

## MEDIACIÓN PENAL.

Dr. M.Sc. Giovanni Criollo Mayorga.  
Profesor de Pregrado y Posgrado de la  
Universidad Tecnológica Indoamérica en la cátedra de  
Resolución Alternativa de Conflictos.  
Mediador del Centro de Mediación del  
Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha  
montecrhisto@gmail.com

*Como un homenaje al Maestro José García Falconí.*

Para nadie es desconocido que el Derecho Penal está en crisis. El catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia ANTONIO FERRER SAMA<sup>1</sup> ya hablaba de ello hace muchos años atrás, y antes de él Beccaria publicaba su famoso libro "De los delitos y de las penas" que es lectura obligatoria de todo penalista, con el se pretendía cambiar el derecho penal del "ancien régime". Más recientemente autores como Ferrajoli, siguen insistiendo en esa crisis a tal punto que el profesor italiano manifiesta que: *"...el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario."*<sup>2</sup> Forman parte de esta crisis también el fin de la pena, la inflación penal o populismo punitivo<sup>3</sup>, la selectividad del sistema

---

<sup>1</sup> FERRER SAMA, Antonio. "LA LLAMADA CRISIS DEL DERECHO PENAL Y SUS CAUSAS". conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. "EL DERECHO PENAL MÍNIMO". VV.AA., "Prevención y Teoría de la Pena", Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.

<sup>3</sup> Al respecto de este aumento del Derecho penal puede consultarse a: SILVA Sánchez, Jesús María. "La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.". Segunda Edición. Editorial B de F. Montevideo-Buenos Aires. 2006; GRACIA Martín, Luís. "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia.". Editorial Tirant Lo Blanch, Alternativa. Valencia. 2006. PRITTWITZ, Cornelius. "El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal.". En "La insostenible situación del Derecho Penal.". Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.) Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu-Fabra (Ed. Española). Editorial Comares. Granada. 2000.

penal<sup>4</sup>, la absurda presunción del conocimiento de la ley penal en el estado constitucional de derechos y justicia social<sup>5</sup>, la crisis del concepto de culpabilidad, llegando muchos autores inclusive a encontrar el origen de la misma en la "apropiación", "expropiación"<sup>6</sup>, o "confiscación"<sup>7</sup> del conflicto por parte del naciente estado moderno<sup>8</sup>.

Es justamente dicha "confiscación" del conflicto la que permite que la mediación empiece a ser considerada como un mecanismo para la solución de conflictos penales e incluso para humanizar el sistema penal<sup>9</sup>. En efecto, al ser la jurisdicción ordinaria la que "pretende", sin éxito alguno, dar solución a los conflictos penales, olvidándose por completo de la víctima, ésta toma como fundamento de su accionar la vulneración de determinados bienes jurídicos protegidos por la norma penal ("conflicto artificial"<sup>10</sup>), y a su vez deja de lado el verdadero conflicto entre víctima y victimario. Es decir, el principio de horizontalidad, propio de la mediación, por medio del cual las partes en conflicto resuelven directamente sus discrepancias, no se materializa en la administración de justicia penal, puesto allí rige el principio de verticalidad, esto es que la ofensa cometida debe entenderse como propinada contra el estado y por ello, el representante del Ministerio Público, como titular de la

---

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS. DESLEGITIMACIÓN Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL". Segunda Reimpresión. EDIAR. 1998.

<sup>5</sup> CRIOLLO MAYORGA, Giovani. "LA PRESUNCIÓN INCONSTITUCIONAL DE CONOCIMIENTO DE LA LEY PENAL ECUATORIANA." Versión electrónica disponible en [http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=5090&Itemid=426](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5090&Itemid=426)

<sup>6</sup> El término "expropiación" es utilizado por el autor argentino Gabriel Ignacio Anitua en su tesis doctoral "Historia de los pensamientos criminológicos" publicada en el año 2005, Pág. 16.

<sup>7</sup> El término "confiscación" es utilizado por el Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra "Derecho Penal. Parte General." 2000. Pág. 229.

<sup>8</sup> Respecto de la confiscación del conflicto se puede consultar a D'AMBROCIO, Gabriela. "LA APROPIACIÓN DEL CONFLICTO POR PARTE DEL ESTADO". Versión electrónica disponible en: [http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=5046](http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=5046)

<sup>9</sup> MAYER, Julio B. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela. "MEDIACIÓN DE CONFLICTO, PENA Y CONSENSO". Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág. II.

<sup>10</sup> SOZA, María Paula. "ESTUDIO SOBRE LA FACTIBILIDAD DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL" en "MEDIACIÓN DE CONFLICTO, PENA Y CONSENSO". MAYER, Julio B. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000. Pág. 46.

acción penal y del interés público considerado como un metavalor, es quien ejercita la persecución penal por la ofensa causada.

