

APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR: DELITOS CONTRA EL
DERECHO A LA PROPIEDAD.¹

APPLICABILITY OF CRIMINAL MEDIATION IN ECUADOR: CRIMES AGAINST PROPERTY
RIGHT.

GABRIELA-SILVANA CAMPAÑA-CONSTANTE²

gabrielacampacons@hotmail.com

RESUMEN

En la actualidad, la mediación penal es un Método Alternativo de Resolución de conflictos que está regulado en la legislación ecuatoriana de manera limitada. El código de la Niñez y Adolescencia es el único cuerpo normativo que prevé su aplicación para casos de menores infractores. Sin embargo, por las características que revisten a este tipo de mediación, su cobertura en materia penal podría ser más amplia. Para ello, es importante enfatizar su forma de aplicación, aclarando que su uso no implica la vulneración de derechos ni del orden público. Su fin está direccionado en cumplir con los medios de la justicia restaurativa, en la que tanto la víctima como el infractor sean beneficiados. En virtud de ello, se tomará a los delitos contra la propiedad, especialmente al delito de estafa y usura, para explicar la posibilidad de su aplicación e integración en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

ABSTRACT

Currently, criminal mediation is an Alternative Method of Conflict Resolution that is regulated in Ecuadorian law in a limited way. The Childhood and Adolescence Code is the only regulatory body that provides for its application in cases of minor offenders. However, due to the characteristics of this type of mediation, its coverage in criminal matters could be broader. For this, it is important to emphasize its form of application, clarifying that its use does not imply the violation of rights or public order. Its purpose is aimed to fulfill the purposes of restorative justice, in which both -the victim and the offender- are going to be benefited. In that respect, crimes against property, especially the crime of Scam and Usury, will be taken to explain the possibility of its application and can be integrated into the Ecuadorian legal system.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Rafael Vintimilla Saldaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

PALABRAS CLAVES

KEYWORDS

Mediación, Pena, Proceso, Sanción, Proceso Penal, Conflicto, Partes, Voluntariedad, Licitud, Castigo, Justicia, Víctima, Delito, Propiedad, Económico, Reparación, resarcimiento, Delito. *Mediation, Penalty, Process, Sanction, Criminal Process, Conflict, Parties, Voluntary, Bidding, Punishment, Justice, Crime Property, Economic, Reparation, Crime.*

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020
Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. SOBRE LA MEDIACIÓN PENAL 2.1. MATERIA TRANSIGIBLE EN LA MEDIACIÓN PENAL.- 2.2. MEDIACIÓN PENAL COMO HERRAMIENTA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.- 2.3 IUS PUNIENDI DEL ESTADO Y EL IUS PUNIENDI DE LA VÍCTIMA. – 3. APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN PENAL EN EL ECUADOR.- 3.1 ETAPAS PROCESALES EN LAS QUE SE PUEDE APLICAR LA MEDIACIÓN PENAL.- 3.2 MEDIACIÓN PENAL, CONCILIACIÓN Y PROCEDIMIENTO ABREVIADO.- 4. MEDIACIÓN PENAL APLICADA A DELITOS CONTRA EL DERECHO A LA PROPIEDAD. 4.1 DELITO DE ESTAFA EN LA MEDIACIÓN PENAL. 4.2. DELITO DE USURA EN LA MEDIACIÓN PENAL. 4.3. MEDIACIÓN PENAL APLICADA AL RESTO DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. – 5. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

1. Introducción.

De acuerdo con la Teogonía de Hesíodo³, cuando la primera pareja de dioses griegos, Urano y Gea procrearon, se dio el origen a tres grupos de hijos: los dioses primordiales Titanes; y luego dos grupos de monstruos: los Cíclopes y los Gigantes⁴. Dentro del primer grupo nació Themis, la personificación de la ley y el orden, quien preside “la correcta relación entre hombre y mujer, así como la base de la familia legítima y ordenada”⁵. Si se llega a hacer caso omiso a su disposición, Némesis, la diosa de la justicia retributiva y el equilibrio, trae “consigo el justo y colérico castigo”⁶. Themis se desposó con Zeus, padre de los dioses, para mantener el ordenamiento del mundo. Juntos, concibieron a Eirene, Díké y Anomía, nombradas como ‘las Horas’ y reconocidas como diosas del olimpo, al ser designadas por Zeus para “imponer la paz y la concordia del universo, a través de la ley y la justicia”⁷.

³ Es una historia épica sobre el orden divino, en torno al año 700 a.C., como la narración mítica estándar sobre la historia más antigua del mundo.

⁴ Ver, Robín Hard. *El gran libro de la Mitología Griega* (Madrid: Editorial La esfera de los libros, 2008), 52-100.

⁵ Ver, Francisco Lorente. *Compendio elemental de la mitología para la mejor inteligencia de toda especie de libros que maneja la juventud estudiosa* (Madrid: Editorial Impresores de España, 1847), 90-112

⁶ Ver, Jane Ellen. *Themis: A Study of the Social Origins of Greek Religion* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 230-525.

⁷ Ver, Robín Hard. *El gran libro de la Mitología Griega* (Madrid: Editorial La esfera de los libros, 2008), 52-100.

Así como se estableció el génesis de la mitología griega, el origen de la justicia se ve representada por medio de Themis, quien a través de sus normas y leyes buscaba ser guardiana de las reglas sociales para la convivencia de las personas. Esta es la finalidad del Derecho per sé. Si bien la existencia del Derecho -entendiéndose desde su acepción objetiva- es la base reguladora de todas las normas, necesita de otras ramas para complementar su aplicación en la sociedad. En el caso de suscitarse el incumplimiento de dichas normas, se da lugar a la imposición de un castigo; que, estaría encarnado por Némesis. Tomando en cuenta, la descripción expuesta en párrafos anteriores, esta diosa dispone una pena para sancionar a la culpabilidad del autor por generar una alteración al orden, tras haber transgredido la norma establecida. Bajo esta línea argumentativa, este personaje representa el objetivo principal del Derecho Penal.

Con base en los principios generales de proporcionalidad y debido proceso, así como de los preceptos fundamentales de la estirpe de Themis y su colaboradora Némesis; la imposición de la pena debe estar sujeta a un fin concreto para mantener el equilibrio en la convivencia de las personas. Al ser Eirene, Diké y Anomía quienes representan la existencia de una vida ordenada y civilizada, en la que los ciudadanos dirimen sus conflictos mediante métodos pacíficos y regulados⁸; se propone a éstas deidades como la propuesta de aplicación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (en adelante MASC).

Varios doctrinarios penalistas⁹ han determinado distintas teorías de la pena, de las cuales se destacan dos: i) la Teoría Retribucionista o Absoluta; y, ii) la Teoría Relativa o de Prevención. Sobre la Teoría Retribucionista, se sostiene que la pena tiene un fin en sí mismo, representando un mal -el delito- con otro mal -el castigo-. Esto tiene un símil con lo que establecen los principios de Talión del “ojo por ojo”, basado en: la venganza, la expiación y el reequilibrio entre lo realizado y la forma de ser castigado¹⁰.

Esta teoría se subdivide en dos tipos: a) el retribucionismo moral, y, b) el retribucionismo jurídico. El primero hace referencia a los postulados de Kant, en lo cuales establece que la pena constituye un imperativo categórico, en el que la imposición de la sanción corresponde a una acción o hecho jurídico realizado que esté mal, en concordancia con los principios del bien. En ese caso, la pena va a ejercer una función plenamente de justicia, devolviendo el orden a la

⁸ Ver, María Dolores Mirón, “M. Eirene y las Horas: significados, atributos y funciones”, en *Dialogues d'histoire ancienne*, Vol. 30, no. 2 (Francia: Presses Universitaires de Franch-Comté, 2004), 9 – 31.

⁹ Ver, Ana Messuti, *El tiempo como pena* (Buenos Aires: Editorial Artes Gráficas Candil, 2001), 4 -15.

¹⁰ Ver, Rita Mill. *Mediación Penal*. Ed. 1 (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013), 63.

sociedad¹¹. El segundo tipo de retribucionismo se basa en la visión Hegeliana, que parte de la premisa de que “el delito es la negación del derecho y por lo mismo, la pena es la negación al delito”, en el cual la doble negación, indica que se debe analizar a la vulneración del derecho como tal para imponer la pena¹². Dicho de otro modo, la pena se da por la lógica de faltar a una norma establecida.

La Teoría Relativa de la pena tiene plenamente como fin a la prevención. Es decir, el aviso de lo que puede suceder en caso de contravenir a una norma. También se subdivide en dos tipos: a) teoría de Prevención General, y b) teoría de Prevención Especial. Sobre la Prevención General, se sostiene que la pena advierte a la sociedad lo que podría pasar si se llegara a cometer un delito. En éste, se puede infundir temor al castigo - conocida como Prevención General Negativa- o es una vía de reafirmación del derecho, en el que se realzan los valores y generan confianza -nombrada como Prevención General Positiva-¹³. Respecto a la Prevención Especial, esta tiene como fin reinsertar en la sociedad al individuo que ya ha delinquirido, y evitar su reincidencia en el cometimiento del delito. Esta teoría puede ser negativa, en el caso de que se busque una sanción radical, mediante la eliminación definitiva del autor del delito o su exclusión del seno social. En su defecto, puede ser positiva, si se busca la rehabilitación del individuo que, al momento de cumplir la pena impuesta, haya modificado su personalidad y tenga la oportunidad de volver a vivir en sociedad¹⁴.

Desde esta perspectiva, parece simple la interacción punitiva, en el que, por el incumplimiento de una norma, se castigue con una sanción para recuperar el equilibrio de la sociedad, como lo establece la doctrina y la mitología griega. Sin embargo, para que surta efectos en beneficio de todas las personas, es menester considerar la finalidad que va a tener la pena en beneficio de la comunidad basado en el principio de mínima intervención reconocido en el artículo 195 de la Constitución de la República (en adelante CRE) en el que el derecho penal sea utilizado como último recurso, en caso de no ser suficientes los recursos extrapenales¹⁵.

