

JUSTICIA RETRIBUTIVA, JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y CRÍTICA AL MODELO DEL PROCESO PENAL

Ab. Juan José Hidalgo Huerta

El tema que se trata a continuación, es un aporte al sistema procesal ecuatoriano, mediante la presentación de un modelo de conclusión anticipada de los procesos penales, a través de los conocidos “métodos alternativos de solución de conflictos”, particularmente la mediación penal y la justicia restaurativa. Esta justicia restaurativa, que permite a la comunidad y las personas directamente afectadas, víctima y acusado, confrontarse y encontrar la solución directa a sus problemas, lográndose, por una parte, el descongestionamiento del ya voluminoso trabajo de los órganos de la administración de justicia, y, por otra, permitir que los verdaderos actores de la misma encuentren una solución rápida a sus necesidades, siendo que la víctima resarce efectivamente el daño ocasionado, o al menos en parte, y el acusado, puede restituir a la sociedad, en corto tiempo, el menoscabo que le ha causado, siendo que, a más de estos beneficios mencionados, se permite sincerar el verdadero ejercicio de la acción penal. Los objetivos básicos de este trabajo son proponer un sistema mediante el cual, el tratamiento penal deje a un lado el rol sancionador estricto del estado y, contemple a los verdaderos protagonistas del mismo, así como, demostrar que existen en otros países procesos que colocan a la víctima en una situación de protagonismo que antes carecía, permitiendo que junto al responsable de hecho punible, recomponga la situación sin incluir en este acuerdo a la lenta, costosa, tortuosa administración justicia, que cada día se encuentra más lejos de satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

INTRODUCCIÓN.-

Para empezar quiero aclarar que el modelo propuesto y objeto del presente trabajo no es para todos los tipos de delitos contemplados en el

Código Penal o alguna otra ley de carácter especial, la mediación penal o los también conocidos acuerdos reparatorios, son efectivos y aplicables para aquellos delitos que no afectan de manera grave a la sociedad, por ejemplo el hurto, el robo de un celular, estafas menores, etc., o, para aquellos en que el interés de los afectados son del tipo personal, como por ejemplo las injurias, así como, donde los imputados o acusados son personas de derechos protegidos por el estado, como es el caso de los adolescentes infractores; estamos conscientes que los delitos de mayor gravedad, asesinato, violaciones, narcotráfico, jamás pueden ser susceptibles de la aplicación de este modelo reparatorio.

Hecha esta aclaración, paso a otra, no es que nuestra legislación ha obviado por completo el establecer las formas de terminación anticipada de los procesos, el problema es que los administradores de justicia no los fomentan, como en el caso de los procuradores de los menores infractores, quienes cuentan con esta herramienta expresamente contemplada en el Código de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo, no la utilizan, o en el caso de los juicios de acción privada, pues existiendo la posibilidad de poder contar con un amable componedor que permita dar una solución pacífica al problema, sin que afecte el interés social de las partes, me atrevo a decir que prácticamente no existen precedentes al respecto.

Por otra parte, nuestro Código de Procedimiento Penal ha establecido la institución de la conversión, que para lo único que ha servido es para obstruir el normal desenvolvimiento de la justicia, ya que muchas veces la víctima requiere de la acción penal para restituir su interés particular, obteniendo medidas cautelares sobre el presunto infractor con el objeto de extorsionarlo o forzarlo a un arreglo y, obtenido esto, el proceso penal queda desnaturalizado, siendo más grave aún, que este arreglo no se hace bajo la tutela efectiva del garantizador, es decir, el juez.

¹Por esta razón, es necesario que la ley regularice estos acuerdos reparatorios en delitos, sobre todo de perjuicio patrimonial que no afecten gravemente a la sociedad e incluso en delitos de carácter culposos, a fin de que la actividad del Estado se dirija con más concentración hacia los delitos más graves que conmueven a la sociedad como son el

¹ Dr. Antonio Gagliardo Loor, Revista Jurídica, Ministerio Público, año 2 número 2

terrorismo, narcotráfico, abuso de menores, asesinatos, etc.”

Ahondando un poco más en el tema de la coestión del sistema de administración de justicia, es importante tener presente, que esta es incapaz de resolver todos los casos que llegan a su conocimiento, por lo que es prioritario y fundamental, ya que el ciudadano común queda desatendido y abandonado, y lo que es peor insatisfecho con la realidad jurídica de nuestro país, regular lo que en la práctica ocurre comúnmente de manera informal, es decir, los arreglos económicos que hacen las partes involucradas en los procesos penales.

Otro problema que se tratará es la crisis del modelo de justicia, de lo que ya se ha hecho referencia, la poca ingerencia que tiene la víctima en el proceso penal, y a su vez, lo costoso y tortuoso que le resulta obtener un resarcimiento del mal provocado.

En realidad y, pese a la poca importancia que se le da a la víctima en el proceso penal, a este, aunque la ley dispone lo contrario, le toca seguir la acción penal (por no decir impulsarla), realizar la investigación, lo que le acarrea una serie de gastos que van desde peritajes ordenados de cajón, hasta gastos de investigaciones policiales, pese a que esto es función del Ministerio Público y de la misma Policía Judicial.

