenores, en virtud de la confidencialidad que deriva del principio de inocencia de las partes y de la imposibilidad de que sus palabras, a veces confesorias, puedan ser utilizadas en posteriores procesos penales”<sup>75</sup>. El juez está llamado a homologar el acta de acuerdo remitida por el centro de mediación designado. El centro deberá velar por el cumplimiento del acuerdo en la fase de seguimiento. En caso de que no se cumpla el acuerdo al que las partes arribaron se podría establecer una sanción penal en contra del imputado dentro del mismo acuerdo; mientras que la víctima deberá tener la posibilidad de seguir la vía de apremio para lograr su efectivo cumplimiento.

---

<sup>75</sup> NEUMAN, Elías – “Mediación Penal” – Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad - 2005. Buenos Aires, Argentina. Pp. 134

Antes del inicio del juicio penal el fiscal podría, sea por derivación o por mediación retenida, llevar el caso a mediación penal y si las partes llegan a un acuerdo, pedir al juez el archivo de la causa en espera del cumplimiento de dicho acuerdo. Si no llegan a un acuerdo o la mediación no resulta exitosa, continuar con el proceso penal tradicional.

### **3.3.4 Durante el Proceso Penal**

Durante el desarrollo del proceso penal se puede acudir a la mediación, sea por derivación del fiscal o juez de la causa o por mediación retenida.

El momento perfecto al que se podría acudir a este método alternativo de solución de controversias, con las reformas que se plantearán más adelante, sería, en los delitos de acción privada, como lo prevé el artículo 372 de nuestro código de Procedimiento Penal: "Admitida y citada la acusación particular el juez convocará a una audiencia de conciliación".

Igualmente en el caso de conversión de acciones, una vez que el juez ha aceptado dicha conversión se podría convocar a una Audiencia de conciliación.

Estas dos posibilidades mencionadas anteriormente cabrían únicamente en el caso de que se reforme la Ley en el sentido de que en lugar de que se denomine "Audiencia de conciliación", como se prevé actualmente en el Código Penal, se hable directamente de una "Audiencia o instancia de mediación", con

el objetivo de no caer en la confusión de figuras jurídicas, pues como queda claro, no es lo mismo mediación que conciliación.

En el resto de delitos que son materia de la presente investigación el juez de la causa o el fiscal podrían considerar la posibilidad de derivar a mediación el caso cuando consideren que existen posibilidades reales de que se resuelva el conflicto mediante este método, para esto se podrá tomar como ejemplo la mediación en el ámbito civil donde el juez puede derivar el caso en cualquier estado de la causa de oficio o a petición de parte, antes de que se dicte sentencia, si se resuelve por acuerdo de las partes el conflicto el juez deberá homologar el acuerdo y archivar el proceso, de lo contrario se continúa con el curso normal del juicio hasta que se resuelva por sentencia del juez<sup>76</sup>.

Cabe recalcar que para que el juez o el fiscal decidan la mediación existen dos criterios, el primero se trata de que deben contar con el consentimiento de las partes, el mismo que podrá ser manifestado al juez o al fiscal directamente por una de ellas, y el segundo criterio que establece que el juez o el fiscal no necesariamente deben contar con el consentimiento de las partes para derivar el caso, sino que una vez derivado deberán acudir obligatoriamente a uno de los centros de mediación especializados para que les sea explicado como funciona el proceso y cuales son sus efectos, y ahí si contar con la voluntad de los participantes para iniciar el mismo.

---

<sup>76</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Ecuador. Artículo 46 literal c.

En cualquier momento, durante el proceso de mediación, si alguna de las partes no se siente conforme podrá retirarse y el efecto será que el juicio se siga tramitando por vía judicial hasta que se resuelva por sentencia.

### **3.4 Efectos de la Mediación Penal**

La mediación tiene varios efectos tanto de carácter jurídico como social, a continuación se detallan los siguientes:

- Da por terminado un conflicto penal de manera satisfactoria para las dos partes, el momento que éstas convienen sienten que han logrado lo que querían o por lo menos algo aproximado a lo que esperaban; en contraposición con lo que hubiesen obtenido en una sentencia judicial.
  
- Satisface el interés social, ya que la comunidad ve que no quedó impune el cometimiento de un delito, que se ha logrado un acuerdo que recompone a la víctima y que a la vez beneficia a la sociedad, entonces percibe que se ha hecho justicia y ve garantizado el Sistema Jurídico. Cuando hay una víctima satisfecha con los resultados obtenidos, esta satisfacción se refleja en la sociedad, pues esta última se siente igualmente beneficiada. Por otra parte, la sociedad también se ve resarcida cuando en los acuerdos de mediación se contempla algún tipo de trabajo a favor de la comunidad.

- Ayuda a la rehabilitación del infractor, ya que éste asume su culpabilidad frente al hecho y con ello la responsabilidad de resarcir a la víctima por el daño causado. Al haberse comprometido con la víctima a cumplir el acuerdo está cambiando su forma “delictiva” de pensar y mejora su visión de la vida.

- Mejora el sistema judicial, cuando se derivan causas penales de menor importancia a procesos de mediación, se descongestionan los juzgados lo cual permite que los funcionarios dediquen sus esfuerzos a la solución de delitos más graves y que afectan de una manera más notoria y preocupante a la sociedad, dando al mismo tiempo respuestas más efectivas a las víctimas de delitos de acción privada y de instancia particular.

- El acuerdo, al igual que en la mediación civil, causa efectos de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, sin embargo, en cuanto a la imposición de una pena, cuando el infractor no cumple con lo acordado en el acta de mediación, el juez o el tribunal penal podrían reabrir la causa penal y continuar con el proceso desde que este se derivó a mediación y dictar sentencia condenatoria, o absolutoria, según el caso, la cual tendrá las mismas características y efectos que le da el Código de Procedimiento Penal<sup>77</sup>.  
¿Puede la víctima apelar del fallo del juez cuando se incumple el acuerdo y se reabre el proceso judicial? ¿Es justo para la víctima que se reabra el juicio cuando se incumple el acuerdo, o sería mejor que el Juez se encargue de hacer que se cumpla el acuerdo y no solo limitarse a homologarlo, como ocurre

---

<sup>77</sup> Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, artículo 304A y siguientes.

en la mediación civil? ¿Debería considerarse que el infractor merece una pena por incumplir con el acuerdo?

- Homologación del convenio por parte del juez penal, lo cual le otorga legalidad y legitimidad. Pero no implica aceptación por parte del juez del acuerdo como sentencia.

- Imposición de penas alternativas a la prisión que posiblemente traigan mejores resultados en materia de rehabilitación y evitando la reincidencia. Se premia al infractor si cumple el acuerdo sin establecer una sanción penal por el delito cometido y se lo castiga si incumple con el acuerdo, reabriendo la causa penal y dictando una sentencia condenatoria por el delito cometido.

- Re personalización del conflicto, el conflicto regresa a manos de quien lo causó y quién sufrió las consecuencias del acto delictivo con ventajas para la sociedad y reducción de costos y tiempo para el sistema judicial.

- Lo ideal para la justicia restaurativa es que las partes lleguen a un acuerdo aunque no concilien, claro que si llegasen a conciliar<sup>78</sup> sería mucho mejor.

---

<sup>78</sup> Conciliar entendido como restauración de lazos rotos.

## CAPITULO IV

### APLICABILIDAD Y POSIBLES REFORMAS A LA LEY PARA IMPLEMETAR LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR.

En este capítulo se analizará la posibilidad de que se pueda aplicar la mediación penal en nuestra legislación conforme a la Constitución Política, Ley de Arbitraje y Mediación, Código de Procedimiento Penal y Código Penal.

Adicionalmente se sugerirá la implementación de ciertas reformas a las leyes mencionadas anteriormente para que la mediación sea viable.

#### 4.1 Aplicabilidad de la Mediación

##### 4.1.1 Análisis Constitucional

En un sistema democrático, esto es igualdad y libertad, debe contarse necesariamente con un sistema de administración de justicia generalizado que establezca reglas jurídicas que cumplan con las funciones a las que está llamado el derecho: control social, organización de la sociedad, cambio social, resolución de conflictos, regulación de la actividad humana en sociedad, hacer justicia.

El derecho según Norberto Bobbio<sup>79</sup> es un instrumento de control social, así como de solución de conflictos; y como muy acertadamente lo afirma Renato

---

<sup>79</sup> NORBERTO BOBBIO, Contribución ala Teoría del Derecho, trad. de Fernando Torres, 1980. Citado por MONROY CABRA, Introducción al Derecho, Duodécima Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2001. pp.73

Treves<sup>80</sup> tiene una función de “integración social”, esto es, de “mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales”.

Dentro de un estado de derecho, necesario para regular las conductas sociales y para mediar entre los intereses de los agentes que componen la sociedad, surge el derecho caracterizado por tres elementos fundamentales: elemento moral, elemento social y elemento legal.

El elemento legal que está compuesto por reglas técnicas y que señala los requisitos formales establecidos por la ley para que la sociedad alcance los fines permitidos por el derecho, requiere de un ordenamiento que otorgue jerarquía a las normas legales que lo componen para evitar confusión entre ellas.

La pauta para establecer dicha jerarquía, que se mantiene vigente, la fijó el jurista Hans Kelsen en su pirámide jurídica estableciendo a la Constitución como cabeza del ordenamiento jurídico y norma fundamental del Estado de derecho, colocando al resto de normas y leyes por debajo de la Constitución debiendo estas últimas, guardar relación con los principios que se consagran en la Carta Magna para que puedan gozar de validez y legitimidad.

---

<sup>80</sup> RENATO TREVES, *ob.cit.* Citado por MONROY CABRA, *Introducción al Derecho*, Duodécima Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2001. pp. 73

En Ecuador los principios que se consagran en la Constitución gozan de la jerarquía establecida por Kelsen, y en ella se establecen las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades de los ecuatorianos, organizan el Estado e impulsan el desarrollo económico y social de la patria.

Para que la mediación en el ámbito penal, como medio alternativo de solución de conflictos, tenga un respaldo jurídico importante y necesario para garantizar su generalización y funcionamiento, en la Constitución se estableció un principio que reconoce su importancia y consiente en su aplicación.

En el artículo 191 inciso tercero de la actual Constitución se manifiesta que: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley<sup>81</sup>”.

Al establecer en la Constitución este precepto se refuerza el marco jurídico de la mediación ya que brinda la seguridad de que está constitucionalmente reconocida y goza de garantías legales para su correcta aplicación y cumplimiento de los acuerdos.

La Constitución en ningún momento niega la aplicación de la Mediación en el ámbito penal, si no que somete su aplicación a la ley.

---

<sup>81</sup> Constitución Política del Ecuador, artículo 191, tercer inciso.

#### 4.1.2 Análisis con la Ley de Arbitraje y Mediación

Con la Ley de Arbitraje y Mediación en el año de 1997 nace jurídicamente<sup>82</sup> la Mediación en el Ecuador, ésta ley se expide con el objetivo de impulsar el uso de estos métodos a nivel nacional, derogando al arbitraje civil y al arbitraje comercial que no tenían aplicación práctica de ninguna manera.

La Ley otorga a la Mediación la siguiente definición en su artículo 43:

La Mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto<sup>83</sup>.

Para la resolución de delitos de acción privada y de instancia particular, la experiencia internacional nos enseña que deberán existir centros de mediación especializados en casos de mediación penal e igualmente mediadores independientes especializados y debidamente autorizados.

Deberá contarse con la voluntad y consentimiento de las partes y con un requisito muy esencial y especial para tratar de delitos penales y es la autorización del Juez Penal y del Fiscal encargado de la investigación, puesto que se requiere su criterio para determinar si el bien jurídico lesionado es materia transigible o no, tomando en cuenta la existencia de algún interés público comprometido y su afectación.

---

<sup>82</sup> Se conoce que en algunos pueblos indígenas ecuatorianos ya se practicaban tipos de mediaciones comunitarias que se aplicaban como tradición.

<sup>83</sup> Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, artículo 43.

Contando con la autorización sea del Juez o del Fiscal para llevar la causa a mediación, las partes libre y voluntariamente podrán acudir a un Centro especializado y autorizado o ante un mediador independiente con el debido respaldo jurídico que le otorgue legitimidad a su actuación, con la solicitud de la que habla el artículo 44.