¹¹ Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch), 201

¹² Ver, Rita Mill, *Mediación Penal*, Ed. 1 (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013), 64.

¹³ *Id.*

¹⁴ Ver, Mariano Silvestroni, *Teoría constitucional del delito* (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2004), 57.

¹⁵ Ver, Artículo 2, Código Orgánico Integral Penal. R.O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 04 de diciembre de 2019. También ver. Artículo 195, Constitución del Ecuador. R.O. 449, de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 13 de julio de 2011. El cual hace énfasis en su aplicación para la actuación de Fiscalía durante el proceso penal.

En este sentido, se considera oportuna la aparición de ‘las Horas’, para dar lugar al balance social, en un mundo donde se busca implantar justicia restauradora, no solo para la víctima del delito, sino también para el autor del mismo. Dentro de la legislación ecuatoriana, con base en el artículo 78 de la CRE, se prevé la adopción de mecanismos reparadores de manera integral a las víctimas de infracciones penales, en el que se garantice “el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado, sin dilaciones”¹⁶. Asimismo, según el artículo 201 del mismo cuerpo normativo, se establece como teoría de la pena a la Prevención Especial Positiva, cuyo fin es “la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad”¹⁷.

La armonización de ambas disposiciones, permiten encontrar un equilibrio para la sociedad, en el que se permita la reinserción del autor tras haber cumplido el castigo por el cometimiento del delito, así como la reparación a la víctima, acorde a los daños generados por el primero. Sin embargo, en la práctica diaria no suele suceder de esa manera. A pesar de que dentro de la legislación ecuatoriana se prevé un alcance proteccionista para ambos sujetos, el proceso penal tiene varios percances para cumplir con el principio de celeridad. Las unidades judiciales mantienen un constante retraso por todas las formalidades que deben ser cumplidas para garantizar el debido proceso. A ello, se pueden sumar las continuas denuncias flagrantes de delitos no tan graves hasta los excesivamente graves, que alargan la lista de procesos que deben ser revisados y juzgados. Partiendo de esta premisa, hay tres componentes que deben ser analizados: i) tipo de delito; ii) tiempo que toma resolver proceso del delito; y, iii) el tipo de castigo y reparación que se establece como condena.

Los dos primeros supuestos son interdependientes, dado que la gravedad del delito va a determinar un estimado de cuánto tiempo se va a tomar en resolver un caso. De manera general, los procesos en el ámbito penal pueden tener una duración extensa. Por lo que, en este punto, se proponen las diversas teorías negatorias de la pena, principalmente la doctrina de Roxín¹⁸, la cual establece que con la exclusión de los delitos graves, la reparación y la compensación pueden evitar o disminuir la pena, así como la facilidad para el proceso penal para resolver el conflicto. No difiere que la delincuencia es un factor que incomoda a la sociedad que genera

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Artículo 201, Constitución del Ecuador. R.O. 449, de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 13 de julio de 2011.

¹⁸ Ver, Claus Roxin, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal* (Santa Fe: Rubinzal - Calzoni, 2007), 76.

una obligación al Derecho Penal, para hallar los modos de resolver los conflictos y restablecer la paz social.

La combinación de ellos permite abrir un espacio de nuevas alternativas para atender al eje del conflicto, en este caso penal, en el que se busca restaurar los vínculos quebrados por el delito y establecer un balance entre los intereses del autor, la víctima y la sociedad en general. Así como los dioses griegos buscaban dar justicia al mundo mediante la aplicación de la ley y la paz, la aplicación de la mediación penal estaría enfocada en imponer una justicia restaurativa, en la que el victimario tiene la posibilidad de reinsertarse en la sociedad y la víctima puede obtener su restitución¹⁹. Tomando en cuenta que no va a ser objeto de cuestionamiento ni mediación la culpabilidad del agresor, ni habrá la posibilidad de plantear una reparación inferior a lo que merece y necesita la víctima tras el daño sufrido.

Es menester recalcar que no todos los delitos pueden ser sujetos a este tipo de MASC. Por esta razón, al igual que Themis y sus colaboradoras, con el fin de encontrar un ordenamiento de la sociedad ecuatoriana, el objetivo del presente trabajo se focaliza en determinar qué es la mediación penal y su relación con la justicia restaurativa, de acuerdo a sus características. [*Infra* § 2]. Luego, determinar la aplicabilidad de la mediación en el proceso penal y su idoneidad frente a otros procedimientos existentes en la Ley. [*Infra* § 3]. Finalmente, para visualizar su aplicación, se analizarán a los delitos contra la propiedad, con especial énfasis a los delitos de estafa y usura. [*Infra* § 4]. Con miras a que pueda ser incluido en el ordenamiento ecuatoriano.

2. Sobre la mediación penal.

Para el claro entendimiento del tema a tratar, es importante recordar de manera breve que la mediación es “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran llegar a un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”²⁰. El mediador es un facilitador que colabora en la construcción del acuerdo sin juzgar a las partes, ya que se limita plenamente a conducir el procedimiento mediante el empleo de distintas técnicas de negociación en el cual va a facilitar la construcción de acuerdos, bajo los principios

¹⁹ Ver, Bernd Schünemann, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: Un concepto de tres escalas” en *la víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal* (Lima: Editorial Grijley, 2006), 31.

²⁰ Ver, Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación. R. O. 250, publicado el 13 de abril del 2006, reformado por última vez el 21 de agosto del 2018.

rectores que caracterizan a la mediación como la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, equidad y economía procesal²¹.

En el caso de la mediación penal, se lo trata como un mecanismo de resolución de conflictos que tiene como objetivo ser un vehículo conductor hacia una justicia restaurativa para las partes como se analizará [*Infra* 2.2.], en el que se considere de manera conjunta el acercamiento de víctima – delincuente para su arrepentimiento, reparación y posible rehabilitación. Este procedimiento -no proceso- extrajudicial se basa en que el infractor participe en la solución del conflicto penal causado, con el acompañamiento de un tercero llamado mediador, para reestablecer la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, sea con la reparación de la víctima como con el reconocimiento del hecho cometido²².

Su incorporación dentro de la administración de la justicia penal permite cumplir con los fines para lo cual fue creado el derecho penal, en el que si bien se impone el castigo por la transgresión a la norma, a la vez se buscará dar prioridad a la reparación del daño, considerando la prevención especial positiva que expresa la CRE como se ha analizado [*Supra* § 1]. En consecuencia de ello, el individuo podría reinsertarse en la sociedad para su reconciliación con la misma y con la víctima tras haber entendido el detrimento causado.

La mediación penal tiene varias diferencias con respecto a otro tipo de mediaciones, en la cual se destaca la asimetría de poder entre las partes durante el procedimiento. Es decir, en este tipo de mediación existe una situación de temor y poder en la mesa, al relacionar a la víctima y al infractor. En la mediación penal no existen necesariamente diversas posturas contrarias durante la reunión²³.

Únicamente se tiene conocimiento sobre la existencia de un ilícito que ha generado daños, los cuales deben ser reparados. El diálogo impulsado va a estar más focalizado en buscar soluciones, que destacar el impacto del delito en la víctima, en el que se obtenga una tríada: i) el perdón y curación de la víctima; ii) la rendición de cuentas del infractor y su arrepentimiento; y, iii) la reparación del daño causado adquiriendo la paz social. Esta combinación se confirma

²¹ Ver, María Ángeles Cano, *La mediación penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 249 - 277.

²² Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 257.

²³ Ver, Cátia Marques, *La mediación. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia* (España: Universidad de Salamanca, 2011), 357.

con la crítica de Reemtsma²⁴, quien alude que “para la víctima de un delito, el castigo del autor no es la reparación, sino la evitación de la prosecución de un daño”²⁵.

En ese sentido, el mediador penal deberá ser una persona especializada que pueda emplear técnicas específicas y adecuadas para abordar las problemáticas sociales y psicológicas a lo largo del diálogo. En ese sentido, dentro de las finalidades principales que persigue este tipo de mediación se destaca: a) la seguridad y efectiva protección a la víctima, mediante la reparación o disminución del daño causado; b) la responsabilidad tangible del infractor por la transgresión de la norma; c) el conocimiento de las causas reales del conflicto para determinar la fórmula idónea para satisfacer las necesidades personales de las partes, y d) la potenciación de los recursos de la justicia para resolver conflictos, al optimizar los recursos judiciales de manera ágil, económica y eficaz²⁶.

Para conseguir su cumplimiento en el área penal, este MASC puede ser aplicado en virtud de la contraposición del principio de oportunidad sobre el principio de legalidad²⁷, además de los otros principios rectores que establece la ley²⁸. El principio de legalidad es la directriz fundamental del derecho penal, dado que se caracteriza por establecer que tras la iniciación de un proceso, éste no puede ser “suspendido, interrumpido, modificado ni suprimido, salvo los casos que permiten querrela o petición de parte”²⁹.

Por el contrario, el principio de oportunidad permite que el fiscal o juez puedan abstenerse de iniciar la investigación fiscal, congelar el proceso iniciado en la etapa solicitada o desistir de la ya iniciada, mediante el archivo del caso³⁰. Entonces en sentido estricto, conforme al principio de legalidad, el proceso penal debe ceñirse en dar cumplimiento al proceso iniciado, sin perjuicio del deseo de abandonar la causa por cualquier motivo. A la luz

²⁴ Ver, Jan Phiplipp Reemtsma, *El derecho de la víctima al castigo como un problema* (Munich: Editorial C.H. Beck Verlag, 1999), 27.

²⁵ Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 103.