Para ilustrar lo dicho en el párrafo anterior, hagamos un ejercicio, si una persona es estafada (nótese que me refiero a un particular y no a una colectividad), sin importar que este es el que ha sido perjudicado por el delincuente, y que es el Estado, a través del Ministerio Público, el llamado a investigar y determinar la infracción y sus responsables, para que esta persona pueda hacer valer sus derechos a través de la acusación particular, en la práctica ocurre que la víctima a más de haber ya sufrido un daño patrimonial, es la que termina costeando la fase investigativa, pues la carencia de recursos del Ministerio Público es tal, que el fiscal prácticamente se convierte en un “supervisor” de las actuaciones de las partes, siendo bien conocido que es la parte afectada la que desde el principio, es decir, desde la presentación de la denuncia, la que corre con los gastos de esta investigación, tales como: pericias contables, reconocimientos del lugar de los hechos, movilizaciones, entre otras, que no

hacen otra cosa que aumentar la carga económica producida por el hecho ilícito, caso contrario es muy común que el proceso simplemente queda en total abandono.

Ahora bien, el ejemplo expuesto demuestra el sufrimiento a que se ve obligado a padecer la víctima de un delito, sin embargo, es necesario analizar que ocurre con el imputado o acusado, la respuesta es simple, se ve en la necesidad de incurrir casi siempre en los mismos tipos de gastos, siendo más graves aún, que muchas veces, el delito no existe y lo que se hace es simplemente acogerse del tipo penal con el objeto de extorsionar al denunciado para el pago de una deuda que tuvo un origen civil o comercial.

Tomando el ejemplo, vemos que mediante los acuerdos reparatorios se logra que la víctima del delito no incurra en más gastos y no se vea desalentada de seguir con la causa penal, ya que, a través del fiscal o el juez, sea esto de oficio o a petición de parte (depende de la forma como se implementaría la norma) esta víctima logra tomar contacto con el estafador, este le restituye el daño económico, lográndose con esto, la descongestión de la administración de justicia, la restitución de lo perdido, el ahorro económico por concepto de gastos judiciales, costas, honorarios, entre otras, que hubiera tenido que incurrir tanto el imputado o acusado, así como la víctima, ganándose la atenuación de la pena al delincuente y una verdadera rehabilitación.

Esta propuesta no es nueva, existen ya países como Chile, Argentina, Brasil y otros de Europa, que han tomado este modelo de acuerdos reparatorios con muy buenos resultados, además, hay gran cantidad de autores que se pronuncian al respecto, enfocando sobre todo el problema de la víctima y de su total abandono.

La despreocupación de la víctima es tal, que no solo que no existen programas o mecanismo de mejoramiento social de la víctima, sino que además, en toda las clases de delitos, es a quien le toca impulsar el órgano estatal para que el delito del cual ha sido objeto no quede impune, sin ahondar, que en la mayoría de los casos nunca es resarcido, convirtiéndose en víctima de la justicia misma.

También se debe reformar el procedimiento penal con el objeto de

simplificar el cobro de los daños y perjuicios, cuyo trámite no es claro, además de ser complicado y largo. Para esto es que se propone la existencia urgente de los llamados acuerdos reparatorios o los métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal, los que no sólo ayudan a la víctima sino que además, a través de la justicia restaurativa se simplifica el problema de acusado.

2 “Dentro de este marco los llamados métodos alternativos de solución de conflictos nos demuestran la posibilidad de modificar el paradigma hasta aquí sostenido, promoviendo determinadas medidas que eviten la neutralización de las víctimas y la expropiación del conflicto jurídico penal por parte del estado, sin que esto signifique, la abolición del derecho penal, sino una sustitución por otros modos de control social y de sanción”.

Entonces, de lo que se habla es de una propuesta que intenta construir un sistema penal que se perciba como justo, tanto desde el punto de vista del autor como es de la víctima y de la comunidad en su conjunto, y que resulte más eficaz.

¿Qué está ocurriendo actualmente con el proceso penal en el Ecuador?

³De una evaluación efectuada al sistema procesal penal del Ecuador, llevado a cabo por la fundación Esquel, realizado en el período del 1 de enero al 31 de diciembre del 2002, se verifica que del 100% de la denuncias presentadas en ese período, apenas el 0,8% de estas llegaron a sentencias condenatorias.

¿Qué pasa con la víctima en aquellos procesos que no llegaron a sentencia?

Para sincerar este trabajo, es importante tener en cuenta⁴ “que la víctima es el agente informal del control del crimen, no solamente en su

² Ulf Christian Eiras Nordensthal, mediación penal, pág. 29.

³ Tomado de artículo del Dr. Antonio Gagliardo, publicado en la revista jurídica del Ministerio Público, Año 2 No.2

⁴ Victimología, Luis Rodríguez Manzanera, pág. 316

decisión de denunciar, sino en su persistencia para lograr que la denuncia siga su curso”, tanto en los procesos de delitos de instancia particular sino también en aquellos que se persiguen de oficio, pues la gran mayoría de las investigaciones inician gracias a un aviso de la ciudadanía.