En el mismo artículo la Ley otorga la capacidad a las personas jurídicas para que puedan acudir a la mediación en busca de una solución para sus conflictos, por otra parte, existen algunos delitos de acción privada y de instancia particular en donde los bienes comprometidos pueden pertenecer a personas jurídicas, estos delitos son: la Revelación de Secretos de Fábrica; Daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio; Estafa y otras defraudaciones.

Por lo tanto, de ser aceptada la mediación como un método válido para la resolución de conflictos en materia penal y en esta clase de delitos, las personas jurídicas que vean comprometidos sus intereses, mediante cualquiera de los referidos delitos podrían acudir a ella, por medio de su representante legal, según la Ley de Arbitraje y Mediación.

En cuanto a la capacidad para transigir de la que habla el artículo 44 se podría decir que las partes que deseen voluntariamente someter su conflicto a la resolución de la Mediación, deberán contar con la capacidad que la ley exige para que el consentimiento manifestado sea libre de vicios.

Sin embargo, se considera que el proceso de mediación es un poco más flexible, ya que supone la necesidad de la voluntad y el consentimiento mutuo de las partes, el Mediador no puede centrarse en ser un juzgador de formalismos procesales, y si una de las partes afectadas por el delito o el propio infractor no cumplen con requisitos de capacidad, por ejemplo, la edad (caso de estupro perpetrado en mujer menor de dieciocho y mayor de dieciséis o caso de jóvenes infractores), lo que prima en este proceso innovador es la voluntad de las partes en conflicto, para presentarse a la mediación, dirimir su controversia y llegar a un acuerdo a través de este sistema.

Indiscutiblemente, se deberá acreditar de forma legal y convincente ante el mediador, la capacidad que tienen las partes para transigir los derechos en conflicto. Pues en caso de que se suscite algún problema derivado de la intervención de alguna de las partes dentro de la Mediación, habrá que acudir a la Ley para dirimirlo.

A pesar de que el modelo de mediación que se aplica en nuestro país mediante la Ley de Arbitraje y Mediación tiene ciertos preceptos que concuerdan con el modelo que se plantea para Mediación en el ámbito Penal, como ya se ha dicho varias veces, no es lo mismo mediar en el ámbito civil, comercial o laboral que en el campo penal, aunque hablemos solo de delitos de instancia particular y de acción privada. Por lo tanto, en caso de que se acepte a la Mediación Penal como parte integrante de nuestra legislación para resolver los

conflictos derivados del cometimiento de un delito, se deberá expedir una Ley diferente a la Ley de Arbitraje y Mediación, o ampliar el Código de Procedimiento Penal con un capítulo que hable exclusivamente de la Mediación Penal, realizando además las debidas reformas en el Código Penal, situación que se verá más adelante.

#### **4.1.3 Análisis con el Código de Procedimiento Penal**

En el Código de Procedimiento Penal se plasman las normas de Derecho Penal Sustantivo, que son aquellas que disponen la forma en que debe llevarse a cabo la acción penal y el proceso para cada uno de los delitos tipificados, esta Ley tiene el respaldo que le otorga la Constitución Política de la República, que en su artículo 192 manifiesta que:

El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades<sup>84</sup>.

Por otra parte, en la propia Constitución se establece que las leyes procesales deberán procurar la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites<sup>85</sup>, si se hace una comparación de esta norma constitucional con la realidad, vemos que no se cumple, a menos que se considere rápido el despacho de un juicio penal en un tiempo mayor a dos años, aproximadamente.

---

<sup>84</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 192.

<sup>85</sup> Constitución Política de la República del Ecuador, artículo 193.

Frente a la crisis que todos conocemos que está sufriendo nuestro sistema judicial penal, debemos buscar alternativas que nos permitan descongestionarlo y cumplir con los preceptos que la Constitución otorga a los procesos penales, una de esas alternativas es presentada por la aplicación de la Mediación para tratar delitos de instancia particular y de acción privada.

La acción penal, como ya se vio anteriormente, tiene distinta forma de proceder de acuerdo a la infracción, es decir que la acción penal es una sola, pero opera de manera diferente de acuerdo a la gravedad de la infracción cometida. El Código de Procedimiento Penal clasifica a la acción en tres clases desde el punto de vista de su ejercicio, y es: a) Pública de Instancia Oficial; b) Pública de instancia particular; y, c) Privada<sup>86</sup>.

Dentro los delitos de acción pública de instancia particular, el Ministerio Público necesita saber si el ofendido tiene interés en ejercer la acción penal antes de empezar a actuar. Por lo tanto, el momento que se presenta la denuncia se da inicio al proceso judicial<sup>87</sup>. La denuncia es un requisito de procedibilidad para que el Fiscal comience su investigación, por lo tanto el denunciante no puede desistir de ella, ya que de hacerlo así estaría actuando maliciosa y temerariamente. Algunos autores concuerdan diciendo que una vez presentada la denuncia la acción se convierte en pública de instancia oficial, porque con la sola presentación de la misma, la Fiscalía tiene la obligación de actuar como si se tratase de un delito de acción pública.

---

<sup>86</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículo 32.

<sup>87</sup> Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, artículos 34 y 42.

La acción privada inicia con una acusación particular, se busca la imposición de una pena pero principalmente la obtención de una indemnización por daños y perjuicios. Si el ofendido se abstiene de presentar acusación particular, el proceso simplemente no puede iniciarse y por lo tanto estaría renunciando a la acción, pues al Ministerio Público no le interesa la persecución de los delitos de acción privada<sup>88</sup>.

Frente a estas dos clases de delitos que se han explicado, la Ley establece dos posibilidades procesales que permitirían, en caso de ser aceptada la Mediación Penal, derivar los casos a dicho sistema de resolución de conflictos, estas son:

1. Conversión de acciones: Se establece en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal permitiendo que las acciones por delitos contra la propiedad y los delitos de instancia particular se puedan transformar en acciones privadas a pedido del ofendido, siempre que el fiscal lo autorice, cuando no exista un interés público gravemente comprometido. Donde se puede apreciar una clara aplicación del Principio de Oportunidad.
2. Procedimiento Abreviado: Se establece como un procedimiento especial en el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal, se puede proponer hasta el momento de la clausura del juicio, dice la Ley, cuando se trate de delitos con pena máxima inferior a cinco años; cuando el

---

<sup>88</sup> Código de Procedimiento penal Ecuatoriano, artículo 36, 52, 55

imputado admita el acto atribuido y consienta en la aplicación de este proceso; y, que el defensor acredite mediante su firma que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. Puede aplicarse aún con la existencia de coimputados<sup>89</sup>.

El procedimiento abreviado, permite que los delitos con penas máximas menores a cinco años, sean tratados de una forma especial, siempre y cuando se cuente con el consentimiento del imputado. Cumplidos los requisitos formales que la ley establece para la admisibilidad del proceso abreviado, “el juez oirá al imputado y dictará la resolución que corresponda sin más trámite y si lo considera necesario puede oír al ofendido o al querellante<sup>90</sup>”.

De la presente investigación se desprende que es muy importante tomar en cuenta el criterio de la víctima dentro de un proceso, entonces a fin de hacer que el ofendido sea escuchado y se imponga una sanción alternativa al imputado, podría establecerse una audiencia de mediación, dentro de la cual se resolvería el conflicto y se notificaría al juez, para que, en caso de haber llegado las partes a un acuerdo, el mismo lo homologue. Si no hubo acuerdo, se debería remitir un acta de imposibilidad de acuerdo al juez, a fin de que se termine de sustanciar el juicio de acuerdo al artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, igualmente ocurrirá en caso de abandono de la mediación.

---

<sup>89</sup> Código de Procedimiento penal Ecuatoriano, artículo 369.

<sup>90</sup> Código de Procedimiento penal Ecuatoriano, artículo 370 inciso segundo.

#### **4.1.4 Análisis con el Código Penal**

El Código Penal representa un poderoso instrumento jurídico para establecer límites a la conducta humana, señalando penas como advertencia, frente a los comportamientos ilícitos de las personas, que afectan a la vida de otras y en general a la paz social.

Los preceptos que constan establecidos en el Código Penal de la República, son inculpativos y ayudan a la defensa del Estado y de la Sociedad, protegiéndolos de los peligros de las diversas formas delictuales que cada día se ingenian.

Sin embargo, no se toman en cuenta los derechos de la víctima de la forma en que se recomienda en varios instrumentos internacionales o de la forma en que se lo haría dentro de un proceso de mediación. Nuestro Código Penal defiende a ultranza los derechos del imputado, como debe ser, tomando en cuenta las normas del debido proceso y de Derechos Humanos, pero no protege a la víctima, no le brinda la atención que se merece dentro del proceso ni le presta ayuda de ninguna índole, solo se preocupa del mal que el delito causó a la sociedad como titular del derecho transgredido. Prevé la indemnización por daños y perjuicios que se merece la víctima, pero la obliga a insertarse en otro problema judicial en el campo civil para obtener un resarcimiento.

El artículo 94 del Código Penal, dentro del capítulo que habla sobre el ejercicio de las acciones y de la extinción y prescripción de las mismas, establece que:

*“El perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta, no extingue la acción pública por una infracción que debe perseguirse de oficio<sup>91</sup>”*. Como bien se dispone, no se extingue la acción penal pública, pero como resulta lógico entender, el perdón o la transacción extinguen la acción privada, por lo tanto si se convierte la acción penal pública de instancia particular en acción privada, mediante la posibilidad del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, podría transigirse con el imputado o perdonarlo a fin de extinguir la acción.

Esta norma daría cabida a la aplicación de la Mediación, para resolver los conflictos derivados de la comisión de delitos de acción privada o de instancia particular, con las particularidades anotadas a lo largo de todo el trabajo.

Por otra parte, el modelo de mediación penal que se plantea en el presente trabajo, se ciñe estrictamente a las normas de Respeto a los Derechos Humanos de las partes, y más allá de lo que hace el Código Penal, toma en cuenta los derechos de la víctima como parte afectada dentro del proceso.

#### **4.2 Posibles Reformas a la Ley para implementar la Mediación Penal en el Ecuador.**

A fin de hacer aplicable este método tan novedoso de resolución alternativa de conflictos, que ya se practica en otros países con resultados muy exitosos, se ve la necesidad de plantear posibles reformas a la Ley, para que este proceso goce de legitimidad y legalidad dentro de nuestro País, y de esta forma poder

---

<sup>91</sup> Código Penal Ecuatoriano, artículo 94.

rendir testimonio de los beneficios y dificultades que trae consigo la mediación en conflictos penales, como otros países ya lo han hecho.

Aunque algunos expertos en materia penal recomiendan aplicar la Ley que se encuentra vigente para esta materia de mejor manera, tomando en cuenta la instancia de conciliación que se establece en el Código de Procedimiento Penal, ya hemos analizado a lo largo de la presente investigación las falencias que tiene la ley en este sentido, las mismas que a través de una reforma podrían corregirse y aplicarse; sin caer en la confusión de figuras pues mediación y conciliación no son lo mismo doctrinariamente.

Después de la investigación realizada se considera pertinente incluir la figura de la Mediación en materia Penal, no en la Ley de Arbitraje y Mediación, sino en el Código de Procedimiento Penal, pues se trata de dos materias totalmente diferentes; en la Ley de Arbitraje y Mediación se habla de materia civil, comercial y contractual, por lo tanto no sería adecuado incluir asuntos de materia penal pues, como ya se ha visto, son formas de mediar totalmente distintas.

Por otra parte, en lugar de incluir un capítulo independiente que hable sobre Mediación Penal en el Código de Procedimiento Penal, podría expedirse un cuerpo de leyes distinto, que regule la forma en que se llevará a cabo la resolución alternativa de disputas para delitos de acción privada y de instancia

particular, en concordancia con normas aplicables del Código de Procedimiento Penal.

Tomando en cuenta la situación actual de nuestro país, en cuanto a la posibilidad de que se de una Asamblea Constituyente de plenos poderes que reforme el marco normativo principal, sería primordial que se reconozca constitucionalmente a la Mediación Penal, otorgándole así absoluta legitimidad para su correcta aplicación.

Debería además reformarse el Código Penal actual de tal forma que permita que el bien jurídico que se protege por los delitos de instancia particular sea de carácter transigible, para evitar problemas teóricos como los que se estudiaron en el capítulo primero del presente trabajo. Se deberá tener mucho cuidado pues en la Ley se tendrán que establecer específicamente los casos en los que podrá transigirse y la forma para hacerlo.