²⁶ Ver, Carmen Caravaca, *Política Social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social*, Eumednet: Revista de contribuciones a las ciencias sociales (2011), 11-12.

²⁷ Ver, Mariana Yépez, *El principio de legalidad frente al principio de oportunidad*, Derecho Ecuador: recopilación de artículos de doctrina académica (2005).

²⁸ Sobre principios rectores que caracterizan a la mediación sobresalen la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, la equidad y la economía procesal; mismos que deberán ser armonizados con las directrices bases del proceso penal, como la oficialidad, legalidad, verdad procesal, neutralidad, imparcialidad y, la inviolabilidad de defensa. La combinación de todos ellos, dan lugar al reconocimiento de los derechos y garantías, tanto del imputado como de la víctima, que deberán ser precautelados antes, durante y después de los procedimientos realizados en el proceso judicial.

²⁹ Ver, Mariana Yépez, *El principio de legalidad frente al principio de oportunidad*. Derecho Ecuador: recopilación de artículos de doctrina académica (2005).

³⁰ Artículo 412, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

del reconocimiento del principio de oportunidad se puede conseguir flexibilidad en el proceso, para poder adherirse a una alternativa sancionadora por el delito cometido.

Sin embargo, aún tomando en cuenta los principios descritos, para asegurar la protección máxima de los derechos de las víctimas como de los infractores, varios doctrinarios afirman la importancia de la existencia de una cláusula de excepción de aplicabilidad³¹. En el supuesto no consentido que los principios contravinieran al orden público, dicha cláusula establece la posibilidad de aplicar a la ley nacional que le corresponda y sea más favorable, para que los principios establecidos no vulneren a las partes ni a sus derechos reconocidos³².

Dentro de los países precursores en la implementación de la mediación penal, se considera a Canadá como país pionero mediante el caso Elvira³³, en el pueblo de Kitchner, cuando dos adolescentes bajo efectos de sustancias estupefacientes destruyeron aproximadamente veintidós automóviles sin una causa coherente³⁴. Dado que los jóvenes no tenían antecedentes penales, se propuso al juez que las partes asumieran su responsabilidad a través del acercamiento con las víctimas, para que entiendan el daño ocasionado. Durante los acercamientos pactados, los infractores y los afectados lograron llegar a un acuerdo de reparación, para pagar todos los daños producidos, más el trabajo comunitario pertinente. Empero, Noruega³⁵ fue el primer país que legisló sobre la materia de mediación penal en 1991, dando las directrices bases para que pueda ser aplicada.

La internacionalización de la mediación penal en Europa se dio de manera institucional³⁶. Es evidente que el uso temprano de este MASC permitió que el avance legislativo en torno a esta materia sea paulatino, a pesar de la influencia que pudo haber tenido el *common law* y el *civil law*. Hoy en día, la mediación Penal es una realidad constante dentro de los procesos judiciales en Europa. En el caso de Latinoamérica, México y Argentina han sido unos de los países primarios en adaptar este mecanismo³⁷, el cual ha arrojado sorprendentes éxitos para el desarrollo de la materia. Costa Rica se ha unido a esta implementación de manera reciente al

³¹ Ver, María Ángeles Cano, *La mediación penal*, (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 250.

³² Los derechos principales a los que se hace énfasis en este apartado son: i) derecho a la presunción de inocencia, ii) derecho a la defensa y asistencia a las partes en caso de tener alguna discapacidad, iii) derecho a ser informado de la acusación, entre otros.

³³ Ver, Ana Beltrán, *Modelo de mediación en los Estados Unidos de América. Mediación para adultos, una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009), 60.

³⁴ *Id.*

³⁵ Ley de Marzo de 1991 No. 3, emitida por el Servicio de Mediación, Noruega.

³⁶ Ver, Josefina García, *La mediación penal de adultos en Portugal*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología no. 12 (2010).

³⁷ Ver, Sergio Cámara, *Justicia Juvenil Restaurativa: marco internacional y su desarrollo en América Latina*, Revista Justicia Restaurativa (2011).

igual que Colombia³⁸, a través de la implementación de su aplicación en los Códigos Procesales Penales.

A la luz de la aplicación internacional, es evidente la responsabilidad del Estado en mantener el equilibrio de la aplicación de normas, sin perjuicio de la colaboración institucional que se pueda requerir para alcanzar el objetivo principal estatal. El cual está matizado en integrar el trabajo del sistema de justicia de manera útil, pertinente y eficiente, para garantizar la conformación de un procedimiento restaurativo que posea un engranaje procesal, que naturalice la concepción de la reparación penal como una forma de hacer justicia. Para ello, en el presente trabajo es importante destacar el alcance de la mediación penal con respecto a la materia [2.1] Considerando que su aplicación es la representación para cumplir los fines de la justicia restaurativa [2.2]. En ese sentido, resulta relevante analizar el papel que va a tener el Estado y la víctima frente al infractor durante la mediación penal [2.3].

2.1. Materia Transigible en la mediación penal.

Se ha determinado que la transigibilidad es la piedra angular de la mediación en su definición, toda vez que es la pieza que la determina y le dota de identidad para iniciar este tipo de procedimiento. Sin ella la mediación no puede iniciarse ni surtir efecto. El artículo 190 de la CRE, reconoce a “[...] la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”³⁹. Lo cual abre una ventana de cuestionamiento sobre qué significa la transigibilidad y los temas que podrían verse involucrados. El término transigible según el criterio jurídico ecuatoriano proviene de la palabra transacción, que el Código Civil (en adelante CC) lo define como un “contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”⁴⁰ sobre objetos de los que las partes tienen derecho⁴¹.

Cabanellas conceptualiza a la transigibilidad como la concesión entre las partes, en las que existe una intención de negociar o poner a disposición un derecho⁴². Del mismo modo, a pesar de los reiterados intentos por dar una definición exacta, Parraguéz y Darquea buscan

³⁸ Ver. Diana Britto, *Justicia Restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia de Colombia* (Loja: Editorial Universidad técnica Particular de Loja, 2010), 10 – 19.

³⁹ Artículo 190, Constitución del Ecuador, 2011.

⁴⁰ Artículo 2348, Código Civil, 2019.

⁴¹ Artículo 2349, Código Civil, 2019.

⁴² Guillermo Cabanellas, *diccionario enciclopédico de derecho usual*, (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008) . Ver. Leonardo Coronel & Isabel Núñez, *La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje (2018), 155-186.

conceptualizar a la transigibilidad como “todo aquello que no haya sido declarado expresamente como no transigible por ley”⁴³, para “tratar asuntos mercantiles o hechos lícitos de acuerdo al orden público; que no estén en contra de la libertad de las acciones, o que afecte los derechos de terceros”⁴⁴.

En concordancia con la similitud establecida por el CC, la transacción puede “recaer sobre la acción civil que nace de delito; pero sin perjuicio de la acción penal”⁴⁵. Es decir, todos los daños físicos, psicológicos, morales o simbólicos pueden ser sujetos a mediación, sin perjuicio de las acciones penales que puedan surgir, dado que lo que se media es la reparación como tal, más no la imposición de la pena que prescribe el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) para los delitos cometidos.

Partiendo de la premisa expuesta, se entiende que la materia transigible va a abarcar todo aquello que no se encuentre prohibido en la ley ni que contravenga al orden público. Por lo que se podría inferir que la materia penal no puede ser susceptible a ser resuelta a través de un MASC, en virtud de que la mayoría de los delitos que contempla el COIP atentan contra el orden público. Empero, en el Título X del COIP se prevén seis reglas que se deben seguir para el uso de una vía alternativa para resolver un conflicto⁴⁶. De lo cual se infiere que una parte de la materia penal regulada en el Código, si es transigible.

A pesar de que en este título tampoco se prevé una lista específica de mecanismos alternativos para ser utilizados, el COIP regula a la conciliación como un MASC, estableciendo los delitos que pueden ser sujetos a este procedimiento⁴⁷. Bajo esta lógica, la mediación penal podría ser incluida como mecanismo para resolver una controversia de manera expresa, por su cercano parecido que tienen con el procedimiento de la conciliación. De hecho, de manera práctica se han desarrollado mediaciones con parámetros de la conciliación, en los que el juez ha tenido que improvisar con una suerte de autorizaciones expresas para que puedan ser llevadas a cabo. Lo cual demuestra que la inclusión de la mediación penal en el COIP podría ser una herramienta positiva para el desarrollo del proceso penal.

Asimismo, el campo de aplicación de la mediación penal podría ser más extenso que la conciliación, en virtud de que este tipo de resolución de conflictos no busca evitar la imposición

⁴³ Luis Parraguez & Juan Carlos Darquea, *La arbitrabilidad del daño moral*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje (2016), 97.

⁴⁴ Juan Carlos Aguirre Márquez, *Materia Transigible: Requisito para la Mediación*. Derecho Ecuador: recopilación de artículos de doctrina académica (2014).

⁴⁵ Artículo 2351, Código Civil, 2019.

⁴⁶ Ver, Título X, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁴⁷ Ver, Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

de sanción que manda la ley, sino invita a la construcción de un acuerdo para reparar a la víctima de la mejor manera. A consecuencia de ello, el individuo infractor podría cumplir con su obligación generada, se esperaría una reconciliación y perdón con la víctima, así como la posibilidad de su reinserción social. En virtud de ello, se permitiría que la mediación penal sea usada como herramienta para cumplir con los fines restaurativos de una justicia más proteccionista de los intereses de la víctima y el infractor.

2.2. Mediación penal como herramienta de la justicia restaurativa.

Después de haber revisado las generalidades y conceptualización de la mediación penal, queda claro que sus alineaciones están inspiradas en la justicia restaurativa, la cual se define como un conjunto de valores y principios que determina una forma de asumir responsabilidad de las obligaciones generadas por un daño causado, y que para su aplicación necesita apoyarse en diversos modelos de solución de conflictos como lo es la mediación⁴⁸. Por lo que se entiende que la mediación penal no es un sinónimo de justicia restaurativa⁴⁹. Únicamente es un vehículo conductor para cumplir sus fines propuestos.