### **¿EXISTE MEDIACIÓN PENAL EN ECUADOR?**

Algunos colegas han manifestado que con la conversión de acciones (Artículo 37 CPP), los Acuerdos Reparatorios, la Suspensión Condicional del procedimiento (Artículos innumerados a continuación del Artículo 37 CPP); y, la posibilidad de que en los delitos de acción privada se pueda designar un "amigable componedor" (Artículo 373 CPP), constituyen la prueba más evidente de la inserción de la mediación en el sistema penal. Por mi parte creo fervientemente que estas instituciones jurídicas previstas por nuestro derecho procesal penal constituyen nuevos modelos de gestión de los conflictos penales, no relacionados con la mediación (aunque sí con la NEGOCIACIÓN<sup>11</sup>), puesto que la mediación, desde el punto de vista jurídico consiste en un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio de cual las partes en disputa, asistidos por un tercero neutral llamado mediador, buscan de común acuerdo una solución, eventual no obligatoria, a sus diferencias.

Esto, por supuesto, no obstruye en forma alguna la aplicación de las posibilidades previstas en los Artículos 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación (derivación) y 130.11 del Código Orgánico de la Función Judicial (mediación intraprocesal). No obstante para la aplicación de aquellas facultades, siempre ha de tomarse en cuenta, por una parte, el límite constitucional material: la materia transigible; y, por otra, la existencia de un mediador o de un centro de mediación calificado como tal por el Consejo de la Judicatura. En resumen podemos decir que existirá mediación penal cuando la solución del conflicto existente entre víctima y victimario sea llevado a cabo por un mediador o centro de mediación debidamente autorizado.

### **CUESTIONES A SER TOMADAS EN CUENTA PARA LA EXISTENCIA DE LA MEDIACIÓN PENAL.**

---

<sup>11</sup> Doctrinariamente dentro de la clasificación de los mecanismos de resolución de conflictos tenemos los autocompositivos y los heterocompositivos, y dentro de los primeros se encuentran tanto la NEGOCIACIÓN como la MEDIACIÓN, pero técnica y legalmente no son lo mismo.

Una **primera cuestión** que merece ser analizada es aquella que hace relación al tipo de infracciones penales que pueden ser gestionadas a través de la mediación. Parecería ser que el criterio dominante de aquellos sistemas penales que aceptan la mediación es el de que sólo deben ir a mediación penal aquellas conductas típicas que pueden ser denominadas como “delitos menores”, no obstante aquello es importante señalar que los “delitos graves” también son objeto del referido mecanismo de solución de disputas, así tenemos que en Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el Estado de Nueva York cabe respecto de las violaciones y los homicidios; así mismo, en Lovaina, Bélgica, donde la mediación penal se aplica a los casos de reincidencia y de mediana y mayor gravedad.

Una **segunda cuestión** es aquella que refiere a la compatibilidad de los sistemas: el procesal penal es un sistema riguroso, ritual, formalista, cuya lógica es la formalidad; por su parte, la mediación es un sistema cuya característica radica justamente en la informalidad de sus procedimientos, su lógica responde a la no ritualidad como premisa de su accionar puesto que ello da amplio margen de acción a las partes en controversia. Así configurados los sistemas procesal penal y de mediación, aparece un nuevo problema que es la posibilidad de coexistencia de dichos sistemas o, dicho de otra manera, la posibilidad de que el sistema procesal penal estrictamente formal busque una respuesta a los conflictos penales desde un sistema informal. Esto a prima facie parece un contra sentido, algo ilógico, por eso se requiere pensar una solución racional y razonable a dicho problema de compatibilidad sistémica.

Una **tercera cuestión** es aquella que tiene ver con la expansión del control penal: si el derecho penal se caracteriza por ser fragmentario, subsidiario y de ultima ratio, el momento en que se instaura la mediación o cualquier otro sistema de resolución de disputas aun antes de tener certeza de que la conducta puede subsumirse en el tipo penal y de que dicha conducta eventualmente puede superar los análisis de tipo (objetivo y subjetivo), antijuricidad (formal y material) y culpabilidad (conocimiento de la prohibición y dolo) acaso no estaríamos frente a una utilización de los mecanismos

alternativos de resolución de controversia como brazo adicional del poder punitivo del estado? No debemos olvidar que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son formas de control social y podrían ser utilizados, si no se los regula en adecuada manera, como una forma de intensificar el control formal.

Una **cuarta cuestión** tiene que ver con la metodología del procedimiento de mediación: no debemos olvidar que la relación existente entre víctima y victimario siempre va ser mucho más estresante y compleja que cualquier otro conflicto en donde los intereses de las partes se centran en cuestiones que están fuera del ámbito penal, por lo tanto la adecuada actuación del mediador es fundamental para el replanteo epistemológico del conflicto. De allí la necesidad de efectuar, en primera instancia, audiencias previas por separado y, si fuere el caso, proceder a realizar los famosos encuentros "cara a cara" donde las tensiones emocionales deben ser adecuadamente administradas. A continuación se procedería, dependiendo de la voluntad de las partes, a suscribir el acta de mediación contentiva de los acuerdos y finalmente se requiere determinar un aspecto fundamental consistente en la vigilancia del acuerdo.