Pese a que la víctima es preponderante en la investigación del delito, esta sufre una serie de contratiempos, que en buena cantidad de casos, ahuyentan a la misma; por ejemplo tiempo perdido, requisitos burocráticos, los que en ocasiones resultan simplemente absurdos, gastos innecesarios, gastos necesarios, entre otros, por eso la necesidad de buscar una solución que, primero, tienda a dar una respuesta al problema de la víctima y por ende a la sociedad, queriendo delimitar esta solución a que la ciudadanía sienta que algún momento se le hace justicia y, segundo, que le permita resarcirse del mal patrimonial que el hecho ilícito le ha producido en el menor tiempo posible.

Para ser justos, al tratarse el problema de la víctima dentro del proceso penal es importante analizar el problema del delincuente que a su vez se convierte en víctima de la justicia penal.

¿Qué pasa con la indemnización a la que tiene derecho la víctima mientras se tramita el proceso penal?

En la victimización judicial interviene el Ministerio Público o Fiscal en afán de probar la acusación, el abogado defensor, que busca justificar sus honorarios o a través de sus cliente, y desde luego el juez, sobrecargado de trabajo, que coopera con el fiscal y defensor a hacer juicios largos y complicados.

“La complicación es mayor si se toma en cuenta que, para Latinoamérica más de la mitad de las personas privadas legalmente de su libertad lo están en espera de sentencia y, que los juicios penales duran en promedio un año”⁵.

Ante la problemática presentada, es decir, la sobrevictimización en el proceso penal, la victimización del delincuente en el mismo, la

⁵ Victimología, Luis Rodríguez Manzanera, pág. 316

sobredimensión de la carga del Ministerio Público y de la Función Judicial, se propone el reto de establecer sistemas alternativos de solución de conflictos que tiendan a terminar anticipadamente el proceso a través de la implementación de la justicia restaurativa.

¿Qué es la justicia restaurativa?

Mediante la justicia restaurativa lo que se busca es que el Derecho Penal se acerque mucho más a lo que la ciudadanía espera de él, y que en lugar de ser exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los conflictos que se le han presentado al Derecho Penal.

La justicia restaurativa busca además crear mecanismos más participativos, proponiendo valorar el resultado de que la víctima y su agresor se sienten a hablar.

Para lograr lo anterior es necesario dejar a un lado el concepto de que el proceso penal, es un campo de batalla donde existen vencedores y vencidos. Con la mediación penal, la sociedad se va dando cuenta de que es posible que las personas se sienten a dialogar.

¿Cómo se aplica la justicia restaurativa y, cuáles son sus diferencias con la justicia retributiva?

Antes de entrar al análisis concreto de la mediación penal, es importante comparar las diferencias que se verifican entre la justicia restaurativa y la actual retributiva, a continuación encontrarán un cuadro realizado por Highton – Álvarez – Gregorio, basado en la resolución alternativa de disputas y sistema penales:

	Retributiva	Restaurativa
Delito	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
Responsabilidad	Individual	Individual y Social
Control	Sistema Penal	Comunidad
Protagonistas	Infractor y el Estado	Victima y Victimario
Procedimiento	Adversial	Diálogo

Finalidad	Probar delitos	Resolver conflictos
	Establecer culpas	Asumir responsabilidades
	Aplicar castigo	Repara daño
Tiempo	Basado en el pasado	Basado en el futuro

Entendida la diferencia entre lo que se propone y lo existente, es hora de entrar a analizar el acuerdo reparatorio propuesto “la mediación penal” y, vemos que este debe partir de la voluntariedad de ambas partes, igualdad, reciprocidad, un mediador bien formado, que las organizaciones que hagan las funciones mediadoras, se organicen bien y estén controladas por el Ministerio de Público, para lo cual es necesario, reorganizarlo, sin que esto signifique privatizar o anular el sistema judicial.

Este propósito ya ha sido tomado en cuenta por las Naciones Unidas, es así que vemos que los Art. 6 y 7 de la Declaración de la ONU se dispone:

“Art. 6.- Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de la víctima”.

“Art.- 7.- Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos de solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas”.

Esta iniciativa fue ratificada por la misma Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución No. 40/34 del 29 de septiembre de 1985, denominada “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”.

Como vemos este un tema de preocupación para los organismos internacionales como lo son la Organización de las Naciones Unidas y de la misma Organización de los Estados Americanos O.E.A, con mayor razón debe ser nuestra.

RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN DE MODELOS PROPUESTOS.-

Primero quiero analizar los resultados encontrados en el país, en sistema parecidos a la mediación penal, basados en la justicia restaurativa, implementados en el Ecuador, con el auspicio de la embajada británica, llevado a cabo por la Fundación Cides Jus del Ecuador, en donde se destacan dos tipos de resultados: “uno cuantitativo y otro cualitativo. Entre los primeros se advierte que a marzo del 2004 ya existían más de doscientos mediadores indígenas capacitados en Napo, Orellana, Imbabura y Chimborazo, de igual modo existen 90 mediadores vecinales urbanos capacitados en Quito, Guayaquil, Cuenca e Ibarra.