Rita Mill señala que la justicia restaurativa tiene como fin la indagación de soluciones para la víctima y para el imputado -por medio de la reparación del daño y reinserción social-, del cual se genere la reconciliación de las partes y el fortalecimiento de la sociedad colectiva⁵⁰. Por su parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, en la sentencia no. 9-17-CN determina que:

[I]a justicia restaurativa permite cumplir con el fin socio-educativo de las medidas. Por un lado permite asumir la responsabilidad de forma consciente; por otro, permite el encuentro con la víctima y viabiliza la reparación de los daños por el cometimiento de un ilícito. (...) ya que no se centra en la investigación y sanción del delito per sé. Pues considera al hecho como un conflicto, en el que la víctima puede ser parte de encontrar la solución, comprendiendo sus circunstancias sociales, de tal forma que el proceso y la medida sean formativos⁵¹.

Por lo que se entiende que el fin de la justicia restaurativa se basa en brindar una solución inmediata al conflicto de forma justa⁵², por medio de la reparación a la víctima y la reinserción del autor de los hechos a la sociedad. Ello, tras haber asumido la responsabilidad del daño de manera consciente, por medio de la reparación integral a la víctima.

⁴⁸ Virginia Domingo de la Fuente, “Entrevista a Howard Zehr, en una mirada hacia la justicia restaurativa. Recuperando el derecho perdido.” En *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido*, Revista de Criminología y Justicia (2012), 115-117.

⁴⁹ Virginia Domingo de la Fuente, “Acerca de qué es mediación, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos” en *Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido*, Revista de Criminología y Justicia (2012), 12-14.

⁵⁰ Ver, Rita Mill, *Mediación Penal*, Ed. 1 (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013), 208.

⁵¹ Causa no. 9-17-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de julio del 2019, párr. 53.

⁵² Ver, Juan Alberto Díaz, *Propuestas para la práctica de la mediación penal. Delitos patrimoniales cometidos entre parientes y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista para el análisis del derecho (2011), 6.

En el derecho penal, uno de los fines de la sanción es la constitución de la reparación del daño, el cual debe incluir la indemnización a la víctima por los daños y perjuicios económicos, morales o psicológicos. Asimismo, es un elemento clave la reparación social o comunitaria a través del comportamiento positivo, activo y voluntario del infractor por medio del reconocimiento de los hechos y asunción de responsabilidad, restableciendo la paz social alterada⁵³. Por lo que ambos elementos encajan de manera armónica a los fines de la pena.

Con respecto a la reparación, el artículo 78 de la CRE prescribe que la reparación integral “incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado”⁵⁴. Si bien el derecho penal, de manera clásica, ha buscado imponer una pena retributiva en sus decisiones judiciales, usualmente no ha logrado acaparar una reparación completa a la víctima del delito, a pesar de que la Carta Magna prescriba la necesidad y relevancia de su inclusión. Por medio de la mediación penal se busca el restablecimiento de los intereses afectados mediante el reconocimiento de responsabilidad del autor y el compromiso de cumplimiento de obligaciones que se generaron a partir del delito⁵⁵. La recuperación del orden se obtiene a través de la reparación, la cual deberá abarcar una compensación económica, ética, moral y social - material e inmaterial-; recuperando los lazos quebrados entre la víctima – infractor – sociedad.

Así, la mediación se convierte en un instrumento de prevención general positiva para la teoría de la pena que reconoce la CRE, como se ha analizado [*Supra* § 1], al generar una suerte de análisis y reflexión sobre el daño causado para evitar el cometimiento futuro, basados en la idea de que “si no se conoce la verdad, no se puede lograr justicia”⁵⁶. Basado en lo expuesto, la mediación tiene justamente como fin, permitir el acercamiento de manera pacífica. La motivación durante el procedimiento será un elemento de suma importancia para lograr una mejor reparación, sin la necesidad de un proceso extenso. Ricardo Vaca Andrade establece que “una solución directa entre los afectados es mucho mejor o más efectiva, que la iniciación de un tedioso proceso penal, que, finalmente, desembocará en un arreglo pecuniario que cubra los daños y perjuicios causados”⁵⁷.

⁵³ Ver, María Ángeles Cano, *La mediación penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 209.

⁵⁴ Artículo 78, Constitución del Ecuador, 2008. También ver, Artículos 11, 77 y 78, Código Orgánico Integral Penal, 2014. Sobre los derechos de la víctima en los que se incluye la reparación integral y su forma de aplicación para las víctimas.

⁵⁵ Ver, María del Mar Carrasco, *La mediación del delincuente – víctima: el nuevo concepto de Justicia Restauradora y la reparación*, Revista para Jueces para la democracia (1999), 82.

⁵⁶ Ver, María Ángeles Cano. *La mediación penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 214.

⁵⁷ Ricardo Vaca, *Alternativas al ejercicio de la acción Penal* (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 28

Por lo que los efectos de la reparación pueden resultar en un beneficio para el autor del delito, ya que la pena puede disminuirse si existe colaboración para la reparación; y, en algunos casos, a la resocialización y reeducación del individuo, al hacer conciencia del daño producido.

Ramón Sáez expone que la reparación es un medio eficaz para pacificar el conflicto en el cual la tensión de la víctima se reduce y previene la reiteración del hecho similar, dado que atiende a dos dimensiones fundamentales: la atribución de responsabilidad y atención psicológica⁵⁸. Por ende, los acuerdos a los que se lleguen por reparación pueden consistir en prestaciones o servicios por parte del autor a favor de la víctima. A ello, se debe armonizar la restitución de las cosas, que no es más que la devolución al perjudicado del objeto o bien del que se ha desposeído, si corresponde a un delito patrimonial o puramente económico, que sea ajeno al daño moral o psicológico. Hasta este punto, queda claro que los protagonistas para resolver el caso serán las partes, en tanto mantengan una participación equitativa. Empero, ¿qué sucede con el poder punitivo que tiene *per se* el Estado al momento de dirimir un conflicto de carácter público? ¿Se considera a su intervención como innecesaria? A consecuencia de ello, ¿Es la víctima quien pasa a tener el poder punitivo supuestamente arrebatado?

2.3. Mediación penal, el *ius puniendi* del Estado y el *ius puniendi* de la víctima.

De manera general, el derecho penal ha sido una atribución plena de control por parte del Estado a través de la administración de justicia. Al introducir a la mediación como una vía alterna procedimental del proceso penal, podría suponer un peligro para el poder punitivo del Estado o la privatización del derecho penal⁵⁹. Sin embargo, la mediación penal tiene un carácter particularmente público, debido a que corresponde a los poderes y órganos estatales definir la forma de su aplicación, los límites, las garantías procesales y su observancia para evitar posibles abusos o vulneraciones⁶⁰.

Barona Vilar, establece que la mediación de ninguna manera afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que los resultados del procedimiento van a ser revisados por el juez de garantías penales, de manera que atribuyan eficacia y validez jurídica⁶¹. Por lo tanto, se hace hincapié en el hecho que la mediación no tiene como fin reemplazar al sistema de justicia penal, únicamente sirve como herramienta complementaria.

⁵⁸ Ver, Ramón Saez, *La mediación Penal, una metodología judicial para ocuparse de la reparación y de la resocialización*, Boletín informativo del Ministerio de Justicia (2008), 1673.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ Ver, Julián Ríos, “Mediación, conceptos básicos”, en *Documento ideológico sobre Mediación Penal* (Madrid: Editorial Cuadernos digitales de formación, 2010), 15.

⁶¹ Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 24.

En este sentido, el objetivo de la mediación penal no pretende que el Estado renuncie a la titularidad del *ius puniendi*, en el que los particulares tengan un poder absoluto para disponer la solución total del conflicto. La mediación penal nace del proceso penal, en tanto pueda dar una solución integral en el que ambas partes resulten beneficiadas, no solo en un ámbito pecuniario, sino de rehabilitación y restablecimiento del orden⁶², aquello que en la legislación ecuatoriana se conceptualiza como reparación integral. Y, vuelve a él cuando los acuerdos obtenidos deben ser revisados y aprobados en tanto no exista vulneración al ordenamiento jurídico ni a los derechos protegidos.

Existen diversas críticas en las cuales se establece que el Estado, al dar la apertura de participación activa a la víctima para resolver el conflicto penal, ocasiona la existencia de problemas de legitimación política, en los cuales únicamente se cumple el deseo de venganza de la víctima y la pérdida del poder punitivo del Estado; obteniendo como resultado la privatización del derecho penal y la reducción de derechos civiles⁶³. Desde esta posición doctrinal, es importante aclarar que el fin del derecho penal es minimizar esta doble violencia⁶⁴. En ese sentido, la función de la pena es restablecer la igualdad entre el autor y la víctima que fue quebrada por quién cometió el delito⁶⁵, lo cual podría verse solucionado mediante la restitución e indemnización civil de las mismas.

Partiendo de lo expuesto, al otorgar el derecho a la víctima para determinar el castigo para autor del hecho, -de manera subjetiva- se entendería como el traspaso de un derecho público del Estado, al derecho individual de la víctima. Su sed de venganza, provocaría que la reparación esté encaminada a perjudicar y vulnerar los derechos del infractor. Sin embargo, al momento de aplicar la mediación penal, no hace más que tomar en cuenta el derecho procesal fundamental de las partes: la tutela judicial efectiva reconocida en la CRE⁶⁶.