Por otra parte, en los delitos de acción privada no tendríamos ese problema ya que al Ministerio Público no le interesa la persecución de los mismos, y dentro de su tramitación se prevé una Audiencia de Conciliación, la misma que en la reforma que se plantea podría ser reemplazada por una derivación a Mediación, por parte del Juez de lo Penal que en estos casos es el encargado de tramitar la causa.

Cualquiera que sea la forma en que se regule la Mediación Penal, se considera importante que se incluyan en el Código de Procedimiento Penal criterios de aplicación del Principio de Oportunidad, como ejemplo se podría tomar la suspensión del juicio a prueba que se aplica en Argentina, con lo cual se abre la posibilidad de utilizar la mediación penal como una procedimiento obligatorio para el imputado a fin de conseguir el sobreseimiento definitivo de la causa en su favor. Por otra parte, en virtud de la aplicación del Principio de Oportunidad se otorgaría al Fiscal o al Juez un filtro que le permitiría decidir iniciar la acción penal o continuar con el trámite del proceso, respectivamente, o suspenderlo y derivarlo a su resolución a través de Mediación Penal, con efectos atenuantes o supresores de la pena.

## CAPITULO V

### LA MEDIACIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO, ANÁLISIS Y ESTADÍSTICAS

#### 1. Canadá

El primer antecedente de mediación entre víctima y ofensor se originó en Canadá, en 1974, en un pueblo llamado Elmira, provincia de Ontario, cuando dos adolescentes en estado de embriaguez realizaron varios actos vandálicos: acuchillaron llantas de automóviles, quebraron ventanas, y causaron daños a diferentes propiedades, incluyendo dos iglesias. En la corte, los dos muchachos se declararon culpables de veintidós cargos. El agente del departamento de libertad condicional asignado expresó que sería buena idea si los ofensores tuvieran que responder frente a frente cada una de las personas afectadas. El juez aceptó la idea y ordenó que se llevara a cabo. Los dos jóvenes tuvieron que hablar con cada una de sus víctimas para lograr un acuerdo a fin de restituir todas las pérdidas ocasionadas a cada uno de los perjudicados. A los seis meses, los jóvenes ya habían pagado todo lo acordado, y la comunidad experimentó una sensación de participación responsable que no se hubiese logrado con el castigo.

Al ver el resultado tan exitoso de este proyecto, los “menonitas” decidieron crear un programa en torno a esta idea de facilitar el enfrentamiento y el

diálogo entre víctima y ofensor, es así como comenzó el Programa de Reconciliación de Víctima - Ofensor en Canadá<sup>92</sup>.

En 1975 se dictó una ley para la compensación del autor del delito hacia la víctima y desde ahí a continuado una gran evolución del sistema<sup>93</sup>.

## **2. Estados Unidos**

En Estados Unidos se permitió asimilar muy fácilmente figuras como la mediación penal, pues el sistema federal constitucional estadounidense facilita la incorporación de éstas prácticas, al permitir que cada Estado defina el contenido de los delitos dentro de su territorio, investigación, persecución y castigo. Consecuentemente, los gobiernos locales pudieron ensayar modos informales de combatir la delincuencia y criminalidad con ayuda de sus autoridades.

El sistema de mediación penal se adoptó en Estados Unidos en 1978, con el programa denominado PACT<sup>94</sup> organizado por la Iglesia Menonita en Indiana, como consecuencia de los antecedentes de Ontario. A principios de los años '80, el juez Kramer inició un programa para ofrecer servicios de reconciliación víctima-victimario donde se trataron en el 80% de los casos, delitos cometidos por adultos, en Boston. En 1985 se estableció un programa piloto de mediación

---

<sup>92</sup> Tomado de artículo publicado en [www.elmediador.cl](http://www.elmediador.cl)

<sup>93</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 156

<sup>94</sup> Prisoner and Community Together (Prisionero y Comunidad, juntos)

juvenil en los tribunales de Connecticut y poco tiempo después se implementó en todo el Estado, con base en los poderes de los jueces y sin necesidad de legislación específica. Desde entonces se ha desarrollado tan bien esta tendencia, que se calcula que en la actualidad existen aproximadamente 400 programas de mediación penal, lo cual demuestra el interés de lograr reconciliación entre ofensor y víctima.

Para fines de 1995, veinticuatro Estados adoptaron códigos juveniles que incluyeran conceptos de justicia retributiva que implique la rendición de cuentas y asunción de responsabilidades frente a las víctimas. El Departamento de Justicia de Estados Unidos ha apoyado estos programas, mediante investigaciones que demuestren que el sistema reduce la reincidencia.

En 1994 la American Bar Association<sup>95</sup> apoyó los programas de diálogo entre víctima y ofensor, y recomendó que estos sean incorporados a los sistemas judiciales federales, estatales y locales.

En general, los programas de mediación se realizan en forma conjunta con los tribunales y están dirigidos a las causas en donde los infractores han incurrido en delitos menores.

Existen además programas vecinales, en los que se manejan cuestiones de menor cuantía y disputas no violentas o causas de delitos menores derivadas

---

<sup>95</sup> Asociación Americana de Abogados

por un tribunal; para lo cual el Tribunal debe constatar que la causa sea adecuada y se requiere que la gente desee que se resuelva el problema del infractor en lugar de que se lo castigue o encarcele, lo cual se logra con mucha satisfacción en dichos centros vecinales. Dentro del procedimiento, se enfrentan víctima y victimario y se llega a algún tipo de resarcimiento a favor del ofendido, el sistema permite la participación de legos y ambas partes se fortalecen al resolver un problema que pudo tornarse penal.

En fin, la mediación se utiliza generalmente para resolver problemas de delincuencia juvenil, cuyas implicancias han crecido alarmantemente. La idea es que los jóvenes que cometen su primer delito y que todavía están en la posibilidad de enmendarse, dejen a un lado ese estilo de vida haciéndose responsables por su acto delictivo y resarciendo a la víctima con su trabajo. La experiencia indica que se han obtenido resultados muy positivos. Algunos programas permiten derivar al menor infractor a un servicio de rehabilitación, si lo requiere.

En Estados Unidos hay generalmente tres etapas donde se puede mediar un caso penal y estas concuerdan con las tres etapas del proceso jurídico penal, como se explica a continuación<sup>96</sup>:

- 1. Pre-intervención policíaca o jurídica** - Se desarrolla a nivel vecinal, se puede usar la mediación para ayudar a las partes a resolver sus conflictos

---

<sup>96</sup> Tomado de artículo publicado en [www.elmediador.cl](http://www.elmediador.cl)

antes de que escalen a un nivel de violencia y antes de que la intervención policíaca o jurídica fuese necesaria.

**2. Post-intervención / pre-adjudicación:** Después del arresto y la interposición de cargos, pero antes de la adjudicación, el juez puede desviar el caso fuera de la corte hacia la mediación, teniendo en cuenta diferentes alternativas como la libertad condicional, una sentencia reducida, o la anulación de los cargos.

**3. Post-sentencia:** Después de la sentencia, como parte de las condiciones para libertad condicional o supervisada, o aún durante el encarcelamiento, también se puede usar la mediación. Esta es un poco diferente a los otros modelos de mediación entre víctima y ofensor, ya que enfatiza menos la resolución del conflicto o la restitución y se enfoca más en las necesidades de las víctimas, la reconciliación, y la curación emocional de las partes. Este tipo de mediación se ha usado en casos graves donde el ofensor generalmente está en la cárcel y los familiares de la víctima sienten la necesidad de confrontar al ofensor.

### **3. Francia:**

Francia es una de las pioneras de la mediación penal con las "Maisons de justice et du droit", donde se realizan mediaciones que se llevan a cabo por personas reconocidas de los barrios y por mediadores que prestan sus servicios ad-honorem, quienes intentan recomponer la relación entre víctima y

victimario, sobre la base de la convivencia armoniosa, pueden decidir sobre el resarcimiento a la víctima, luego de tomar en cuenta las posibilidades económicas del autor, "son mediadores que pueden constituirse según las circunstancias y ocasión, en árbitros<sup>97</sup>".

Se lo considera como un sistema educativo, tanto para el caso de adultos como de jóvenes, en donde se involucra también a los padres de los infractores como primeros responsables de la educación de sus hijos. La víctima se torna en una novedosa actora dentro del proceso, pues la sanción principal se centra en la reparación por el daño causado.

El Ministerio Fiscal utiliza la mediación como alternativa dentro del proceso penal cada vez más, mediante un proceso extra-judicial sin requerir la intervención del juez, lo que para algunos implica debilidad de la garantía judicial.

Se consideran como objetivos de la mediación penal en Francia:

La preservación de la paz social y atenuación de la turbación al orden público, causada por la infracción, el reconocimiento de los intereses lesionados de la víctima y una mayor responsabilidad del infractor<sup>98</sup>.

La mediación penal sólo implica los casos que tuvieron entrada en sede penal y que han puesto en marcha la maquinaria judicial, pero que el

---

<sup>97</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 162.

<sup>98</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 162.

ministerio público deriva hacia la mediación por la aplicación del principio de oportunidad<sup>99</sup>.

El Fiscal encargado de la investigación de la causa tiene tres posibilidades: archivar la causa, derivar el caso a mediación penal o iniciar la acción en los tribunales de justicia. Si opta por la mediación, ésta puede ser retenida, es decir que el propio fiscal actúa como mediador, si se decide favorablemente y las partes concilian se cierra definitivamente la causa. En caso de que el Fiscal envíe a mediación derivada el caso, la solución estará a cargo de organizaciones no gubernamentales, centros de ayuda a la víctima u organizaciones de control gubernamental socio-educativo. El resultado se lo hace saber al fiscal que encargó la mediación y éste decide si archiva la causa o la continúa.

En resumen, la mediación penal en Francia se aplica muy positivamente y con gran aceptación por parte de los usuarios que generalmente, son adultos, pero también jóvenes cuyos conflictos son susceptibles de mediación, a fin de evitar su enfrentamiento a la problemática judicial. Los menores de edad pueden estar acompañados por sus padres, tutores o encargados de su custodia.

Se han recogido varias críticas en cuanto a que el sistema de mediación penal deja de ser alternativo cuando lo ordena y realiza el Fiscal, sin embargo, sin el consentimiento y voluntad de las partes no podría llegarse a conciliación alguna.

---

<sup>99</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 163.

Por otra parte, si la mediación retenida fracasa, se dice que el Fiscal queda al tanto de todo lo dicho por las partes en el intento de mediar, pero en este caso estaría sometido a la confidencialidad y a la obligación de guardar el secreto profesional que la Ley<sup>100</sup> prevé para los mediadores, pues estaría actuando como tal. Indudablemente, el Fiscal debe abstenerse de utilizar cualquier confesión que conste como parte integrante de las actas de mediación, como prueba de cargo dentro del Juicio.

Otra de las críticas que se hace, es que la mediación pierde su autonomía institucional, cuando es tomada a cargo del juez o del fiscal directamente, ya que "las funciones de tales personas son otras y pertenecen a otro tipo de justicia que no es, precisamente, restaurativa<sup>101</sup>". Cabe tomar en cuenta los problemas que esto implica, pues un fiscal o juez, que se hizo cargo de una mediación que fracasa o en la que se llega a un acuerdo parcial, reasumen sus roles verdaderos en la posterior investigación o juzgamiento del caso, respectivamente.

Al estar legislada la mediación penal en Francia, se la considera como una herramienta formidable para ayudar a la desjudicialización del conflicto penal, pero se critica el hecho de que permita que cualquier delito, por más grave que

---

<sup>100</sup> Decreto 96-305 del 10/4/96, que modifica el Código de Procedimientos en lo Penal Francés, artículo D 15-4.

<sup>101</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 166.

éste sea, pueda ser objeto de ella; aunque las víctimas hayan resultado debidamente resarcidas.

#### **4. Alemania**

En Alemania comenzaron a desarrollarse planes de mediación, a principios de los años ochenta, “como una forma de desjudicialización, al inicio de la etapa de instrucción, con el objetivo fundamental de lograr el sobreseimiento de la causa, siempre que se haya llegado a un acuerdo satisfactorio entre víctima y autor<sup>102</sup>”. Algunos de estos planes de mediación se desarrollan a través del sistema de justicia, y otros por organizaciones que coordinan sus operaciones directamente con el poder judicial.