En lo que se refiere a los conflictos atendidos, desde octubre de 1997 hasta septiembre de 1999 se manejaron más de 200 casos en las comunidades indígenas, sin contar con muchísimos que no han sido registrados. Por su parte, en las comunidades urbanas se ha manejado alrededor de 100 casos.

Entre los resultados cualitativos indican, que encontramos mediadores que han tenido un proceso sostenido e integral de cinco y seis años donde ha habido constantes fases de seguimiento técnico, evaluación y capacitación socio legal en temas normativos básicos como: Herencia, Régimen de tierras comunales, violencia intrafamiliar, tenencia y alimentos, derechos colectivos, procesos constitucionales, entre otros”⁶.

En Argentina se estima que existen alrededor de diez Centros de Mediación Penal Judicial en todo el país pero no hay registro oficial de los Centros de Mediación Extrajudicial que puedan estar funcionando en la actualidad.

Pese al poco control sobre estos, procesos se encuentran estadísticas contundentes en las prácticas nacionales de mediación,⁷ “se alcanzó un 70% de acuerdos entre las partes tanto en el Centro de Mediación Penal Judicial de Mercedes, en Buenos Aires, como en el Servicio de Mediación Penal que funciona en el Centro de Formación Profesional de la Facultad

⁶ [Shttp://www.cides.org.ec/archivos/boletin5/archivos/articulo.html#005](http://www.cides.org.ec/archivos/boletin5/archivos/articulo.html#005), según boletín publicado con fecha 10 de marzo del 2004,

⁷ <http://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia.php?ida=24853>, Colegio de Abogados y Procuradores de Salta.

de Derecho (U.B.A.). En este último, incluso, el índice de asistencia de las partes ya alcanza el 50%, igual que el de los programas de mediación penal de Estados Unidos”.

Se debe destacar que en la República Argentina la mediación penal está prevista para las contravenciones y para aquellos delitos llamados “menores” que prevén una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como estafas, defraudaciones, lesiones, incumplimientos de deberes de asistencia familiar, entre otros.

La experiencia en las provincias de la República Argentina, empezando por el análisis del sistema de atención de denuncias previa a la introducción del sistema de mediación penal, dando los siguientes resultados:

“En la Provincia de Buenos Aires se reforma el Código de Procedimiento Penal, en 1998, y se establece que la investigación penal de las acciones que daban origen a las denuncias pasaban a ser responsabilidad de los fiscales”⁸.

Allí se produjo la bisagra necesaria para el ingreso del instituto. “Fue a través de los artículos 80 y 86, y el 38 y 40 de la Ley del Ministerio Público provincial. Algunos doctrinarios entendieron que se vislumbraba a partir de estos artículos un atisbo del principio de oportunidad, es decir, la posibilidad de no seguir adelante con la acción penal pública y así dar lugar al proceso de mediación penal en el ámbito judicial”, señala la abogada Silvina Paz, especialista en Mediación Penal de la Universidad de Barcelona y una de las cofundadoras del Centro de Mediación y Conciliación Penal de La Plata.

Ahora, a casi cinco años de esa reforma se estima que debería haber un Centro de Mediación Penal Judicial en cada uno de los 18 Departamentos judiciales de la provincia. Pero no es así. “Calculamos que deben estar en funcionamiento no más de cinco o seis, el resto no funciona por falta de presupuesto”, advierte la abogada Paz.

⁸ <http://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia.php?ida=24853>, Colegio de Abogados y Procuradores de Salta.

En Neuquén, la mediación penal se aplica desde hace tres años sólo a los adolescentes a través de la justicia penal juvenil. Según las estadísticas, la medida permitió disminuir la reincidencia en un 28% manteniendo a los jóvenes fuera del circuito carcelario.

Existe legislación en Chaco y también en Mendoza, donde se está trabajando para instalar Centros de Mediación Penal, tanto en ámbitos judiciales como extrajudiciales.

En Capital Federal no hay legislación al respecto pero en 1997, un año después de la sanción de la ley 24.573 de Mediación y Conciliación, el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la UBA firmaron un convenio para implementar un “Proyecto Piloto de Investigación y Práctica en Mediación Penal” en el Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

A partir del 2002 se incorporó al proyecto el Servicio de Mediación Penal a cargo de la Dra. Elena Avila, en el que se tratan los casos que ingresan por el Consultorio Jurídico Gratuito donde realizan sus prácticas los alumnos del último año de Derecho.

El proceso es extrajudicial, voluntario y se invita por carta a las partes a concurrir. Las partes tienen que asistir a las audiencias con sus abogados y las primeras entrevistas son realizadas en forma individual, en salas distintas si las partes no quieren reunirse. El objetivo es lograr un acuerdo que conforme a todos, cuyo cumplimiento puede ser monitoreado para verificar el cumplimiento de lo pactado.