En principio, este derecho suele ser esgrimido en favor de los delincuentes o en la protección de derechos de la víctima en casos de extrema indefensión⁶⁷. En el ámbito de este sistema restaurativo, la aplicación de la tutela judicial efectiva ampara los derechos e intereses

⁶² María Ángeles Cano, *La mediación penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 80.

⁶³ Ver, Peter Alexis Albrecht, "La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal", en *La víctima en el sistema penal, Una perspectiva Jurídica y criminológica*, Ponencia del Seminario en la Universidad de Talca (2013), 56 - 58.

⁶⁴ Se determina como doble violencia a la fuerza del imputado contra la víctima al cometer el ilícito; y, fuerza de la víctima al imponer su sanción como venganza de lo ocurrido. Similar a lo que ocurre en la ley de Talión.

⁶⁵ Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 103.

⁶⁶ Artículo 75, Constitución del Ecuador, 2008.

⁶⁷ Ver, Myriam Herrera, *La hora de la víctima: compendios victimológicos* (Madrid: Editorial Edersa, 1996), 273.

de las partes, mediante su intervención en la búsqueda de resolver el conflicto. Esto no significa que las partes van a tener libre albedrío para disponer una solución. En la mediación penal, la víctima encuentra mayor protección y satisfacción para obtener la reparación del daño, de manera económica, material, moral y/o simbólica⁶⁸.

En ella, se adquieren a plenitud los derechos reconocidos, al dar una respuesta judicial en derecho y facilitar la reinserción social del imputado, así como su participación responsable para resolver el conflicto, en el que haya una reflexión sobre el sufrimiento causado a la víctima, resultando ser mucho más garantista y ajustada al concepto constitucional de tutela judicial efectiva. Por lo que, en efecto, se da el derecho a la víctima para participar en la construcción de una solución que pueda reparar el daño, más no de sancionar el hecho delictivo. Este último se encuentra en total facultad del Estado mediante su poder judicial.

Se desprende de esta sección que, si bien la mediación penal podría considerarse como materia que no se puede transigir, existe la posibilidad que se pueda incluir dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda vez que el mismo prescribe la apertura de aplicación de los MASC, estableciendo a la conciliación como uno de los mecanismos a usar. Por lo mismo, se esperaría una aplicación análoga de la mediación penal, por su cercano parecido con las características y procedimiento de la conciliación [*Supra 2.1*].

Bajo esta línea, la aplicación de la mediación penal permitiría cumplir con los fines establecidos de la justicia restaurativa, al actuar como un medio para que el infractor reconozca de manera consciente su responsabilidad, para así reparar el daño ocasionado a la víctima de una manera más justa [*Supra 2.2*]. Empero, esto no significa que la víctima va a tener una carta abierta para generar obligaciones al infractor ajenas al hecho jurídico. De igual manera, el Estado mantiene su rol sancionatorio y restaurativo, al tener la obligación de supervisar y validar los acuerdos obtenidos de la mediación [*Supra 2.3*]. Después de atender a las generalidades y dudas que pueden surgir de la mediación penal, a continuación se especificará como podría ser su aplicación acorde a legislación ecuatoriana, destacando las bondades y beneficios que trae consigo, frente a otros mecanismos ya existentes en el ordenamiento.

3. Aplicabilidad de la mediación penal en el Ecuador.

En el Ecuador, el derecho penal permite la aplicación de los MASC en el Título X del COIP⁶⁹, cuyo artículo 662 establece las reglas básicas que deben seguir para ser aplicadas. Estas

⁶⁸ Ver, Juan Francisco Mejías, “Antecedentes, conceptos y fundamentos básicos” en *Curso de Mediación Penal*, (Madrid, Editorial Cuadernos digitales de formación, 2009), 16.

⁶⁹ Ver, Título X. sobre los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos, Código Orgánico Integral Penal, 2014

son: i) consentimiento libre y voluntario de las partes; ii) acuerdos con obligaciones proporcionales al daño causado; iii) no es causa de admisión de culpa a la participación del procesado; iv) el acuerdo no es fundamento para establecer una pena o un agravante; v) los facilitadores⁷⁰ deben ser imparciales; y, vi) las partes pueden tener un defensor público privado. Partiendo de sus directrices bases, esta área del derecho se contempla de manera expresa a dos MASC que pueden ser usados para materia penal: a) la conciliación⁷¹, y, b) la mediación penal.

Sobre la conciliación, Rita Mill la define como un procedimiento mediante el cual, un tercero ayuda a negociar a las partes, pudiendo emitir una opinión que inflencie a las decisiones de las partes⁷². Generalmente, la intervención se realiza por un tercero vinculado en el proceso, que de manera usual tiende a ser el juez o el fiscal, quien participa de manera activa en la generación de opciones y propuestas para la solución del conflicto⁷³. Su aplicación puede darse únicamente en los casos previstos por el artículo 663 del COIP, la cual detalla lista taxativa de delitos sujetos a este método alternativo⁷⁴, y se puede presentar en cualquier momento previo a la finalización de la etapa de instrucción⁷⁵.

En el caso de la mediación penal, su existencia se da de manera indirecta, ya que no se encuentra regulada en sentido amplio dentro del COIP, para ser utilizada por cualquier sujeto activo⁷⁶, como sucede en la conciliación. Este tipo de MASC se reconoce en el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA), el cual permite su aplicación específica en procesos penales de menores infractores. El artículo 348-A la define como “el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, para la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados”⁷⁷. Bajo esta descripción, se entendería como si la mediación penal puede ser aplicada únicamente en delitos cometidos por menores infractores. Sin embargo, como se ha demostrado [*Supra* 2.1], la mediación penal podría ser aplicada para el cometimiento de delitos por un sujeto activo indeterminado. Obviando a aquellos delitos que ciertamente

⁷⁰ Dentro de los MASC, no todos los terceros que se ven involucrados para resolver el conflicto pueden ser llamados facilitadores. Dado que las características que los revisten, van a variar de acuerdo al método alternativo que vaya a ser aplicado. Se pueden llamar así, a aquellos terceros que no tienen ningún poder de decisión durante el procedimiento, como es el caso de los conciliadores, negociadores y mediadores.

⁷¹ Ver, Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁷² Ver, Rita Mill. *Mediación Penal*. Ed. 1 (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013), 222.

⁷³ Teresa Del Val, *Gestión del Conflicto Penal* (Buenos Aires: Astrea, 2012), 139.

⁷⁴ Ver, Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal, 2014. Ver Reglamento para la Conciliación en Asuntos Relacionados con Infracciones de Tránsito, Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura No. 327. R.O. 399, publicado el 18 de diciembre de 2014, 1.

⁷⁵ Ver, Artículo 665, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁷⁶ Se denomina sujeto activo a la persona que comete el delito.

⁷⁷ Ver, Artículo 348-A, Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737. publicado el 03 de enero del 2003, reformado por última vez el 29 de julio del 2019.

“afectan al Estado, a la sociedad o a la seguridad jurídica, (...) en los cuales, el Fiscal, ineludiblemente, debe proceder penalmente contra los presuntos responsables”⁷⁸.

En ese sentido, para que resulte oficiosa su existencia jurídica; a criterio propio, se considera que los delitos que se pueden abarcar para su aplicación podrían ser los delitos descritos en el artículo 663 del COIP⁷⁹ y delitos de acción pública -siempre y cuando no contravengan el orden público⁸⁰-, considerando la posibilidad de atravesar las dos limitaciones establecidas para la Conciliación: i) delitos sancionados con pena privativa de libertad hasta cinco años, y ii) delitos patrimoniales cuyo monto no supere los treinta salarios básicos del trabajador en general⁸¹.

Acercas de la primera limitación, es factible vencerla siempre y cuando la sanción de privación de libertad sea entre los cinco a diez años. Con respecto a la segunda limitación, se propone la superación de este límite para habilitar la mediación a aquellos casos cuya valoración material supere a los treinta salarios básicos. Esto, sin perjuicio de ser utilizado de manera facultativa en casos en los que ya se prevé y se sugiere la aplicación de un MASC, como es la conciliación.

La aplicación de la mediación en este campo puede ser una realidad, ya que permite la combinación de dos principios rectores del Derecho Penal discutidos [*Supra* § 2], sobre la mínima intervención estatal y la oportunidad. Su conexión es más fuerte y evidente en este punto, ya que se pretende aplicar a la mediación como un mecanismo de solución al conflicto existente, previo a la intervención de la soberanía estatal a través de la investigación o inicio del Proceso. Pese a que en algunas circunstancias es necesaria la intervención mínima del Estado, no todos obran en favor de la víctima y el victimario, pues únicamente buscan cumplir de manera objetiva su trabajo. Entonces, si alcanzar la justicia es la finalidad primordial, no pueden descartarse los medios alternativos de solución de conflictos, “ (...) ya que dar a cada uno lo suyo es también una finalidad del Derecho Penal y no exclusivamente la de castigar a los delincuentes, como antes se creía”⁸².

⁷⁸ Ricardo Vaca, *Alternativas al ejercicio de la acción Penal* (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 24.

⁷⁹ Hace referencia a aquellos delitos contra la propiedad que superen el monto especificado en el artículo citado, las contravenciones penales y los delitos de tránsito sin resultado de muerte.

⁸⁰ Se excluye de manera expresa a las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

⁸¹ Ver, Artículo 663. Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁸² Ricardo Vaca, *Alternativas al ejercicio de la acción Penal* (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 28.

En virtud de ello, como primer punto se propone la forma de aplicación de la mediación durante el proceso penal, desde un enfoque doctrinario en armonía con la legislación ecuatoriana existente, con miras a que se considere su inclusión en el ordenamiento jurídico [3.1]. Posterior a ello, se realizará un análisis de la aplicación de la mediación penal, destacando los beneficios que posee frente a la conciliación y al procedimiento abreviado [3.2]. Ya que el Código no contempla una disposición intermedia para situaciones que superen los límites establecidos en la norma o que puedan causar un beneficio al ser aplicados en una etapa específica que el COIP no contempla.