El artículo 153 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana, establece los casos en los que puede existir disponibilidad de la acción penal, se trata de delitos sancionados con menos de un año de prisión donde no se llega a su juzgamiento, estas causales son:

- a. En casos de reprobabilidad relativa o mínima, falta de interés público en la persecución o que presenten circunstancias vinculadas al extranjero;
- b. Cuando el interés en la persecución del delito es satisfecho mediante el cumplimiento de algunas condiciones o mandatos (se refiere al pago de una suma de dinero o a alguna prestación alimenticia);
- c. Cuando existe un interés más valioso que el de la persecución penal, de carácter estatal, por ejemplo; y

---

<sup>102</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: “Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal”- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 167.

d. En los delitos privados que pasan a ser responsabilidad del Ministerio Público<sup>103</sup>.

Según Neuman, "se diferencian dos clases de archivos dentro del sistema procesal penal alemán, el primero, denominado extraprocesal, que es anterior a la iniciación del proceso penal, que corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público sin necesidad de concurrencia del Juez; y el segundo, denominado procesal, que se da una vez iniciado el proceso penal y exige el consentimiento del Juez, del imputado y del Ministerio Público<sup>104</sup>".

El archivo pre procesal ha sido objeto de crítica doctrinal, ya que se considera como una conducta inconstitucional, el hecho de que el Ministerio Público pueda mandar a archivar la causa sin control judicial de ninguna clase.

Por otra parte, al momento en que se decide el archivo de la causa, se diferencian dos subclases: el archivo condicionado y el incondicionado. En el primero, se entiende que existe interés público de perseguir la acción pero que puede ser eliminado si el imputado cumple con ciertas condiciones establecidas en la Ley, como por ejemplo: la reparación de daños, la donación a favor de alguna entidad o la prestación de servicios a la comunidad, el archivo tiene en este caso, el mismo efecto que el sobreseimiento provisional, ya que se suspende hasta el cumplimiento de las obligaciones reparatorias y si se cumplen, se convierte en sobreseimiento definitivo. El archivo

---

<sup>103</sup> Citado en NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 167.

<sup>104</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005

incondicionado, en cambio, se da cuando no existe involucrado ningún interés de orden público, no se exige la comprobación de culpabilidad del ofensor, ni el cumplimiento de ninguna clase de obligación o condición, pues presupone una ínfima culpabilidad del hecho.

Los programas de mediación se aplican tanto a jóvenes como a adultos, incluso existe un programa especial para tratar delitos graves. Sin embargo, el sistema procesal penal alemán proporciona mejores alternativas para la pequeña y mediana criminalidad, otorgando en su caso, la suspensión de la pena, el hecho de librarse de un proceso judicial y del antecedente criminal, favoreciendo al mismo tiempo a la víctima, en virtud del sentido reparatorio de tales medidas. La pena se sustituye por el acuerdo de mediación, que tiene carácter correctivo y que no tiene efectos estigmatizantes en el infractor y que favorecen a la buena marcha del sistema judicial.

La mediación puede llevarse a cabo como alternativa al proceso judicial, dentro de la instrucción fiscal por derivación, o por voluntad de las partes dentro de cualquier etapa del proceso, caso en el que constituye un atenuante al momento de dictar sentencia.

Existen además, críticas en el sentido de que en muchos casos se afecta a las personas de escasos recursos, pues aquellas no están en la posibilidad de “reparar económicamente a la víctima”, y como dicen los críticos: “comprar el beneficio”, sin embargo, la ley alemana otorga la posibilidad de prestar trabajo

a favor de la comunidad, o en su caso a favor de la propia víctima, argumento que invalida las críticas realizadas.

Los centros independientes de mediación se financian con subvenciones que otorga el Estado y con las multas pagadas por los ofensores sancionados.

## 5. España

En España a partir de la reforma penal de 1995 se toma en cuenta a la víctima en un primer plano, con respecto al resarcimiento, al mismo que se lo considera como factor para determinar la pena o su forma de ejecución.

La mediación penal en la legislación española siempre cuenta con respaldo judicial, de tal manera que si el infractor cumple con el acuerdo y existe reparación efectiva a la víctima, este hecho se considera como un elemento de valoración al dictar sentencia. Dicha afirmación se infiere de lo señalado por el artículo 21.5 del Código Penal Español, el mismo que señala como atenuante:

“...Haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral<sup>105</sup>”.

La mediación extrajudicial puede hacerse para cualquier delito penal con pena mínima, solo para personas que han cometido dicha ilicitud por primera vez, y bajo el control judicial, hasta antes de abrirse el juicio oral. Esta posibilidad es

---

<sup>105</sup> Código Penal Español, artículo 21.5

prevista por el artículo 88.1 del Código Penal Español, donde se destaca, la reparación a la víctima o simplemente haber intentado llegar a ella, y por otro lado, evitar las penas cortas de prisión, teniendo en cuenta las circunstancias personales del infractor, su conducta, la naturaleza del hecho, y el esfuerzo por reparar el daño, inclusive se consideran válidas las reparaciones simbólicas, como pedir disculpas o la promesa de no reincidir<sup>106</sup>.

Reunidas las características citadas anteriormente, se da paso a la mediación y una vez que las partes han llegado a un acuerdo, el juez puede conceder la suspensión de la ejecución de la pena de hasta dos años de prisión, con la obligación para el victimario, de no cometer hechos ilícitos dentro de dicho lapso; Si no cumple con tal condición se ejecuta la pena inmediatamente. Muchas veces el propio tribunal penal puede pedir que las partes acudan a mediación para conceder la ejecución condicional de la pena, con lo cual se intenta contribuir a la rehabilitación social del infractor.

Actualmente la mediación penal está muy expandida y expertos en el tema destacan que “las víctimas mayoritariamente no pretenden una compensación material o económica, sino moral. Necesitan saber que todo ello puede tener una explicación y necesitan, además, recibir esa explicación<sup>107</sup>”.

---

<sup>106</sup> Código Penal Español, artículo 88.1

<sup>107</sup> Criterio de un asesor de justicia juvenil, citado en NEUMAN, Elías. “Mediación Penal” Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 170.

En la ciudad de Valencia, desde el año de 1994 funciona la Oficina de Ayuda a la Víctima del Delito (OAVD), donde se llevan a cabo mediaciones “como una alternativa a la justicia penal tradicional, tratando de lograr acuerdos voluntarios sobre la base de la reparación a la víctima y una toma de conciencia del autor de la ilicitud penal, que ya es una forma de rehabilitación<sup>108</sup>”. Posteriormente, gracias a la ayuda que presta la función judicial, se han establecido sucursales de la OAVD en varias ciudades.

En la actualidad, con la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, que establece el estatuto de la víctima en el proceso penal y que obliga a los Estados Miembros, a garantizar una asistencia específica e integral a la víctima de forma profesionalizada y gratuita; se creó la Fundación de la Comunidad Valenciana para la Atención a las Víctimas del Delito y para el Encuentro Familiar (FAVIDE), que se constituyó para asumir las responsabilidades y funciones de las desarrolladas por las Oficinas de Ayuda a las Víctimas del Delito (OAVD), subrogándose en derechos y obligaciones que antes venía ejerciendo la “Consellería de Justicia y Administraciones Públicas”<sup>109</sup>.

Actualmente en España la mediación aún no está legislada en su totalidad, no existe norma alguna que permita la suspensión del proceso penal mientras se intenta la mediación por vía extrajudicial, lo cual desalienta un poco a las

---

<sup>108</sup> NEUMAN, Elías. “Mediación Penal” Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 171.

<sup>109</sup> <http://www.favide.org/favide.htm>

personas que tienen la posibilidad de tratar su conflicto de esta manera. Por otra parte, una vez efectuada la mediación con acuerdo o sin acuerdo, el acta se remite al Juez, quien toma en consideración la postura de los actores del proceso dentro de la mediación, en cuanto a concesiones y aceptaciones de cada uno, al momento de dictar sentencia. Es decir, siempre habrá una sentencia penal, aunque sea significativa o la mínima establecida en la ley para el tipo de delito cometido.

Cabe aquí mencionar la cita que hace Elías Neuman en su obra sobre Mediación Penal: Según lo ha señalado el Dr. De Jorge<sup>110</sup>:

La mediación desatascaría de trabajo a los juzgados, Un servicio de víctimas bien dotado y con suficiente experiencia, podría absorber tanto trabajo como el que pueden hacer varios juzgados en lo referente a infracciones menores y, además, muchos casos los dejaría mejor resueltos<sup>111</sup>.

## 6. Brasil

Algunas entidades brasileras se han preocupado de explorar la filosofía de la Justicia Restaurativa como una forma de cambiar la justicia, planteando como objetivos principales los siguientes:

---

<sup>110</sup> El Dr. Luis Francisco De Jorge, es un Juez de lo Penal Español, quien organizó junto a la Dra. Vidosa, fundadora de la OAVD, un estudio completo sobre la primera experiencia de España en Mediación para Adultos.

<sup>111</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 173.

- Crear un sistema centrado en el bienestar de la víctima que busque reparar el daño causado y restablecer las relaciones.
- Abrir el sistema de justicia tradicional y otros sistemas organizacionales para que se conviertan en más transparentes y democráticos.
- Crear un espacio donde el involucrarse con un proceso judicial se convierta en algo que ayude a crecer a la comunidad y enseñe a instaurar justicia promoviendo paz y tolerancia.

Estos proyectos se dan en escuelas<sup>112</sup>, en el sistema judicial y en la comunidad tratando de lograr que la conciliación y mediación ayuden a cumplir los objetivos mencionados.

En septiembre de 1995 se formaliza en Brasil la mediación penal mediante la expedición de la Ley 9099, la misma que permite al Ministerio Público disponer de la acción pública para los casos que taxativamente se prevén en dicha Ley, bajo el control y regulación discrecional del Juez, colocando en primer lugar a la víctima del delito. Algunas de las hipótesis que se establecen en la Ley son las siguientes:

1. En el caso de pequeñas infracciones, las partes pueden llegar a un acuerdo privado en cuanto a la composición civil, el mismo que debe ser homologado por el Juez, e implica la renuncia al derecho de representación. La mencionada

---

<sup>112</sup> Proyecto Jundiaí: Diseñado por un grupo de investigadores internacionales y aplicado en las escuelas de la ciudad de Sao Paulo, intenta mediante las denominadas "cámaras restaurativas" resolver conflictos y problemas disciplinarios y crear un sentido de seguridad y orden en las escuelas.

ley brasilera establece, que en este caso la conciliación material es una respuesta con respecto al delito cometido, por lo tanto el Ministerio Público está prohibido de accionar, “pues la reparación del daño significa extinción de la punibilidad y renuncia a la representación, y sin ella, no se puede iniciar acción que mueva la maquinaria judicial<sup>113</sup>”, por lo tanto, la causa se archiva.

2. Cuando no se produce la reparación civil de los daños, el Ministerio Público debe seguir la acción, pero puede proponer una pena alternativa a la privativa de libertad, como alguna multa o restricción de derechos. Este supuesto se denomina en la ley brasilera como “*oportunidade reglada*”, ya que el Estado es el que fija las reglas del principio de oportunidad y el Fiscal tiene la obligación de actuar siempre dentro de parámetros alternativos para establecer la pena.

3. Por otra parte, el artículo 76 de la mencionada Ley, dispone que “*el Ministerio Público frente a un delito de acción pública, puede proponer de modo inmediato la aplicación fundada de la medida alternativa de restricción de derechos o la de multa*<sup>114</sup>”. Esta propuesta puede efectuarse en la fase preliminar y reemplaza a la denuncia, se aplica como una forma de despenalización y no requiere de ningún tipo de formalidad, pero debe contener los hechos delictivos tipificados e incluso las penas que podrían corresponder conforme al ordenamiento penal. Sin embargo, según el artículo 85 en la fase

---

<sup>113</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: “Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal”- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 184.

<sup>114</sup> NEUMAN, Elías. “Mediación Penal” Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 177.

de ejecución, puede haber conversión de la pena por la de prisión, según el caso. Entonces, el Ministerio Público no abandona el principio de legalidad, pero la propuesta debe ser la aplicación de una pena alternativa a la de privación de libertad, entonces está disponiendo de la sanción penal aplicable pero accionando dentro de parámetros alternativos.

Para las contravenciones y delitos con penas máximas inferiores a un año de prisión, se da la oportunidad al infractor de declararse culpable y aceptar una pena alternativa a la privativa de libertad. Si el infractor acepta se archiva el caso inmediatamente.