Según la Dra. Avila, ya hay Tribunales Orales que piden asistencia al servicio de mediación penal y hay casos en que las condiciones de cumplimiento de la “probation” es el acuerdo de mediación.

El Centro ya está formando una generación de futuros abogados conciliadores, no litigiosos, porque asisten a las mediaciones reales de los casos que muchos de ellos llevaron desde que llegó la consulta”, relata Maria Cristina Klein, Subdirectora del Centro de Formación Profesional donde funciona el servicio de Mediación Penal.

Como vemos la mediación penal ha dado buenos frutos en sistema legales similares al nuestro, donde existe un proceso penal acusatorio, la

diferencia reside en que los impulsores de estos procesos es el Ministerio Público, que defiere las causas a los centros de mediación, logrando como se ha dicho procesos abreviados, por así decirlo, que deja satisfecho a los usuarios de la administración de justicia, dando como efecto que las partes interesadas reconcilian sus diferencias, ganando celeridad y paz en el ambiente procesal, a diferencia de lo que pasa con nuestros procesos donde las partes se enfrentan, llevando odio y venganza a la judicialización.

DISCUSIÓN DEL MODELO PROPUESTO.-

“Los sistemas procesales son los que deben acompañar a los tiempos históricos, y no al revés. Actualmente el aparato judicial y su sostén legal se encuentran desfasados de las necesidades de resolución que tienen los conflictos interpersonales originados en la sociedad”⁹.

Lo anterior viene aparejado con la imposibilidad de dar una respuesta concreta a la demanda social, con la consecuente deslegitimación para la función judicial. Esta misma función judicial que se encuentra saturada por la gran cantidad de causas, en su mayoría de sustancia familiar o comunitaria, que en definitiva coadyuva a la paralización del sistema en la atención de las conductas delictivas graves.

La forma tradicional en que el sistema judicial administra los litigios, tiende más a formalizar las diligencias para cuidar el rito seguido por la formalidad del proceso, en vez de aportar una solución específica para el tipo de conflicto que se trate, haciendo que se burocraticen las respuestas procesales a los conflictos, en detrimento de la especificidad de cada litigio, lo cual requiere de un abanico de soluciones aptas para la diversos casos.

Por otro lado, no todas las conductas interesan al derecho penal, sino que de entre la infinidad de acciones que tienen lugar en la vida de relación, sólo algunas son seleccionadas y conminadas con una pena. Además, el derecho penal rara vez soluciona el conflicto de la víctima, ya que no puede el sistema penal reponer las cosas al estado anterior al hecho.

⁹ <http://www.fiscaliageneralism.gov.ar/SITIO/mediacionpenal.htm>

Existen litigios cuya categorización es indeterminada y, en esos casos generalmente el denunciante, más que solicitar algún tipo de vindicta por un hecho definido, busca la resolución rápida de una circunstancia conflictiva mediante la intervención estatal. La insatisfacción de la ciudadanía respecto de la tramitación judicial de estas controversias, viene dada por el hecho que ellas se manejan dentro de variables con poca posibilidad de éxito en términos jurisdiccionales.

Algunas se caracterizan por la ausencia de claridad sobre la existencia de una conducta reprimida penalmente; y otras, por la insuficiencia de pruebas sobre datos que permitan determinar la autoría penalmente responsable del suceso comunicado.

Esta clase de litigios, sea por la compleja gama de interacciones sociales en que se mueve, sea por su carácter indefinido a nivel jurídico, es maltratado por la maquinaria judicial que rechaza sistemáticamente los casos que no se encuentren tipificados dentro del trámite en el cual se encuentran entrenados los operadores judiciales.

Por lo que estos casos pueden seguir diversos caminos que llevan siempre al mismo resultado: la falta de resultados. O sea, archivo, demoras en su trámite, desestimaciones, prescripciones, cuando no la pérdida del expediente.

En el camino quedó la acción originaria de la víctima y la necesidad de una solución concreta a su conflicto. Víctima ésta, que al sumar una nueva defraudación a su interés de justicia pasa a ser también víctima del sistema judicial. Es éste el proceso al que denominamos re-victimización, con el consecuente desprestigio del poder judicial en la población.

Analizados nuevamente los motivos de la necesidad de implementación de este nuevo sistema de mediación penal, paso a definir lo que sería este como modelo de política criminal y su factibilidad, es así que vemos, que la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985, declaraba:

“7) Procesamientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas

nativas, deberían ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas”

Por su parte, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 191 incisos segundo y tercero, establecen que:

“De acuerdo con la Ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley”.

Existiendo la herramienta contemplada en la Constitución, por que no implementar las reformas legales necesarias que permitan a la colectividad resolver sus problemas directa, no cabe duda que ¹⁰ “la justicia penal es sin dudas el nivel más fuerte de intervención estatal en la conflictividad social, y por ende, debe ser el último recurso. Sin embargo, suele ser el primer nivel al que se recurre ante un conflicto, con lo que se genera una suerte de inflación penal que sólo cumple propósitos simbólicos”.