3.1. Etapas procesales en las que se puede aplicar la mediación penal.

De manera general, El Código Orgánico General de Procesos⁸³ (en adelante COGEP), prescribe que la mediación se puede dar en dos etapas: i) audiencia preliminar, y ii) audiencia de juicio, para el cumplimiento de sentencia o sobre parte del proceso. En el caso de tratar temas de materia penal, hay una ausencia de norma expresa para delimitar su aplicación. Empero, es importante considerar que su aplicación va a tener una variación sustancial ya que no podrá ser llevada a cabo en cualquier fase. Bajo esta lógica, la presente sección tiene como objetivo plantear la posible aplicabilidad de la mediación penal, a la luz y en armonía con la legislación ecuatoriana. La cual podría servir como inspiración para el legislador en sentar una reforma a la sección de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos, para que pueda ser incluida como una alternativa para resolver controversias en el COIP.

Está entendido que la mediación penal busca ser un proceso sin limitaciones para llegar a un acuerdo, en tanto su objetivo sea dar una solución que pueda ser cumplida por las partes con base en su tiempo, disposición y estado actual con respecto a su economía, posición social, entre otros⁸⁴. Sin olvidar la necesidad de tener un sustento legal que permita su aplicación en cada fase y que lo vincule al proceso para que tenga la eficacia jurídica pertinente⁸⁵. Barona Vilar⁸⁶ establece que la mediación penal puede llevarse a cabo en 2 momentos: i) mediación pre-procesal y ii) mediación intra-procesal⁸⁷, en la que la presencia del fiscal como parte no es

⁸³ Artículo 234, Código Orgánico General de Procesos, R.O. 506, publicado el 22 de mayo del 2015, reformado por última vez el 29 de junio de 2019.

⁸⁴ Ver, Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 328-334.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ De acuerdo con el artículo 589 del Código Orgánico Integral Penal, el proceso penal tiene las siguientes etapas, posterior a la denuncia: i) Instrucción fiscal, ii) Etapa evaluatoria y preparatoria de juicio y iii) juicio. La etapa de investigación previa y formulación de cargos únicamente permiten reunir elementos de convicción para que el fiscal pueda decidir si se va a iniciar el proceso o no.

obligatoria debido a que como se ha analizado [*Supra* § 2], el mediador deberá ser una persona especializada, “concedora de la aplicación del derecho penal al caso concreto, mediante la imposición de normas y medidas de seguridad”⁸⁸. En ese sentido, bastaría con la presencia del infractor y la víctima en conjunto con el mediador, sumándose de manera opcional a sus procuradores judiciales, si las partes así lo requieren.

Con respecto a la mediación pre-procesal, se establece la posibilidad de que la mediación se de lugar cuando el juez o fiscal insten a las partes a llegar a un acuerdo durante la investigación del caso -incluso hasta la fase de formulación de cargos-, en el que el proceso no se ha iniciado de manera formal o expresa⁸⁹. Sin embargo, para que el acuerdo surta efecto, existe la necesidad que se dé un proceso corto para homologar el acuerdo obtenido y sancionar con las otras medidas que pueda establecer cada delito.

En el caso de la mediación-intraprocesal, el procedimiento de la mediación menal va a tener lugar una vez que el proceso haya iniciado. Por lo que termina siendo un complemento perfecto para el proceso judicial⁹⁰. Pues, la mediación intra-procesal permite ser realizada hasta el inicio de la fase evaluatoria y preparatoria de juicio. Si se lleva a cabo la mediación en esta fase, el fiscal deberá solicitar de inmediato una audiencia al juez de garantías penales, para presentar el acuerdo construido.

En cualquier etapa de su aplicación, una vez cumplido el acuerdo pactado, se puede dar como resultado que el juez tome dos tipos de decisiones: i) Se podría dictaminar un sobreseimiento de libertad definitiva o provisional a causa de la mediación, con medidas que permitan verificar el cumplimiento del acuerdo y por ende, el archivo del caso; o, ii) podría establecer una disminución de la pena fijada por la Ley ⁹¹.

Tomando como referencia el proceso establecido para la conciliación penal⁹² por ser un tipo de MASC reconocido en el COIP, la mediación penal podría suscitarse en cualquier momento hasta antes de la conclusión de la etapa de la instrucción. Lo cual significa que este método puede tener carácter intrajudicial o extrajudicial. Esto no es un problema para la mediación, pues doctrinariamente⁹³, esta facilidad y flexibilidad de aplicación para encontrar una solución, es lo que la caracteriza como un método alternativo diferente. En el caso de

⁸⁸ Silvia Barona, *Mediación penal: fundamento, fines y régimen jurídico* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011), 353.

⁸⁹ *Id.*, 328-334.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Ver, María Ángeles Cano, *La mediación penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi. S.A., 2015), 224.

⁹² Ver, Artículo 65, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁹³ Ver, Arturo Ortiz, *Mediación Intrajudicial y Extrajudicial, dos caras de una realidad*. Revista jurídica Online Lawyerpress (2014).

suscitarse en la etapa preprocesal o extrajudicial, el proceso de investigación se suspendería al igual que en la etapa intrajudicial; la cual se podría detener en cualquier momento antes de la finalización de la instrucción.

En el caso de llegar a un acuerdo, en efecto, el juez deberá tener conocimiento del documento firmado, otorgando un tiempo específico de cumplimiento para verificar su correcta ejecución. En este punto, al igual como lo establece la doctrina, el juzgador puede determinar dos efectos como resultado de la mediación: i) el archivo del caso y la extinción del ejercicio de la acción penal⁹⁴ o, ii) atenuar la pena impuesta⁹⁵. Sobre la primera, se toma como referencia a las reglas generales establecidas en el artículo 665 del COIP, cuando las partes han llegado a un acuerdo y éste se ha cumplido a cabalidad. Con respecto al segundo, se propone como atenuante al cumplirse con el numeral 4, del artículo 45 del mismo Código, por reparar integralmente de manera voluntaria a la víctima⁹⁶. Todo va a depender del delito sobre el cual se quiera llevar a cabo la mediación y el momento procesal oportuno en el cual va a ser aplicado. En ese sentido, la aplicabilidad de la mediación propuesta a lo largo de esta sección para el área penal, deberá ir *mutatis mutandis* sobre la materia a la que se puede aplicar, - mediante una reforma de ley- para que pueda ser incluida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.2. Mediación penal, conciliación y procedimiento abreviado

Como se ha establecido [*supra* § 2], la mediación penal puede ser una figura aplicada en casos que la ley habilite a un procedimiento alternativo que permita facilitar la solución del conflicto, en beneficio del procesado. De ninguna manera se busca implantar a esta nueva figura en el Código como un reemplazo a los mecanismos ya existentes. El propósito de su implementación se fundamenta en brindar las herramientas idóneas en el proceso penal, para garantizar el debido proceso de las partes procesales⁹⁷, basados en la doctrina explicada [*Supra* 3.1.] en armonía con la legislación vigente.

De *prima facie*, el COIP prevé dos posibles procedimientos alternativos en beneficio del victimario: i) la conciliación⁹⁸ y, ii) procedimiento abreviado⁹⁹. Como se explicará a continuación, la mediación no alteraría su aplicación, sino que se emplearía en los casos que

⁹⁴ Ver, Artículo 416, numeral 3, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁹⁵ Francisco Álvarez, *Sobre algunos aspectos de la atenuante de la reparación a la víctima* (España: Cuadernos de Política Criminal, 1997), 261.

⁹⁶ Ver, Artículo 45, numeral 4, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁹⁷ Ver, Rita Mill, *Mediación Penal*, Ed. 1 (Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2013), 214-222.

⁹⁸ Ver, Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

⁹⁹ Ver, Artículo 635, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

ambos procedimientos no contemplan o están limitados, y de manera facultativa para los casos análogos, en caso de brindar un beneficio para las partes.

3.2.1 Mediación vs. Conciliación

En párrafos previos se ha determinado los casos específicos en los que la conciliación puede ser aplicada. *Ergo*, no está por demás destacar que el empleo de este MASC se encuentra habilitado para delitos determinados con limitaciones específicas¹⁰⁰, y se puede presentar hasta antes de la finalización de la etapa de Instrucción. En el caso de cumplimiento, el juez puede extinguir la acción penal¹⁰¹; y en el caso de incumplimiento, se procederá a dar continuidad al proceso ya iniciado. En el caso de la mediación penal, el procedimiento se aplica de manera análoga al igual que los delitos que permite la ley, en razón de proteger al orden público.

A pesar de los beneficios y casos descritos para la conciliación y los sugeridos para la mediación penal, ambos métodos no se contraponen, debido a que la segunda tiene como fin poder ser aplicada a delitos que i) superen el monto establecido en la ley y, ii) que tengan un sanción privativa superior a cinco años, siempre y cuando no contravenga al interés social. Se considera posible su aplicación de manera facultativa, siempre y cuando para la defensa resulte la mejor opción en beneficio de las partes y no travesarse en un proceso penal.

3.2.2 Mediación vs. Procedimiento abreviado.

En el caso del Procedimiento abreviado, es importante matizar la figura que éste representa en el COIP. El artículo 634 de dicho Código lo clasifica como un procedimiento especial, al cual el Consejo Consultivo de la Función Judicial lo define como:

[u]na alternativa al juicio penal ordinario, el cual supone un acuerdo entre el procesado y el fiscal, en virtud de que el primero admite el hecho fáctico que se le atribuye y consiente en someterse a este procedimiento y, el segundo, solicita la imposición de una pena¹⁰².