La mediación se lleva a cabo en la primera audiencia oral dentro del proceso penal, la misma que es pública. Participan de la audiencia: el Juez competente, victimario, víctima, sus abogados, un representante del Ministerio Público e incluso, en caso de existir, el responsable civil con su abogado o representante. Dentro de dicha audiencia existen dos fases: la composición civil y la aceptación de la pena alternativa. El juez explica los alcances de la Ley y propone el arreglo con respecto al resarcimiento civil, si el imputado acepta, en el mismo acto se propone una pena alternativa a la privativa de libertad. Un mediador dirige la audiencia con orientación del juez de la causa, el mediador se encarga del acuerdo en cuanto a la composición civil, mientras que el juez asume la tarea de establecer la pena alternativa, ello porque *“se requiere que inevitablemente el juez le explique al infractor qué significa legalmente conciliar y lo referido a la suspensión condicional o definitiva del proceso, sus efectos y*

*consecuencias*<sup>115</sup>". Con esto se logra una aceptación libre por parte del imputado, es decir, conoce las condiciones y acepta la conciliación y la pena.

El juez no actúa como un simple homologador, lo que si ocurre en otros sistemas, si no que sigue muy de cerca el proceso de mediación.

Generalmente, el juez propone al infractor la pena sugerida por el Ministerio Público. Notificado el imputado sobre la pena propuesta, éste y su abogado pueden o no aceptarla, planteando otro ofrecimiento, pero una vez que se llega a la aceptación definitiva, implica dos circunstancias ineludibles: El reconocimiento de culpa y que ello armoniza de modo absoluto con el principio "nulla poena sine lege" que inspira al derecho Penal Liberal.

Si el imputado no acepta la propuesta de pena inmediata y alternativa, deberá ofrecer la denuncia, con lo que reaparecen los principios de legalidad y obligatoriedad<sup>116</sup>. El principio de oportunidad se plasma en la posibilidad de la suspensión condicional del proceso<sup>117</sup>, donde el Ministerio Público acciona pero propone la suspensión del proceso, por tanto, no se lo debe considerar como renuncia a la acción.

En resumen, el proceso penal brasileño, aplica de una manera muy diferente a lo que proponen otras legislaciones como modelo de mediación penal y el

---

<sup>115</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 179.

<sup>116</sup> Código de Procedimiento Penal de Brasil, artículo 76.

<sup>117</sup> Código de Procedimiento Penal de Brasil, artículo 89.

principio de oportunidad; demostrando mucha celeridad en el tratamiento de las causas, donde más que la verdad material se busca una verdad consensuada.

## 7. Argentina

En 1994 se expide en Argentina la Ley nacional 24.316, donde se recepta de manera muy positiva el principio de oportunidad y la “probation” o probación como limitación al principio de legalidad.

Con dicha ley se introduce un capítulo dentro del Código Penal Argentino, dentro del cual se regula la suspensión del juicio a prueba o “probation” proveniente del vocablo sajón que se define como:

Una sentencia impuesta por una corte criminal, sujeta a condiciones establecidas que pone a una persona declarada culpable en libertad, suspendiendo el trámite de su juicio a cambio de una compensación del daño generado por la conducta delictuosa por la cual se lo imputa, sometiéndose como se expresa, a determinadas reglas de conducta y eventuales deberes comunitarios<sup>118</sup>.

La probation busca conceder al imputado la oportunidad de resarcir el daño causado, evitando la acción punitiva del Estado como medio de recomposición de la “paz social”, donde el Estado bajo determinadas circunstancias renuncia al juicio y a la aplicación de una pena.

---

<sup>118</sup> VIDAL AURNAGUE, Sebastián. Artículo: “PROBATION Un Instituto exclusivo de los delitos correccionales?” publicado en [www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/PROBATION0205.pdf](http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/PROBATION0205.pdf). Argentina.

En el artículo 76 *bis* del Código Penal Argentino se expresa que “El imputado de un delito de acción pública reprimido con la pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba<sup>119</sup>”.

En los casos donde se han cometido varios delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba siempre y cuando el máximo de la pena aplicable no exceda de tres años.

Para la aplicación de la “probation” se deberá presentar una solicitud donde el imputado ofrecerá hacerse cargo de la reparación del daño conforme a sus posibilidades, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La víctima podrá aceptar o no la reparación ofrecida y en este último caso, si la realización del juicio se suspende, podrá hacer uso de la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permiten dejar en suspenso el cumplimiento de la pena aplicable, y existe consentimiento del fiscal, el tribunal puede suspender la realización del juicio. Si el delito o algunos de los delitos que integran el concurso estuvieran reprimidos con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, se deberá pagar el mínimo de la multa.

---

<sup>119</sup> Código Penal Argentino, artículo 76 bis.

El imputado deberá cumplir estrictamente lo que disponga el juez o el tribunal por un lapso de tiempo determinado, lo que se considera como una forma rehabilitadora, y que además ayuda a contrarrestar el problema de la congestión de los tribunales y de la superpoblación carcelaria.

El resarcimiento a la víctima es considerado por la ley argentina como una condición previa y fundamental para que opere la "probation".

Algunos críticos de la reforma penal argentina, opinan que ésta no fue pensada como un mecanismo de mayor atención a la víctima o en base a fomentar una política criminal preventiva, sino solamente en aligerar de causas a los juzgados penales, aunque si implica un gran avance en cuanto a aplicación de Justicia Restaurativa se refiere.

Una vez transcurrido el tiempo determinado por el tribunal y cumplidas las tareas encomendadas al imputado, se da el sobreseimiento definitivo y se extingue la punibilidad.

El Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, en Buenos Aires, el 23 de julio de 1999, dictó la resolución 397/99, donde se legisla sobre mediación penal, y en los considerandos se resaltan los siguientes aspectos:

Que desde la vigencia de la Ley 24.573 (sobre mediación civil obligatoria), la mediación ha arrojado resultados muy positivos en el campo de los métodos alternativos de resolución de disputas.

Que en consecuencia resulta oportuno extender a las cuestiones penales los principios y procedimientos de la mediación con particularidades específicas.

Que la inclusión de la mediación en el marco de los supuestos penales contribuiría como otro factor más a la modernización del servicio de administración de justicia de la República Argentina

Que la experiencia comparada demuestra que la utilización de la mediación en materia penal ha sido exitosa

Que a fin de evaluar las modalidades específicas de su aplicación en el contexto local, resulta oportuno y conveniente implementar una experiencia piloto

Que la complejidad de la experiencia aconseja prever su implementación en forma gradual, atendiendo para ello al tipo de delito, a la naturaleza de la acción, a las consecuencias materiales del ilícito y todos aquellos aspectos que durante el desarrollo de la tarea, permitan una mejor evaluación de su funcionamiento y resultados

Que por todo ello, corresponde facultar a la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, para la realización de las acciones necesarias para la puesta en marcha de la experiencia piloto mencionada<sup>120</sup>.

En la ciudad autónoma de Buenos Aires la Legislatura creó por Ley 1224 el "Centro de Atención y Ayuda a la Víctima" donde existe gran concurrencia de personas para ser atendidas en materia jurídica, psicológica y social para la superación de las consecuencias del delito.

Puede concluirse de la investigación realizada que, en consideración a que Argentina es un país eminentemente represivo en su actividad penal, se puede afirmar que la aplicación de la "probation", la creación del Programa de asistencia a la víctima y la experiencia piloto en Mediación Penal, es un gran avance.

---

<sup>120</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 186.

## 8. Chile

Esta última década el proceso penal chileno, ha entrado en una profunda transformación y adecuación de sus principios penales a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y acorde al desarrollo experimentado por la sociedad chilena.

El nuevo sistema procesal penal tiene por objeto concretar los ideales de una justicia que resuelva los conflictos penales en forma rápida, eficiente, transparente, imparcial, accesible y con respeto a los derechos fundamentales de las personas. *“Principalmente, trata de instalar una administración de justicia moderna, capaz de conciliar el poder punitivo del Estado, con el debido respeto a las garantías individuales”<sup>121</sup>.*

Dentro de la nueva legislación procesal penal chilena, existen diversas alternativas de solucionar el problema criminal de la mano de la justicia Restaurativa, en la reforma se da cabida a la aplicación directa del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público, según el artículo 170 del Código de Procedimiento Penal Chileno y por otra parte, existe la posibilidad de aplicar las denominadas “salidas alternativas”.

Según el mencionado artículo, el principio de oportunidad:

Es la facultad que tiene el Ministerio Público de no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando el hecho delictivo no

---

<sup>121</sup> Ministerio de Justicia de Chile, Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal “Guía Práctica de la Reforma Procesal Penal”. Chile, 2005. Publicado en [www.minjusticia.cl](http://www.minjusticia.cl)

comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, o que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones<sup>122</sup>.

Por otra parte, las salidas alternativas se permiten dentro de la segunda etapa del proceso que se denomina "Etapa de Investigación Formalizada", estas salidas tienen ventajas para la víctima porque obtiene una oportuna y reparadora solución por el daño que le causaron; para el victimario porque aumenta sus posibilidades de rehabilitación y de reinserción a la comunidad; y para el Estado porque ahorra recursos materiales y humanos satisfaciendo la demanda de justicia de las personas. Las salidas alternativas son dos: suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios.

La primera, puede aplicarse cuando el delito cometido es de escasa o mediana gravedad, es decir cuya pena probable no sea superior a tres años. Se solicita la suspensión al Juez de Garantía, previo acuerdo del imputado, quien fijará las condiciones a las que éste debe someterse. Para que el imputado pueda acceder a esta salida no debe tener antecedentes de condenas anteriores. Los efectos de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento son la suspensión del procedimiento por un tiempo no menor a un año y no mayor de tres años, y el cumplimiento de la condición impuesta por el Juez de Garantías al imputado que podrían ser, a manera de ejemplo: pagar una indemnización a la víctima o someterse a un tratamiento psicológico, médico, o de la naturaleza que amerite.

---

<sup>122</sup> Código de Procedimiento penal Chileno, artículo 170.

Si el imputado no cumple con la condición impuesta, se revoca la suspensión condicional y continúa el procedimiento judicial normalmente como si jamás se hubiera suspendido. Si durante la suspensión condicional del procedimiento, el imputado comete otro delito, se revoca la suspensión condicional del primero y se continúa con el proceso normalmente y se inician las investigaciones por el cometimiento del segundo delito, por lo tanto se sentenciará por el cometimiento de dos delitos.

La segunda salida alternativa es la aplicación de acuerdos reparatorios, la misma que procede cuando con la autorización del Juez de Garantías, la víctima y el imputado acuerdan una forma de reparar el daño causado, con el fin de poner término al conflicto. Puede aplicarse cuando los delitos sean de carácter patrimonial, lesiones menos graves (aquellas que no hayan causado a la víctima incapacidad mayor a 30 días) y cuasidelitos (que el hecho cometido no haya sido intencional). Como consecuencia de su aplicación, la víctima obtiene un resarcimiento satisfactorio y se pone fin a la causa.

El Juez de Garantía en la legislación penal chilena, es un juez unipersonal cuyo rol fundamental es precautelar el respeto a las garantías y derechos del imputado y la legalidad del proceso investigativo desarrollado por el Ministerio Público.

En síntesis las salidas alternativas son mecanismos establecidos por ley, que bajo ciertos presupuestos legales de procedencia, ponen término al procedimiento sin necesidad de que el asunto sea conocido en un juicio oral. Tienen mucha semejanza a los modelos de mediación penal planteados en el presente trabajo de investigación, por lo que contribuyen como experiencia de aplicación con resultados muy positivos, trayendo ventajas a los usuarios del sistema judicial en general, al Estado y a la sociedad.

A continuación se puede apreciar en el siguiente gráfico<sup>123</sup> la forma de llevarse el proceso penal en Chile, con las reformas que entraron en vigencia desde el 16 de Junio de 2005.



<sup>123</sup> Esquema del Proceso Penal en Chile con la posibilidad de acudir a mediación penal.

## 9. Guatemala

En 1996, después de treinta años de conflictos internos armados, el Gobierno de Guatemala, la guerrilla y representantes de la sociedad civil, suscribieron una serie de acuerdos de paz dentro de los cuales se destacaron, el reconocimiento de las leyes propias de los pueblos indígenas y la inclusión de sistemas alternativos de resolución de conflictos en el sistema judicial. En el área penal la legislación prevé la creación de cortes comunitarias y centros de mediación, para tratar casos de delitos menores.

En el año 2002, la Unidad de Resolución Alternativa de Disputas, adscrita al Ministerio de Justicia de Guatemala, reportó muchos avances, entre los cuales se destaca la creación de 22 centros de mediación y el impulso a través de programas de capacitación, tanto a los funcionarios judiciales como a mediadores y usuarios del sistema.