Ante la crisis de los mecanismos de intervención tradicionales, y frente a la imposibilidad de la justicia penal de solucionar el conflicto, y ante la falta de dictado de una norma respectiva sobre modos de mediación o conciliación penal; con la intención además de hacer menos lesiva la reacción estatal, se han desarrollado mecanismos alternativos de resolución para los conflictos de menor intensidad.

La elección del modelo de mediación conlleva necesariamente el análisis acerca de los principios que regirán dicho instituto; los tipos de delitos que se incorporarán al régimen reparatorio; la forma de abordaje del conflicto; la institución u organismo que llevará a cabo el proceso; el perfil del mediador; el control y seguimiento del acuerdo.

En cuanto a lo principios procesales que deben regir este sistema de

¹⁰ <http://www.fiscaliageneralism.gov.ar/SITIO/mediacionpenal.htm>

mediación penal, tenemos en primer lugar el “Principio de inmediación” este principio es definido por Eisner,¹¹ como el principio del cual se procura asegurar que el Juez o el Tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa desde el principio de ella, quien a su término a de pronunciar la sentencia que la resuelva”. Es evidente la necesidad de que las partes dentro de la mediación que se proponen, ponga en conocimiento del Juez el posible acuerdo llegado, quien deberá atenderlos en audiencia y dictar sentencia, ya que en ningún momento se pone en duda la necesidad de que el garantista del proceso penal, es decir, el Juez Penal, quede relegado a aprobar el acuerdo sin lugar a intervención.

Otro principio considerado, es el de “Principio de impulso procesal de oficio”, con el objeto de impulsar la búsqueda de eliminar los excesos de formalismos.

Otro principio que debería regir este sistema es el “Principio de Flexibilidad de las Estructuras”, aclarando, que la mediación penal no es proceso penal propiamente dicho, lo que se busca, es dar margen a la flexibilidad, para lo cual y, una vez derivado el caso a mediación, se deberá eximir los plazos específicos para que este acuerdo reparatorio llegue a un éxito satisfactorio, ya que, se necesita de tiempo suficiente para que las partes puedan reflexionar sobre las posibilidades de arreglos ante sus conflictos judicializados.

Existen otros principios procesales que son concordantes con la mediación penal, tales como: Principio de Bilateralidad y Contradicción, Principio de congruencia, Principio de Economía procesal y la eficacia del proceso, Principio de debido proceso, Principio de Verdad Procesal y de la valoración de la prueba.

¹¹ <http://www.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/medpenal.html>

En general, ¹² “entendemos que los principios procesales son comunes a todos los procesos, con ciertas excepciones y variantes cuya función es la de orientar al proceso a fin de obtener el reconocimiento del derecho consignado en la ley substancial. La aplicación de Mediación Penal, no obsta al cumplimiento de cada uno de los principios generales del derecho procesal general, ni penal en particular, siéndole absolutamente aplicables. Vemos claramente que las normas que rigen la mediación están en consonancia con los principios Constitucionales que garantizan el debido proceso, el acceso a la justicia, la bilateralidad del proceso y la defensa en juicio”.

Con la aparición del nuevo Código de Procedimiento Penal se esperaba que la situación del proceso y por tanto, las aspiraciones de las partes involucradas en él mejoraran, sin embargo, debo de manifestar mi profundo rechazo a la normativa referida, la que lejos de cumplir con el ideal impuesto deja muchas dudas respecto a fin esencial del derecho penal mismo, no sin antes dejar claro que no resuelve nada, en cuanto a la problemática social que es la originaria del delito en sí.

Nos hemos acostumbrado a seguir corrientes doctrinarias que, si bien aportan, no resuelven en nada el problema del conflicto social; para muestra un botón y, analizando lo que realmente ocurre, vemos que en este orden de ideas, el conflicto que surge a partir de qué injusto penal se ha endosado al Estado, en aplicación de un sistema heterocompuesto y vertical, fundado básicamente en el castigo. Dicho de otra forma, el Estado ha subrogado a la víctima, desplazándola y pasando a ser un actor secundario. La etapa de instrucción fiscal se encarga de demostrar la existencia del hecho punible y la vinculación de su autor. Posteriormente el juzgador, habiendo pasado un término más que razonable, impone una pena, que no en pocos casos no se corresponde con la entidad del daño inferido a la víctima, en apegado reflejo de una justicia retributiva.

¹³ “Si el andamio del proceso penal y su objetivo fundamental es llegar a la verdad material, ya lo han dicho otros, éste incentiva la

¹² Silvina Marcela Paz Titular del Centro de Mediación Penal La Plata y Silvana Sandra Paz Titular del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delito. La Plata. mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/medpenal.html

¹³ Derecho Penal, Mediación y Violencia Doméstica, Cesar Román Tello Solano

mentira y castiga la verdad. El imputado esta en libertad de declarar o no y aún si decide lo primero nadie puede obligarlo a apegarse a la verdad. En sentido contrario quien obra de buena fe en el proceso, se le aplica en su beneficio, en el mejor de los casos, sólo una atenuante, anticipándose al arrepentimiento. En tanto el proceso no promueve el diálogo entre las partes, el conflicto subyace y permanece, en vez de desvanecerse o atenuarse”.