Esta figura nace en los años 70 en Estados Unidos, en el caso *Brady c. Estados Unidos*, donde se acepta la figura “Plea Barging” o “admisión de culpabilidad negociada” en la que el Estado da beneficios procesales a todo aquel que se declare culpable, cuando fiscalía tiene problemas en su trabajo¹⁰³. Empero, este procedimiento solo sirvió como base para codificarlo en la legislación ecuatoriana, pues sus diferencias son abismales. En Estados Unidos, esta figura se aplica en cualquier delito, pudiendo negociar no solo la pena, sino también los hechos.

¹⁰⁰ Ver, *Supra* § 2.

¹⁰¹ Ver, Artículo 665, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹⁰² Política No. 001-2011. Consejo Consultivo de la Función Judicial. Sesión de. 15 de febrero de 2011. Ver. Jorge Touma, *El procedimiento abreviado: entre la eficacia judicial y el derecho a la no inculpación* (Quito, Editorial Corporación Nacional, 2017), 11.

¹⁰³ Ricardo Vaca, *Alternativas al ejercicio de la acción Penal* (Quito: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 50.

Al contrario, en Ecuador, el artículo 635 del COIP prescribe que el procedimiento abreviado únicamente puede ser aplicado en delitos con sanción privativa de libertad de cinco a diez años, en el que se puede negociar la reducción de la pena. La petición para acogerse a este procedimiento puede darse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la etapa evaluatoria de juicio. Veinticuatro horas después de haber presentado la solicitud, el juez llama a las partes a una audiencia, para determinar su aceptación o rechazo a la aplicación del procedimiento¹⁰⁴.

Los beneficios que se podrían presentar por parte de la mediación penal frente al procedimiento abreviado se verían reflejados en la posibilidad de atenuar la pena al victimario por la colaboración a la reparación de la víctima, como prescribe el artículo 45 del COIP. Asimismo, el evitamiento de un proceso externo de acusación particular en el que se exijan todas las medidas reparatorias de la víctima. Ello, en virtud que en el acuerdo ya se ciñe la resolución del conflicto de manera integral, en el que se cubren todos los detrimentos ocasionados por el procesado.

Si bien es cierto, en esta etapa se podría considerar como opción viable que la defensa del procesado elija un procedimiento especial abreviado, por la ratificación de la culpa por parte del procesado, la sanción va a ser menor y más favorable. Sin embargo, a la luz del beneficio mutuo de las partes, la mediación difiere de este proceso al brindar la oportunidad de establecer un método facilitativo de resarcimiento para la víctima, y a la vez entregando un incentivo procesal al victimario para que colabore en el proceso de sanción. De hecho, en el supuesto no consentido que Fiscalía no conceda el procedimiento abreviado al procesado¹⁰⁵, la mediación penal puede tener lugar para solucionar el conflicto sin restricción. Por lo que una vez más, resulta ser un método beneficioso para el sistema penal.

Después de haber entendido cómo se podría aplicar a la mediación en las fases de un proceso penal [*Supra* 3.1], frente a las otras alternativas procedimentales existentes en el COIP [*Supra* 3.2], se establece que las materias susceptibles a ser resueltas por este MASC, en principio serían aquellas detalladas en el artículo 663 del COIP, como son los delitos contra la propiedad, delitos de tránsito, contravenciones y todos aquellos delitos que no superen la pena privativa a cinco años¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ver, Artículos 635-639, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹⁰⁵ Ver, Artículo 639, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹⁰⁶ Ver, Artículo 663, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

Para visualizar de manera clara la aplicabilidad de la mediación penal conforme a lo que se ha expuesto, se ha considerado oportuno citar en la siguiente sección, a manera de ejemplo, a determinados delitos contra la propiedad¹⁰⁷. Ello, en virtud que ninguno de estos delitos compromete a los bienes jurídicos protegidos sobre la vida, la administración pública, el honor e integridad sexual, entre otros. Por lo mismo, la aplicación sería más concreta, pudiendo inspirar al legislador la posibilidad de que se incluya este mecanismo de manera expresa al ordenamiento.

4. Mediación penal aplicada a los delitos contra la propiedad.

Para entender mejor la aplicación de la mediación en delitos contra la propiedad, es menester entender de manera breve, a qué se refiere el concepto de propiedad y cómo puede llegar a ser afectado. El derecho a la propiedad tiene varias acepciones¹⁰⁸. En el derecho civil, el artículo 599 del CC determina a la propiedad¹⁰⁹ o dominio, como un “derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella”¹¹⁰. En otras palabras, es el derecho que se tiene sobre las cosas.

En materia penal, el concepto de propiedad comprende el conjunto de bienes que posee una persona y que integran a su patrimonio¹¹¹. Este no cuestiona al derecho *per se* que se tiene sobre la cosa, ya que este derecho de propiedad es inherente a la persona, no se pierde ni se despoja, únicamente lo que se quitaría es una de las características que establece el CC: la disponibilidad del dueño, la cual genera un perjuicio o detrimento económico dentro de su patrimonio¹¹² -ya que hay una disminución o impedimento de cumplir con los fines económicos del propietario -. Bajo esta premisa, Molinario y Aguirre Obario determinan que este tipo de delitos deberían llamarse “Delitos Patrimoniales”¹¹³ ya que se atenta contra los elementos del patrimonio.

La penalización de este tipo de delitos no ha limitado su cometimiento, ya que los procesos penales siguen aumentándose de manera considerable. En Ecuador, en el primer corte

¹⁰⁷ Los delitos patrimoniales considerados como materia transigible son: hurto, abigeato, extorsión, usura, estafa, y ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras.

¹⁰⁸ Edgardo Donna, *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II-B* (Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni. 2007), 11.

¹⁰⁹ Resolución No. 143-2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de los Civil y mercantil de la Primera Sala, R.O. 352, 21 de junio 2001.

¹¹⁰ Artículo 59, Código Civil, 2005.

¹¹¹ Ver, Carlos Tozzini, *Los delitos de hurto y robo* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1995), 82-90.

¹¹² Edgardo Donna, *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo II-B* (Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni. 2007), 12-15. De acuerdo con el Autor, el patrimonio comprende a los bienes y posiciones valorables de una persona, reconocidos como derechos, siempre y cuando no contravengan con el orden público y las disposiciones de Ley concordantes.

¹¹³ Ver, Alfredo Molinario, & Eduardo Aguirre, *Los delitos* (Buenos Aires: Editorial Rodamillans),190.

del semestre anual del 2018 se registraron 23.386 denuncias por delitos contra el patrimonio, especialmente en el caso de robo¹¹⁴. Para el año 2019, el corte semestral arrojó 23.800 casos por los mismos delitos¹¹⁵. Sin considerar aquellos delitos del mismo tipo que no han sido denunciados¹¹⁶. Ello, en virtud de que a las víctimas no les interesa la sanción al individuo, únicamente les interesa su reparación, como se desprende de las conclusiones del estudio realizado¹¹⁷.

En el caso de las personas que inician el proceso, se encuentran con un sistema penal colapsado al que tendrán que someterse para poder obtener el reconocimiento de su derecho transgredido y la sanción oportuna al victimario. Esto, sin perjuicio de que los objetivos del derecho cambien, para cumplir únicamente con meras formalidades del proceso. Como resultado de ello, se deja a un lado el verdadero espíritu de su existencia: i) la sanción al individuo para que entienda su mal actuar y pueda reinsertarse en la sociedad, ii) la reparación a la víctima por el daño ocasionado, y, iii) el equilibrio de la sociedad para no revivir otro episodio igual. Jorge Zavala proclama que:

la pena no ha impedido la consumación de los delitos contra la propiedad, es el fenómeno de la reincidencia que, en cuanto a esta clase de delitos, es una realidad impresionante y que no se observa en una misma intensidad en otra clase de delitos. (...) La pena excesiva jamás ha sido la solución para evitar la delincuencia¹¹⁸.

Bajo esa lógica, se considera oportuna la presencia de la mediación penal, especialmente en los delitos contra el patrimonio. En este, la materia transigible versaría en una restitución para la víctima sobre los elementos patrimoniales arrebatados, considerando además la reparación por los daños ocasionados a la víctima. El victimario por su parte puede acogerse a los beneficios procesales descritos con anterioridad, así como su participación activa para entender el daño que generó -generando su arrepentimiento- y la posibilidad de alcanzar el perdón para que pueda reinsertarse en la sociedad.

Conforme a un estudio realizado en Australia, donde se encuentra regulada la mediación Penal, sus índices de reincidencia bajan de manera formidable¹¹⁹. El COIP contempla veinticuatro delitos en contra el derecho de Propiedad. Empero, para efectos de este trabajo,

¹¹⁴ Ver, Diario el Universo, “Guayaquil tiene más delitos en el Ecuador”, en *Base de datos Policía Nacional*, periódico ecuatoriano (2019).

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ Ecuador es uno de los países con más bajo índice de denuncia, ya que no se tiene una cultura de incriminación. Las personas suelen dejar pasar el “mal momento” para no generar uno nuevo.

¹¹⁷ Ver, “Guayaquil tiene más delitos en el Ecuador”, en *Base de datos Policía Nacional*, Diario el Universo, periódico ecuatoriano (2019).

¹¹⁸ Jorge Zavala, *Delitos contra la Propiedad* (Guayaquil: Editorial Edino, 1988).

¹¹⁹ Ver, Universidad Nacional de Australia, *Reintegrative Shaming Experiments*, Boletín de Australian institute of criminology (1995).

debido a su configuración práctica del tipo penal, se van a resaltar dos delitos que pueden ser sujetos a ser resueltos mediante la mediación penal propuesta [*supra* § 3], como es el delito de estafa [4.1] y el delito de usura [4.2]. Finalmente, de manera general se hará referencia a los otros tipos de delitos contra la propiedad que contempla el código [4.3], en el cual se aclara que la mediación penal puede ser aplicada, aún cuando existan otros mecanismos para ser resueltos.