A pesar de los avances indicados, el país continuo registrando altos niveles de criminalidad y sobrepoblación carcelaria, con un 56% de presos correspondientes a detenciones preventivas, en diez meses las cortes de justicia guatemaltecas resolvieron tan solo el 12,2% de casos penales que recibieron y por otra parte, solo 5.860 casos fueron mediados entre 1999 y 2002, siendo en su mayoría asuntos civiles<sup>124</sup>.

---

<sup>124</sup> PARKER, Lynette "Implementing Restorative Reforms in Guatemala", artículo publicado en: [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org)

Según un abogado que tiene experiencia de trabajo en centros de mediación, la falta de acogida de la mediación penal en Guatemala se debe principalmente a la falta de difusión de los beneficios que trae, junto con la lenta incorporación de centros a otros departamentos del Estado.

La falta de práctica de la mediación penal por parte de los usuarios del sistema de justicia, no permite la existencia de resultados que hagan ver a la sociedad su conveniencia o no dentro del sistema procesal penal de Guatemala.

Como conclusión se podría afirmar que parte importante de la incorporación de la mediación penal a un sistema judicial específico, constituye la difusión y culturización de la sociedad, junto con la capacitación continua a abogados, funcionarios y usuarios, a fin de que se conozca de mejor manera las virtudes y defectos del modelo, y con pleno conocimiento de causa decidir si se acoge o no al proceso de mediación penal.

## CAPÍTULO VI

### RESULTADOS, VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN PENAL.

#### **6.1 Resultados de la resolución de conflictos mediante la mediación en el ámbito penal en otros países.**

Como se ha visto en el capítulo anterior sobre derecho comparado, los resultados obtenidos de la aplicación de la mediación penal en su mayoría han sido satisfactorios.

Algunos países han decidido incursionar en la mediación penal aplicando planes pilotos y experimentando, mientras que otros han preferido inmediatamente implementar a su normativa procesal los preceptos de la Justicia Restaurativa.

Mediante la ilustración de algunos casos que se han dado durante la aplicación de la mediación penal, en diversos países, se podrá ver un poco más de cerca la experiencia que se ha elaborado.

En la Oficina de Ayuda a la Víctima de Valencia, España (OAVD) dirigida por la especialista Fely González Vidosa, se han tramitado varias mediaciones en el ámbito penal, las mismas que narra en su obra *¿Qué es la ayuda a la víctima?*<sup>125</sup>, en la cual explica que la mediación se ordena por un Juez de instrucción mediante una comunicación formal a la OAVD y para comenzar se

---

<sup>125</sup> Obra citada en NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005- Pp. 155.

envía una invitación a víctima e imputado para realizar la mediación; que de acuerdo al caso, es previa al inicio del juicio penal o detiene al juicio en curso.

La mediación dura entre dos y tres semanas y si se trata de casos más graves, de 1 a 3 meses. Las partes pueden acudir con sus abogados.

Según la experiencia del trabajo en la OAVD se indica que ha habido mucha más apertura a la mediación por parte de la víctima que del ofensor, estos últimos suelen generalmente negar su culpabilidad, aunque reconozcan los hechos, en palabras de la Dra. Vidoso: "Se resisten a aceptar que su comportamiento ha dañado a una víctima en concreto".

Para la víctima lo más importante es el resarcimiento económico y en buena medida, que el autor del hecho reconozca su culpabilidad y explique porqué eligió a esa víctima. Se han tratado algunos casos en los que los infractores han cometido el delito con el fin de obtener dinero para comprar drogas, por ser adictos, en donde las víctimas se han conformado con que se someta a un tratamiento de rehabilitación al victimario.

Se demuestra una verdad que ocurre en la práctica, y es que dentro de la mediación los abogados de los victimarios están totalmente a favor de lograr un acuerdo que logre el archivo de la causa, mientras que dentro de los juicios defienden a ultranza la inocencia de sus clientes, para tratar que el Fiscal solicite la pena mínima. Es algo inevitable, pues lo que los abogados buscan

es la mejor opción para sus clientes, sea dentro de la mediación o de un proceso formal.

Neuman cita dos casos de mediación en su obra, que caben ser mencionados por su importancia ejemplificadora<sup>126</sup>, el primero se trata de un joven de 20 años de edad, miembro de una pandilla barrial, que consigue su primer trabajo y con su sueldo decide adquirir una motocicleta para pagarla a plazos. Cierta día la policía le hace saber que su motocicleta fue robada y la encontraron totalmente destrozada; el autor del hecho era el jefe de su pandilla. Dentro de la mediación la víctima da a conocer que con un pago mínimo, que no alcanzaba para cubrir el valor total de la motocicleta, se da por compensado. El mediador le recordó que la motocicleta tenía un valor superior, pero el joven insistió diciendo que conoce al ofensor desde hace muchos años y que una vez éste le quedó a deber una cantidad igual a la que estaba pidiendo y que por ello tuvo problemas con sus padres, por lo que con ese pago él se sentiría satisfecho. Se puede ver como lo más importante para la víctima no era el valor de la moto, sino que su amigo le pagara una cantidad simbólica por cuestión de honor.

El segundo caso se trata de una prestigiosa ejecutiva de una empresa multinacional, que se dedicaba enteramente a sus estudios y a su trabajo, no tenía vida social ni hobbies y su padre era muy estricto con ella. Cierta día compulsivamente sustrajo de la ropa de sus compañeras de trabajo dos

---

<sup>126</sup> NEUMAN, Elías. "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005.

tarjetas de crédito y las utilizó para comprar algunas joyas de valor y alimentos. Estaba atravesando una crisis depresiva con intento de suicidio y se dio cuenta de lo que había hecho cuando los policías entraron a su casa y se la llevaron esposada a la cárcel. El juez de instrucción dispuso la mediación y la joven pagó el total de la deuda al representante legal del centro comercial, antes de que el Fiscal formalizara la acusación. Tuvo la comprensión de sus compañeras y sus superiores en el trabajo, pero no pudo evitar el escándalo ya que la noticia apareció en todos los medios de comunicación. Ella pedía no ser tratada por el sistema como una delincuente común, pues no lo era, ya que atravesaba por una crisis que ni si quiera ella comprendía. Después de la mediación, la causa fue archivada.

En este segundo caso se puede apreciar la forma de resolverse un delito sin que se inicie un juicio, favoreciendo los resultados para las víctimas y para la ofensora, quien realmente no tuvo la intención de cometer tal acto ilícito, sin embargo, lo reconoció y respondió por ello de forma adecuada. Todo esto porque el sistema judicial español lo permite en su legislación, pues en nuestro país no hubiese podido darse un caso igual, con amparo de la Ley.

Cabe analizar la experiencia argentina en cuanto a la mediación penal, para lo cual se tomará como modelo a la Fiscalía General de San Martín que pertenece a su vez al Departamento Judicial de San Martín, ubicado en Buenos Aires, el mismo que abarca cinco municipios con más de un millón y medio de habitantes.

La Fiscalía General de San Martín, cabeza del Ministerio Público Departamental con sede en la Ciudad de Gral. San Martín, posee un Área Social de la que dependen el Centro de Asistencia a la Víctima, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos - Mediación Penal y la Oficina de Denuncias.

En el mes de enero del año 2006 entró en vigencia la Ley 13.433 que estableció en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el régimen de resolución alternativa de conflictos penales, tomando como base la experiencia de los siete años llevada a cabo por varios departamentos judiciales.

La oficina de mediación penal está conformada por un equipo interdisciplinario, entre ellos están abogados, psicólogos, trabajadores sociales y empleados administrativos. Todos han recibido formación superior en cuanto a mediación penal, gracias a un convenio con una Universidad local a nivel de postgrado.

Con la finalidad de conformar una modalidad propia de trabajo, se definió que el concepto de mediación en causas penales se encuentra enmarcado en una nueva visión del derecho penal:

El entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a una norma, el entender a la víctima como una real protagonista en el proceso y dejar de ver al Estado como expropiador del conflicto, el entender al Poder Judicial como parte esencial del estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social, el priorizar la prevención a la represión<sup>127</sup>.

---

118 EIRAS NORDENSTAHL, Ulf: "Mediación Penal – de la práctica a la teoría", Editorial Librería Histórica, Buenos Aires, 2005

Dentro del procedimiento se toman muy en cuenta los criterios generales de resolución alternativa de conflictos, el procedimiento se lleva a cabo según como dice la Ley, las causas se derivan por el Agente Fiscal cuando este evalúe la pertinencia de la mediación o por pedido de las partes.

La oficina convoca mediante una carta a las partes a una reunión conciliatoria, en la cual se hace constar que pueden asistir con sus abogados y en caso de no contar con uno se les proveerá si así lo requieren. En dicha reunión se les explican todas las particularidades y efectos del procedimiento.

Si una o ambas partes desistiesen de la instancia de mediación, la causa será devuelta al Agente Fiscal para su prosecución. En caso de que aceptaran participar se dará inicio al proceso llevándose a cabo reuniones privadas y/o conjuntas.

De llegarse a un acuerdo el mismo deberá constar en un acta, si dicho acuerdo implica obligaciones posteriores de las partes, el mismo se reservará en la Oficina que controlará su cumplimiento; por otra parte, si los participantes se consideran satisfechos con el convenio arribado el Fiscal ordenará el archivo de la causa. Si no hay conciliación solamente se hará constar la concurrencia de las partes y dicha circunstancia.

El Departamento judicial de San Martín cuenta con una red interinstitucional de participación comunitaria donde participan varias entidades públicas y privadas,

como apoyo para ayudar al cumplimiento de los acuerdos arribados en mediación. Puede considerarse muy valiosa la participación de dichas entidades, ya que facilitan de gran manera la labor de la Oficina de Mediación Penal, pues por falta de recursos no cuenta con la infraestructura que se requeriría para el efecto, además es muy positivo que la comunidad se involucre e impulse el desarrollo de esta clase de proyectos.

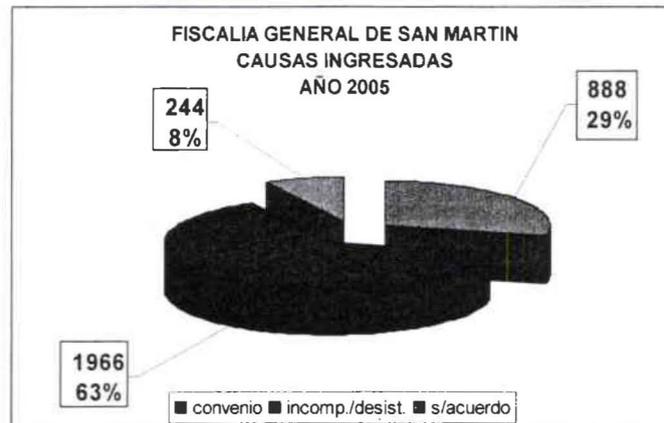
A continuación se pueden ver tres cuadros estadísticos<sup>128</sup> que muestran los casos que se han trabajado en la Oficina de Mediación Penal de San Martín, los mismos que corresponden a delitos derivados de conflictos de relación familiar, vecinal, laboral, escolar, entre otros, que la Ley permite que sean derivados a instancia de mediación.



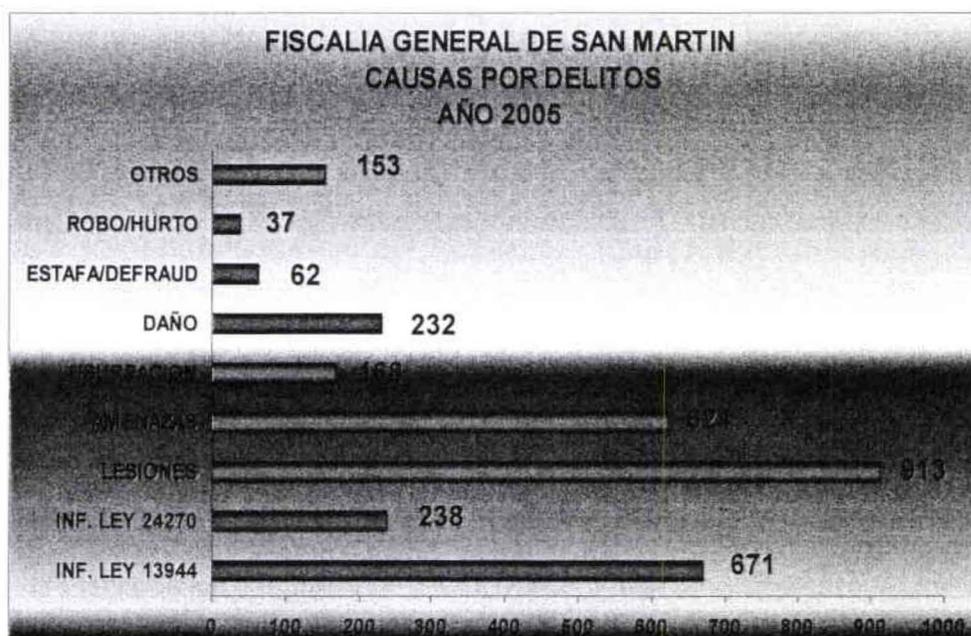
Según se desprende del cuadro anterior, se realizaron 1.132 mediaciones en el año 2005, de las cuales en un 78% se llegó a establecer un acuerdo entre las partes, mientras que un 22% no arribaron a convenio alguno.