Veamos el rol de víctima en el proceso. Concorre al instructor a comunicar la verificación de un hecho ilícito y esta se ve expuesta a toda surte de diligencias judiciales. Se convierte en una especie de evidencia indispensable al proceso a objeto de cumplir su objetivo final: la imposición de la pena. Surge así una doble victimización, la del agresor y la del propio sistema (victimización secundaria). Tampoco resulta necesario escucharla en el proceso. La audiencia puede llevarse a cabo en su ausencia. El imputado corre mejor suerte, le asisten el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y al contradictorio, entre otros.

En términos de reinserción y readaptación social, el proceso penal nos deja ver sus limitaciones. El sistema penitenciario, denota no sólo falta de infraestructuras, sino que además deviene ausente de tratamiento y clasificación científica de los privados de libertad. La judicialización del conflicto penal, emerge producto de nuestra incapacidad para administrar nuestros conflictos fuera del sistema de administración de justicia. De allí el congestionamiento judicial, que hace que el proceso y sus operadores marchen un tanto impotentes, ante una inaplazable sed de justicia de las víctimas.

Realmente el sistema no se ocupa de estudiar el conflicto y a sus actores. Está muy ocupado inmerso en sus propósitos. Diariamente las víctimas se quejan ante los oídos sordos de la justicia, que no le protege ni la entiende. La reformulación del proceso penal desde dentro es impostergable, devolviéndole la primacía a la víctima. En vez de construir muros para confinar al agresor, debemos de construir puentes de entendimiento entre ambos (víctima y agresor). Que el agresor enfrente su conflicto y vea de cerca el daño causado y se proceda a su reparación. Ponerlo en el lugar de la víctima y hacer lo propio con ésta y aquel. Se trata de construir una historia alternativa, que implique un compromiso ético del agresor.

Es así como ofrecerle al proceso penal alternativas, herramientas que le devuelvan su eficacia. La mediación surge fruto de ésta realidad procesal, con la reconstrucción del conflicto, poniendo en primera fila a sus protagonistas. La autocomposición del conflicto, con una naturaleza horizontal, profundizando en las historias personales para que cada uno se ponga en el lugar del otro (inversión de roles). Estructurando un perfil del agresor y escudriñando en el porqué de su conducta, lograremos que éste reconozca no sólo su mal comportamiento, sino que lo enderece o suavice.

Lo que se quiere en realidad es vincular los principios de la ciencia penal y los de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Y se intenta así la búsqueda síntesis: la mediación penal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

Una vez revisados los principio generales de esta mediación penal y de los acuerdos reparatorios, procederé en base a lo revisado una síntesis de cómo debería ser este procedimiento, en el caso de que se implantare en el país, su historia y sus semejanzas con sistemas similares de otros países.

“Con algunas excepciones, el proceso de mediación entre víctima y ofensor es muy similar al modelo general de la mediación en los Estados Unidos. Este se conduce como sigue: Primero, el mediador se presenta y explica el proceso y las pautas a seguir, como las de escuchar, no interrumpir, no insultarse, confidencialidad, etc. Una vez el mediador obtenga el acuerdo de las partes a seguir las pautas, cada parte se turna en explicar su punto de vista y su querrela. El mediador los ayuda a clarificar sus posiciones, sus intereses y los puntos para discutir y más tarde procura generar opciones y soluciones para concluir óptimamente con un acuerdo, preferiblemente por escrito”.¹⁴

Además de ser frecuentemente un proceso más emocional que la mediación típica, y quizás por el mismo hecho de que hay tanta emoción, la mediación entre víctima y ofensor difiere de la mediación corriente en que el tercero se reúne con cada una de las partes en privado antes de llevar a cabo la mediación propia. Al reunirse en privado con las partes,

¹⁴ <http://www.rendonmediation.com/MEDIACIONESPANOL.doc>

generalmente empezando con el ofensor, el mediador determina si el caso es apropiado para la mediación. Si el ofensor niega su culpabilidad o parece ser demasiado cínico o impudente, quizás no convenga llevar a cabo la mediación. Similarmente, si la víctima es intransigente en su sed de venganza o si tiene demasiada cólera también convendría desistir del proceso. El mediador también usa la reunión privada preliminar para establecer una relación con las partes, explicarles el proceso y explorar cualquier inquietud o duda que tengan.

Es importante recordar que en el modelo americano el mediador es muy poco directivo. En la mayoría de las mediaciones, el tercero propone solamente facilitar el diálogo entre las partes y, por lo menos teóricamente, ni tan siquiera ofrece recomendaciones a menos que las partes se atasquen y no tengan idea de que hacer.

Desde casos criminales pequeños como agresión menor, daños a la propiedad y hurto, hasta casos mayores como agresión agravada y homicidio, casi cualquier caso criminal se puede mediar con tal de que las partes, incluyendo el mediador, estén dispuestos a hacerlo.

A continuación tres modelos de mediación penal que podrían implementarse en nuestro país, las mismas que han sido tomadas en base a las experiencias estudiadas en otros países, especialmente la estadounidense:

1. Pre-intervención policíaca o jurídica - En esta etapa, generalmente al nivel vecinal, se puede usar la mediación para ayudar a las partes a resolver sus conflictos antes de que escalen a un nivel de violencia y antes de que la intervención policíaca o jurídica fuese necesaria. En esta etapa también se pretende enseñar a las partes algunas técnicas para resolver sus propios conflictos en el futuro sin necesidad de intervención de un tercero.

2. Post-intervención policial y pre intervención Fiscal- Después del arresto y abierta la etapa de indagación, pero antes de la finalización de la Instrucción Fiscal, el juez puede desviar el caso fuera de la corte hacia la mediación, teniendo en vista diferentes alternativas como la sustitución de medidas cautelares, una reducción de la pena, o la conversión de la causa.

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, en realidad, 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 de homicidio donde el ofensor generalmente está en la cárcel y los familiares de la víctima sienten la necesidad de confrontar al ofensor.

En conclusión, la mediación entre víctima y ofensor efectúa la eficiencia del sistema jurídico penal, ya que ayuda a reducir el alto número de casos, desconcentrando y descongestionando el trabajo de las cortes y fiscalías. Ayuda también a resolver puntos de contención que usualmente se rechazan en un juicio por ser considerados como evidencia inaplicable, aunque son aplicables y hasta imprescindibles para la resolución de un conflicto. La mediación entre víctima y ofensor también le ofrece al acusado la oportunidad de enfrentarse no sólo con su víctima sino con las consecuencias de sus propias acciones, dándole así, la oportunidad de proporcionarles a la víctimas y a la comunidad, una restitución apropiada, a la vez de que consiga preservar su propio auto estima y dignidad. Este tipo de mediación también le ofrece a la víctima una voz más activa en el proceso y el resultado del caso, y consecuentemente, más satisfacción en el sistema jurídico.

En una síntesis final, las partes sentirán que verdaderamente han recibido justicia ya que generalmente logran el resultado mas parecido a lo que ellos consideraban justo, al tomar en cuenta los hechos específicos del conflicto. La mediación entre víctima y ofensor por lo tanto, al igual que otros tipos de mediación y conciliación, es un mecanismo práctico y deseable para efectuar y mantener la paz.

BIBLIOGRAFÍA:

- Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, edición 25 Argentina.

- Eiras Nordensthal Ulf Christian, Mediación Penal, De la Práctica a la Teoría.
- García Falcón José Dr., Manual Teórico Práctico en Materia Penal, Los Juicios Penales de Acción Privada por los delitos de: Calumnia y Difamación en la Legislación Ecuatoriana,.
- Guerrero Vivanco Walter Dr., Tratado de Derecho Procesal Penal,.
- <http://www.abogadosdesalta.org.ar/noticia.php?ida=24853>, Colegio de Abogados y Procuradores de Salta.
- [http://www.cides.org.ec/archivos/boletin5/archivos/articulo.html # 00](http://www.cides.org.ec/archivos/boletin5/archivos/articulo.html#00)
- <http://www.fiscaliageneralsm.gov.ar/SITIO/mediacionpenal.htm>
- <http://www.rendonmediation.com/MEDIACIONESPANOL.doc>
- Kent Jorge Dr., El Proceso Penal, Desafíos del Nuevo Milenio,.
- Landrove Díaz Gerardo "Victimología", editado por Tirant lo Blanch, Valencia 1990.
- Neuman Elías, Victimología, rol en los delitos convencionales y no convencionales, editor Filiberto Cárdenas Uribe, México 1998.
- Paz Silvina Marcela, Titular del Centro de Mediación Penal La Plata y Silvana Sandra Paz Titular del Centro de Asistencia a las Víctimas de Delito.LaPlata.mediadoresenred.org.ar/publica/efectospsico/dermedpenal/medpenal/medpenal.html
- Quintana María y Obarrio María Carolina, Mediación Penal, una resolución alternativa,
- Revista Jurídica, Dra. Mariana Yépez Andrade, editada y publicada por el Ministerio Público del Guayas.

- Reyes Calderón José Adolfo y León-Dell Rosario Victimología, editado por Filiberto Cárdenas Uribe, México 1998.
- Rodríguez Manzanera Luís "Victimologia" editado por Imprenta Aldina fecha 25 de enero de 1990.
- Tello Solano Cesar Román, Artículo: Derecho Penal, Mediación y Violencia Doméstica,
- Vanegas y Cortazar Héctor Dr., Temas Penales y de Criminología, impreso en Ecuador Julio 2003.
- Wray Alberto, García Elizabeth, Larenas René, El Menor ante la Ley.
- Zavala Baquerizo Jorge Dr., El Debido Proceso Penal.