<sup>128</sup>Datos obtenidos de la Página Web de la Fiscalía General de San Martín, Argentina: [www.fiscaliageneralism.gov.ar](http://www.fiscaliageneralism.gov.ar)

En el siguiente gráfico se puede ver que de un total de 3.098 casos ingresados a la Oficina, solo el 8% de los que consintieron el proceso de mediación no llegaron a un acuerdo, mientras que el 29% si conciliaron.



El 63% de casos que fueron derivados no llegaron a completar el proceso de mediación ya que desistieron o se retiraron del mismo antes de que se finalizara.



En el cuadro precedente pueden verse las causas tratadas en mediación clasificadas por delitos, en el año 2005.

La mayor cantidad de causas corresponde al delito de lesiones, seguida por los casos de la Ley 13944 que se refiere al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, con 624 causas continúan las amenazas y con menos de 250 casos los correspondientes a la Ley 24270, sobre el impedimento del contacto de los hijos menores con sus padres, daño, usurpación, estafa y otras defraudaciones, robo, hurto y otros.

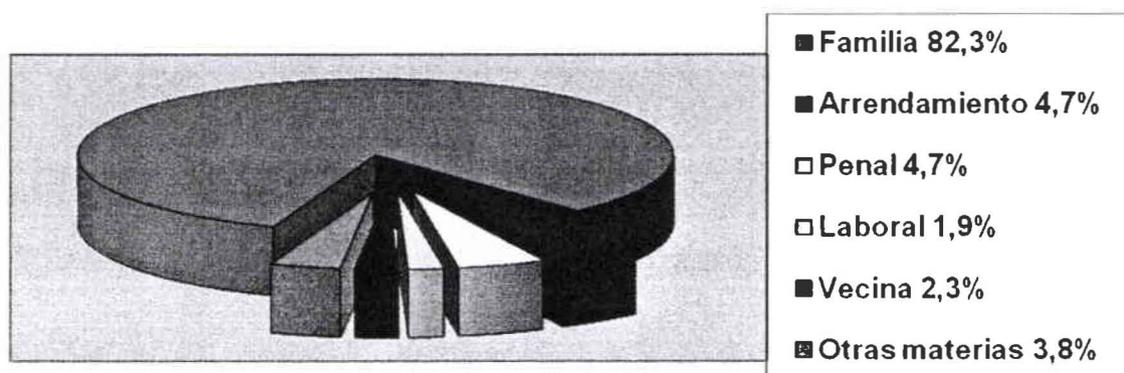
Las cifras mencionadas corresponden al total de causas derivadas a la Oficina de Mediación Penal por la Fiscalía General de San Martín.

En Chile como ya se analizó previamente, se aplica con mucho éxito la mediación penal, con las particularidades establecidas por su legislación. Como experiencia se puede considerar lo realizado por el Centro de Mediación "Crea", en el Sur de Chile, quienes han contribuido de manera muy positiva a la implementación de la reforma penal en Chile que instituye a la Mediación Penal.

En el Centro se tratan causas de diversas materias como laborales, de familia, vecinales y a partir de la reforma penal del 16 de diciembre de 2000, causas susceptibles de mediación en lo penal.

Como estadísticas se pueden citar las correspondientes al periodo de 2001 y 2002, del total de causas ingresadas al centro el 70% fueron mediadas, de las cuales el 60% llegó a un acuerdo. El 30% de causas que no llegaron a ser mediadas fue porque la parte invitada a asistir no se presentó o porque la causa no era susceptible de mediar.

Como se puede observar en el cuadro<sup>129</sup> que a continuación se presenta, el Centro Crea trata diversas materias, de las cuales el 4,7% son penales. Los organismos derivadores de causas al centro son diversos, de los cuales la Defensoría Pública y la Fiscalía han enviado un 10,5% de los casos penales que han ingresado.



El centro ha realizado algunos Acuerdos Reparatorios (salida alternativa al juicio que extingue la responsabilidad penal, donde la víctima y el imputado deben llegar a un acuerdo satisfactorio para ambos), y para lograr este acuerdo los jueces de garantía o fiscales han enviado a las partes al centro, donde se trabaja en el acuerdo.

<sup>129</sup> "Experiencia del Centro de Mediación CREA en el Sur de Chile" artículo publicado en [www.crea.uct.cl](http://www.crea.uct.cl)

Al Centro de Mediación también han llegado causas derivadas de la Fiscalía, de los juzgados de garantía y de la Defensoría Pública.

Los derivados por la Fiscalía y la Defensoría por lo general son aquellos en donde se ha aplicado una salida alternativa preliminar (principio de oportunidad, facultad para no investigar, archivo provisional) con el objeto de que las víctimas no queden en una situación de indefensión ya que el sistema penal no acogió su denuncia y por este motivo las partes son derivadas al centro.

Como se vio solamente el 10,5 % de los casos penales que se han tratado en el centro fueron derivados por el sistema penal (Fiscalía, jueces de garantía o Defensoría Pública), por lo tanto resulta procedente la recomendación del Centro Crea sobre la mayor capacitación de los operadores de la reforma penal.

En general, la recomendación que realiza el Centro CREA en cuanto a la reforma procesal penal, es que se abrió una gran oportunidad para la Resolución Alternativa de Conflictos, sin embargo se deberá hacer que los operadores de la reforma adquieran conocimiento de las nuevas herramientas que se han puesto a disposición y éstas sean utilizadas en beneficio del sistema, de las víctimas, ofensores y de la comunidad, otorgándoles la posibilidad de que sean ellos mismos quienes establezcan la mejor forma de reparar el daño causado.

## **6.2 Ventajas de la mediación**

### **6.2.1 Ventajas para la víctima**

La implementación de la mediación penal favorece principalmente la promoción de los derechos e intereses de la víctima, por lo que podrían considerarse como ventajas para las víctimas de delitos de acción privada y de instancia particular, las siguientes:

- La posibilidad de obtener un resarcimiento como compensación por el daño causado por parte del ofensor, justo y de una manera eficaz, que sea posible para el infractor y a la vez valioso para la víctima.
- Obtención de beneficios psicológicos.
- Obtención de beneficios económicos. Ahorro frente a lo que gastaría en un proceso tradicional.
- La oportunidad de enfrentar al infractor y de expresarle sus sentimientos y pensamientos directamente. Confrontando al victimario con el impacto que la víctima tuvo al ser elegida para el delito perpetrado por él mismo.
- Obtener respuestas que solo podrían ser respondidas por el victimario, tales como: ¿porqué me eligió a mi como víctima?, ¿Cómo entró a mi casa?, ¿Ha

estado vigilándome, durante cuánto tiempo?, ¿Hice yo algo para que me eligiera como víctima?, ¿Pude haber hecho algo para evitarlo?.

- La oportunidad de descubrir quién es y cómo es el autor del delito y aliviar temores, que muchas veces pueden llegar a ser exagerados, sobre el ofensor. Muchas víctimas conservan el temor mucho tiempo después de ocurrida la ofensa, pensando que cualquier momento puede volver a suceder o que corre peligro inminente.

- La posibilidad de pedir y obtener una disculpa por parte del ofensor.

- Poder ser parte importante, como partícipe principal, dentro del proceso de mediación y no quedar a un lado como generalmente ocurre en el proceso penal tradicional. Poder expresar la manera en que afectó a su vida ser víctima de un delito y que esa afectación concreta se tome en cuenta al momento de tomar una decisión.

- Convertir en personalmente responsable al victimario por el daño que causó, ante la víctima.

- Lograr ser escuchada, con lo cual puede ayudar a prevenir posibles delitos posteriores al permitir al delincuente apreciar el daño que ha producido.

- Es la única manera en que la víctima pueda lograr obtener un resarcimiento o algún modo de restauración que pueda ofrecer el victimario, siendo la mediación el espacio apropiado para determinar dicho resarcimiento.
  
- La víctima tiene la mayor probabilidad dentro de la mediación, de que la indemnización sea pagada efectivamente (*de acuerdo a estudios, la probabilidad es cuatro veces superior*)<sup>130</sup>.
  
- La posibilidad para la víctima de disminuir la probabilidad de que el mismo delincuente la vuelva a afectar.
  
- Encontrar una solución rápida y acorde a su necesidad, ante la situación generada por el delito.
  
- Finalizar situaciones del conflicto que tal vez el sistema penal tradicional no puede solucionar satisfactoria y adecuadamente, y que tarda muchos años en llevarse a cabo.
  
- La eventualidad de poder evitar que un juicio de lleve a cabo, y en caso de que ineludiblemente deba darse, abrir la posibilidad de que dure menos tiempo.
  
- Una manera de sentir que se ha hecho justicia efectivamente.

---

<sup>130</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 212.

- La posibilidad de alcanzar un modo de dar por terminado un problema, de forma pacífica , sin los dolores de cabeza que trae un proceso judicial y con resultados satisfactorios en cuanto al resarcimiento a la víctima.

### **6.2.2 Ventajas para el victimario**

Se considera que el autor de un delito de instancia particular o de acción privada también podría obtener ventajas, en caso de someterse a un proceso de mediación, como las que se proponen a continuación:

- La oportunidad de rectificar su conducta y arrepentirse significativamente frente a la víctima, en lugar de resultar simplemente castigado.
- La eventualidad de evitar una posible condena, reparando el hecho ilícito cometido.
- La posibilidad de ofrecer una explicación y una disculpa.
- La circunstancia adecuada para darse cuenta de las reales consecuencias humanas de su accionar.
- La posibilidad de ser partícipe de la decisión sobre el resarcimiento o restauración que puede ofrecer a la víctima del delito según sus posibilidades.

- Negociar un acuerdo razonable y con posibilidades de cumplir.
  
- La única oportunidad para una persona que comete un delito por primera vez, de evitarse problemas penales y como consecuencia el encarcelamiento y el registro de antecedentes a cambio de resarcir el daño causado a la víctima.
  
- Permitir ser visto como persona y no como un monstruo criminal.
  
- La oportunidad de recuperar su propia imagen como persona buena y competente.
  
- Permitir que en el caso de que ineludiblemente se lleve a cabo un juicio, se considere haber participado en la mediación y haber resarcido a la víctima, como un atenuante al momento de establecer la pena aplicable.

### **6.2.3 Ventajas para el sistema judicial**

Se consideran como ventajas para el sistema judicial las siguientes:

- La mediación penal, apoya la prevención, con un efecto pedagógico en el ofensor, favoreciendo la resocialización:

1) relaciona al ofensor con las consecuencias de su accionar;

2) lo hace participe de la reparación;

3) permite la toma de conciencia de que el daño producido no es abstracto, sino a una persona determinada<sup>131</sup>.

- La significativa disminución de causas relacionadas con delitos de acción privada y de instancia particular, que ocupan gran cantidad del tiempo de los juzgados en su tramitación.

- El procedimiento es más rápido y menos costoso para el Estado.

- Libera de trabajo a los juzgados penales, dejándoles tiempo para que utilicen su maquinaria judicial en asuntos de mayor importancia social y los resuelvan de mejor manera.

- Aumenta la satisfacción de las necesidades de las víctimas de delitos e incrementa su sentido de justicia y bienestar con el sistema judicial.

- Reduce el gasto que implica el procesamiento de ofensas penales mínimas al derivar los casos susceptibles de ser resueltos a través de la mediación penal.

- Reduce los costos de mantenimiento de los centros de rehabilitación penal o de detención, al sustituir la pena de privación de libertad – en la medida de lo

---

<sup>131</sup> Departamento de Asistencia Jurídica, Ministerio de Justicia, Chile “Sistematización de Experiencias de Mediación Penal” artículo publicado en [www.justiciarestaurativa.org](http://www.justiciarestaurativa.org)

posible- por penas alternativas que beneficien a la comunidad, a la víctima y al victimario.

- Reducción de la carga de causas en los juzgados, alivio de trabajo a los fiscales, defensores públicos u otros funcionarios, lo que implica tener más recursos disponibles para los casos en que sus servicios sean requeridos en mayor medida.

- Incremento del sentido de pertenencia de la comunidad hacia el sistema de justicia que le corresponde, creando un compromiso continuo de participación de víctimas y voluntarios.

#### **6.2.4 Ventajas para la comunidad**

La utilización de la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos derivados del cometimiento de un hecho ilícito, trae ciertas ventajas para la comunidad:

- Contribuye a que la ciudadanía tenga una mejor percepción del concepto de justicia.

- La reducción del impacto de la delincuencia al contemplarse la reparación de pérdidas.

- La reducción significativa de la reincidencia del crimen, a través de la comprensión de los victimarios sobre las consecuencias graves que dejan en sus víctimas, tras el cometimiento de un hecho ilícito.
  
- Reducción del impacto del encarcelamiento sobre la comunidad, en cuanto al efecto negativo de la detención de sostenes de familia o de los victimarios que se reinsertan a la comunidad tras cumplir su pena, con mayor aprendizaje en cuanto al delito durante su prisión.
  
- La difusión de la experiencia en mediación penal a través de la comunidad, como una alternativa para solucionar los conflictos penales.
  
- Brindar un marco apropiado para mantener la paz dentro de la comunidad en circunstancias en que la violencia se convierte en algo cotidiano o cuando es probable que víctima y victimario puedan volver a tener contacto.
  
- Una opción para remediar el sentimiento de impotencia de la comunidad frente a la falta de respuesta del sistema judicial, en cuanto a temas de incremento de delincuencia o falta de administración de justicia eficaz; permitiendo que influyan directamente en políticas contra la delincuencia y en el entrenamiento de voluntarios en resolución, en vez de esperar que el gobierno solucione los problemas que muchas veces no conoce.

### 6.3 Desventajas, críticas y dificultades de la mediación en el ámbito penal

La aplicación de la mediación penal podría tener ciertas dificultades de aplicación, concebidas como limitaciones y en teoría existen también desventajas y críticas que se han realizado por personas que no comparten la utilización de la misma, a continuación estas son explicadas:

- La mediación no es un proceso que puede utilizarse para todas las víctimas ni todos los infractores.
- La mediación no puede ser aplicada de la misma manera para tratar diferentes clases de delitos, en los ilícitos de baja implicancia social o de bagatela se da un enfoque diferente a los objetivos del proceso, a diferencia de lo que se haría con los delitos más graves.
- La mediación no podría ser utilizada como un arreglo rápido para curar la cantidad de problemas que atraviesan los ofendidos y los infractores, por lo que debería ser un servicio más a su disposición.
- Aunque se han realizado varios estudios e investigaciones que muestran resultados satisfactorios, no puede utilizarse a la mediación penal solamente para evitar masivamente la reincidencia, podría ser manejada como una herramienta que contribuya a ello.

- Es muy importante que los mediadores estén adecuadamente entrenados para resolver y tratar a gente con problemas penales, pues los programas podrían llegar a fracasar en caso de que estos no sean idóneos.
  
- Se debe tener mucho cuidado de evitar que los mediadores se conviertan en hostigadores de las víctimas o de los infractores para inducirlos a que utilicen la mediación penal, ya que ello traería como consecuencia la desvirtuación del modelo evadiendo uno de sus criterios generales y principales, que es la voluntariedad.
  
- La mayoría de personas cree que los programas de mediación pueden ser aplicados solamente a delincuentes primarios, aunque han existido experiencias positivas en el tratamiento de criminales violentos, quienes generalmente han resultado excluidos de los programas realizados en ciertos países.
  
- Dentro de la mediación, una vez que se ha llegado a un acuerdo de sucesivo cumplimiento, se convierte en una dificultad garantizar que el infractor va a cumplir con lo acordado, ya que la única herramienta para lograrlo es la amenaza al victimario de que si no llega a cumplir se le aplicará una pena de prisión o se reabrirá la causa para juzgarlo tradicionalmente. El infractor queda en total libertad y puede desde esconderse hasta cambiarse de país de residencia para evitar ser alcanzado por la justicia y quien resultaría perjudicada una vez más sería la víctima.

- Según la obra "Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal" solo un pequeño porcentaje de aquellos que llegan a la mediación han estado encarcelados, de lo cual se deduce que la mediación no parece ser una seria alternativa a la prisión<sup>132</sup>.

- Ciertos delincuentes han tratado de acceder a la mediación como una forma de evasión de la justicia tradicional, sin la intención real de resarcir a la víctima sino más bien de "salvarse" de la pena que se impondría después de un proceso formal.

---

<sup>132</sup> HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires. Pp. 216.

## CAPITULO VII

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 7.1 Conclusiones

- En el marco legal ecuatoriano actual, existe la posibilidad de que en un futuro se pueda incorporar la figura de la mediación penal para los delitos de instancia particular y de acción privada, como un medio de ayuda a la víctima y de solución del problema de congestión tanto en los juzgados penales como en las cárceles.
  
- Actualmente, en Ecuador no se contempla la posibilidad de plantear la Mediación Penal como método alternativo de solución de conflictos, para la obtención de resarcimientos patrimoniales a favor de las víctimas de los que constituyen delitos de acción privada y de instancia particular. Sin embargo, como ya se vio anteriormente, en nuestra legislación existe la conciliación como un modo de llegar a un acuerdo y terminar el proceso penal, lo cual hace pensar que con la implementación de las reformas pertinentes, la figura de la mediación penal podrá en un futuro implementarse a la legislación penal ecuatoriana.
  
- De la experiencia de otros países que ya aplican la mediación en el ámbito penal, se puede concluir que su implementación ayuda a remediar el problema

actualmente existente por la congestión de causas sin solución en los juzgados y tribunales penales de justicia.

- En nuestra sociedad se presenta la posibilidad de implantar una cultura conciliatoria de tal manera que exista una aceptación de la mediación como una forma válida de solución de conflictos en el ámbito penal, tomando como referencia los resultados que ha traído la aplicación de la mediación en otras materias.

- Se puede concluir que la mediación penal es una solución jurídica con posibilidad de aplicación en el Ecuador, para el tratamiento de los conflictos penales que surjan en virtud del cometimiento de delitos de acción privada y de instancia particular.

- La mediación penal constituye una opción satisfactoria para la víctima de un delito al recibir un resarcimiento económico como compensación al daño causado, también para la sociedad ya que la satisfacción de la víctima se ve reflejada en ella y finalmente para la administración de justicia ya que se ve liberada de trabajo y utilizaría toda su capacidad en enfrentar a los delitos de mayor implicancia social.

## 7.2 Recomendaciones

- Con base en lo analizado en el presente trabajo, se recomienda la aplicación de la mediación penal para solucionar los conflictos derivados del cometimiento de delitos de acción privada y de instancia particular, con miras a modernizar nuestra legislación acorde a los principios penales internacionales que buscan el bienestar de víctima y victimario, modificando el marco legal interno para permitir su correcta aplicación.

- Tomando en cuenta que nuestro país está en miras hacia la realización de una nueva Constitución, acorde a la realidad que vivimos, se recomienda que para que la mediación penal tenga un marco legal completamente reforzado, podría reconocerse constitucionalmente su validez para solucionar los conflictos derivados del cometimiento de los delitos de acción privada y de instancia particular.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS, ARTÍCULOS Y PONENCIAS

**BECCARIA, C.**, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., traducción de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

**BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth**, Artículo: "Problemática Jurídica de la conciliación en el proceso penal Peruano" – Publicado en Lima, Perú 2002.

**CARAM, María Elena**, Ponencia dentro de la "Jornada sobre Mediación Penal", llevada a cabo el 24 de Junio de 2005, en la sede del Colegio de Abogados de La Plata.

**COLEIRO, ROJAS**, "Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

**DONOSO CASTELLÓN, Arturo** - "Derecho Penal, Parte Especial" Editora Jurídica Cevallos, Quito-Ecuador. 2005.

**EIRAS NORDENSTAHL, Ulf**: "Mediación Penal – de la práctica a la teoría", Editorial Librería Histórica, Buenos Aires, 2005

**FERNANDEZ PONS, Xavier** - artículo: "El Principio de Legalidad Penal y la Incriminación Internacional del Individuo" publicado por la Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2002.

**HASSEMER, Winfried** – Artículo: "La persecución penal: legalidad y oportunidad"- Traducción del alemán del Lic. Alfredo Chirino Sánchez. Artículo originalmente publicado en idioma alemán en: Simposio Internacional sobre la transformación de la justicia penal en Argentina, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, Consejo para la Consolidación de la Democracia, Tomo Primero, 1989.

**HIGHTON, ALVAREZ, GREGORIO**: "Resolución Alternativa de disputas y Sistema Penal"- La mediación penal y los programas víctima/victimario. Editorial AD-HOC Buenos Aires.

**MORAN ITURRALDE, José María**, Tesis Doctoral: "La Mediación frente al proceso de justicia ordinaria, análisis comparativo basado en la práctica forense", Facultad de Jurisprudencia, PUCE, 2001.

**MONROY CABRA**, Introducción al Derecho, Duodécima Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2001.

**Ministerio de Justicia de Chile**, Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal, "Guía Práctica de la Reforma Procesal Penal". Chile, 2005.

**Ministerio de Justicia de Chile**, Departamento de Asistencia Jurídica, artículo sobre: "Sistematización de Experiencias de Mediación Penal", 2005.

**NEUMAN, Elías**, "Mediación Penal" Segunda Edición reestructurada y ampliada. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 2005.

**NORBERTO BOBBIO**, Contribución a la Teoría del Derecho, trad. de Fernando Torres, 1980.

**PARKER, Lynette** artículo: "Implementing Restorative Reforms in Guatemala".

**REYES ECHANDIA, Alfonso** – "Derecho Penal", Editorial TEMIS, Octava Reimpresión de la Undécima Edición - Bogotá, Colombia 2002.

**SALAS BETETA, Cristian** - Artículo "El Principio de Oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal" Lima, Perú.

**TORRES CHAVEZ, Efraín** - "Comentarios al Código de Procedimiento Penal", Universidad Técnica Particular de Loja, Primera Edición, Ecuador, 1997.

**VIDAL AURNAGUE, Sebastián**, Artículo: "PROBATION: Un Instituto exclusivo de los delitos correccionales?", Argentina, 2005.

## **Legislación Ecuatoriana** (Vigente a la fecha)

Constitución Política de la República del Ecuador

Ley de Arbitraje y Mediación

Código Penal

Código de Procedimiento Penal

Código Civil

Ley de Propiedad Intelectual

## **Legislación Internacional**

Ley 24.417 Argentina

Ley 9099 Brasil

Código Penal Argentino

Código de Procedimiento Penal de Brasil

Código de Procedimiento Penal Chileno

Código Penal Español

Decreto 96-305 del 10/4/96, que modifica el Código de Procedimientos en lo Penal Francés, artículo D 15-4.

Decisión del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, 15 de Marzo de 2001.

Resolución 40/30 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.

Recomendación R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la posición de la víctima en el campo del Derecho Penal y Procesal Penal de 28 de Junio de 1985.

## **Páginas Web**

[www.fiscalia.gov.ec/sist\\_proc\\_penal/tipos\\_delito.pdf](http://www.fiscalia.gov.ec/sist_proc_penal/tipos_delito.pdf)

[www.elmediador.cl](http://www.elmediador.cl)

[www.favide.org/favide.htm](http://www.favide.org/favide.htm)

[www.fiscalia.generalsm.gov.ar](http://www.fiscalia.generalsm.gov.ar)

[www.ofdnews.com](http://www.ofdnews.com)

[www.minjusticia.cl](http://www.minjusticia.cl)

[www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org)

[www.crea.uct.cl](http://www.crea.uct.cl)

[www.justiciarestaurativa.org](http://www.justiciarestaurativa.org)

[www.colegiomediacion.com](http://www.colegiomediacion.com)

[www.st-edmunds.com.ac.uk/ricoeur/papers/ordonez.pdf](http://www.st-edmunds.com.ac.uk/ricoeur/papers/ordonez.pdf)