4.1. Delito de estafa en la mediación penal.

Según al artículo 186 del COIP, la estafa, también conocida como estelionato, se configura cuando:

una persona, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercero¹²⁰.

Para entender mejor lo que comprende este delito, es importante realizar el análisis dogmático de su composición a través de la identificación de: i) el elemento objetivo¹²¹, y ii) elemento subjetivo¹²².

En el presente caso, con respecto al primer elemento se encuentra que los sujetos del delito -tanto activo como pasivo- son de carácter indeterminado¹²³. Sobre el núcleo del delito, la estafa tiene tres verbos rectores: i) obtención de beneficio patrimonial por medio de un perjuicio económico; ii) simulación, al fingir un negocio jurídico; e, iii) inducir, mediante la conducción a una percepción distinta a la realidad. El bien jurídico protegido que se vela es el patrimonio que va sufrir el perjuicio. En este tipo de delito se tiene un elemento especial objetivo sobre el medio comisario, que en este caso son de dos tipos: i) ardid, lo cual involucra una distorsión de la realidad -no una simple mentira- o, ii) engaño, que induce a caer en un error, distinto a la realidad. Como elemento subjetivo se determina al ánimo de lucrar, lo cual hace que este delito sea plenamente doloso.

Conforme a los dos mecanismos para resolver el conflicto existentes en el COIP, se establece que en el caso de la conciliación, ésta no encajaría ya que la pena privativa es mayor al límite establecido en su artículo 663 del COIP. En el caso del procedimiento abreviado, la

¹²⁰ Ver, Artículo 186, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹²¹ En el elemento objetivo se analiza el sujeto activo, el sujeto pasivo, el verbo rector o núcleo, bien jurídico protegido; y, de manera especial, se podría identificar tres elementos más: elemento normativo, de medio o temporal.

¹²² Se analiza la intención del sujeto activo: el dolo o la culpa.

¹²³ El delito se realiza por cualquier persona a cualquier persona. No hay un sujeto determinado que esté habilitado a cometer el delito, ni hay un sujeto específico que pueda ser víctima del mismo.

defensa podría elegir esta opción para el procesado, sin embargo, no se tiene total certeza que el juez acepte este procedimiento. Por lo tanto, el beneficio procesal que presenta este mecanismo sobre la reducción de la pena se mantiene incierta, ya que queda al arbitrio del juez su otorgamiento. De la misma manera, para la víctima puede verse omisa o insuficiente la reparación determinada por el juez, ya que no se concentrarán en elaborar un resarcimiento acorde al daño generado en particular. La determinación de la reparación integral que por ley debe dictar el juez, se realizará de manera objetiva.

Por el contrario, si se aplicara la mediación penal propuesta, los beneficios procesales surtirían efecto de manera directa, alcanzando lo esperado por ambas partes de acuerdo a sus intereses. En el caso del victimario, la reducción de la pena, sin que sea sujeto a discreción del juez, la construcción de reparación que por ley le corresponde a la víctima, adaptada su situación económica y social; y sumado a ello, la oportunidad de reinsertarse en la sociedad. Para el segundo, el beneficio recae en la recuperación de su patrimonio afectado, recobrando la confianza y seguridad en la colectividad en general.

4.2. Delito de usura en la mediación penal.

El COIP tipifica la configuración de la usura cuando una persona “que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, a una o más personas”. (...) Asimismo, “cuando una persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario”¹²⁴. En el presente delito, se detalla la existencia de dos tipos de usura: i) la directa y, ii) la indirecta. Con respecto a la usura directa, se distinguen como los elementos objetivos al sujeto activo y el sujeto pasivo, como indeterminados. En este tipo de usura existen dos verbos rectores: i) el otorgamiento y, ii) estipulación. Su elemento especial objetivo es de carácter normativo, el cual hace referencia al interés mayor permitido en la ley. Al caracterizarse por ser una norma penal en blanco -al dejar abierta la remisión a otra normativa- este delito se sujeta las disposiciones sobre intereses para préstamos, establecidos por el Banco Central¹²⁵.

Por otro lado, la usura indirecta se diferencia con sus elementos objetivos, con respecto al núcleo, que en este caso son: i) la simulación y el ocultamiento. En este tipo de usura no se tiene un elemento especial objetivo como tal, y el elemento subjetivo establece al dolo, por la intención de realizar un cobro adicional por medio del disfraz de un negocio jurídico, sin que

¹²⁴ Ver, Artículo 309, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹²⁵ Ver, Banco Central del Ecuador, *Tasas de interés*, Portal web, boletín oficial (2020).

el sujeto pasivo tenga conocimiento del trasfondo de su pago. En ambos casos, el bien jurídico protegido es el patrimonio al cual se causa el detrimento.

En este delito puede ser aplicada la mediación penal para resolver el conflicto; ya que al igual que la estafa, este delito tiene un bien jurídico protegido plenamente patrimonial. No puede ser resuelto por vía conciliatoria, en razón de las limitaciones contempladas el artículo 663 del COIP: por un lado, el monto establecido para ser conciliado, y por otro, excede el tiempo de privación de libertad fijado en la norma.

En el caso de tener como opciones posibles de aplicación a la mediación penal y al procedimiento abreviado, se instaría al defensor en tomar en cuenta los beneficios que se han destacado para la mediación penal [*supra* § 3], al igual que en la estafa, los cuales han estado siempre enfocados en satisfacer los intereses de las partes otorgándoles un privilegio, y no solamente con el cumplimiento objetivo del derecho procesal penal.

4.3. Mediación penal aplicada a otros delitos contra la propiedad.

A los delitos restantes tipificados dentro de los delitos contra de la propiedad¹²⁶; no se excluyen de la posibilidad de ser llevados a mediación penal, ya sea por motivos facultativos a la conciliación, ya que se considera como un proceso más eficaz e imparcial por las características que le revisten¹²⁷; o sea porque supera la limitación del monto establecido para este tipo de delitos, y por lo mismo no puede ser sujeta a conciliación.

De esta lista se excluye al robo y a otros delitos que puedan tener un componente de violencia, debido al mandato del artículo 665 del COIP analizado [*Supra* § 3], el cual excluye de manera expresa la posibilidad de transigir en delitos que se vulnere a la vida e integridad de la persona, al igual que la posibilidad de generar un espacio de revictimización para la víctima.

A criterio propio, existe la posibilidad que puedan ser llevados a mediación estos procesos, en razón de que este delito tiene un carácter plenamente patrimonial -por el despojo de bienes corporales-. En ese sentido, se podría mediar las lesiones ocasionadas a la víctima durante el cometimiento delictivo. De la misma manera, la revictimización no resultaría problema, ya que como se ha discutido en las características de la mediación, la flexibilidad que ésta extiende, admite que no haya necesidad que la víctima se exponga al victimario, bastaría que un representante legal o apoderado especial exprese los intereses para formar el acuerdo¹²⁸.

¹²⁶ Ver, Artículos 185-209, Código Orgánico Integral Penal, 2014.

¹²⁷ Se pone a consideración esta posibilidad, ya que todos estos delitos tienen una sanción privativa de libertad menor a los cinco años, lo cual permitiría que encaje con la vía conciliatoria.

¹²⁸ Carmen Cuadrado, *La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (2015), 1-20.

En definitiva, la aplicabilidad de la mediación penal podría convertirse en una realidad dentro de la legislación ecuatoriana, en razón de que su uso durante un proceso penal no vulnera ni desconoce derechos. Como se ha demostrado con la ejemplificación teórica para los delitos contra la propiedad [*Supra* § 4], este mecanismo facilita y agiliza el proceso, sin descuidar el otorgamiento de beneficios procesales y los intereses de las partes.

5. A manera de conclusión.

Varias han sido las ventajas que la mediación penal ha ido remarcando mientras se analizaba su funcionalidad. La aplicación de los principios de oportunidad y mínima intervención, son fundamentales para el entender que el uso del derecho penal debe ser de última ratio, en el caso de que exista la posibilidad de emplear mecanismos alternativos para solucionar el conflicto. Claro está, sin alterar el principio rector de legalidad para este tipo de procesos.

Queda sentado que la mediación penal puede ser una realidad en la resolución de conflictos de un delito, siempre y cuando la materia sea transigible y no vulnere al orden público. Si bien, en un inicio se pueden generar algunas confusiones o dudas sobre la posibilidad de llevar a cabo este tipo de mediaciones. Sin embargo, como se ha demostrado con anterioridad, hay delitos que pueden ser susceptibles a la aplicación de los MASC. Incluso, su lista podría ampliarse, toda vez que la construcción del acuerdo no obligue a omitir alguna norma o a vulnerar derechos.

Su aplicación no es más que brindar otro tipo de justicia, a través del diálogo y el trabajo en conjunto para buscar una solución viable. Esto permite y consolida la posibilidad de que se pueda dar una reparación integral y el victimario pueda ser reinsertado en la sociedad. De la misma manera, la colectividad también presentaría una gran ventaja, en torno a que si procede a una rehabilitación oportuna y controlada por las autoridades, el nivel de peligrosidad disminuiría en sus alrededores.

Es importante recalcar, que de ninguna manera el Estado pierde su poder punitivo al permitir que las partes encuentren una solución del conflicto, pues, la mediación penal únicamente actúa como un procedimiento facilitador para agilizar el proceso, con un resultado favorable y beneficioso para las partes. Esto no significa, que las partes pueden actuar con libre albedrío, ya que los acuerdos alcanzados van a ser sujetos de revisión por parte del Estado, y de acuerdo a su nivel de gravedad, éste buscara brindar los beneficios procesales más idóneos. Asimismo, en el presente trabajo se ha buscado realizar un bosquejo de como sería su

aplicación, basados en la normativa vigente que regulan a los MASC permitidos para ésta rama del derecho.

Como resultado, se concluyó que la mediación penal en efecto puede ser un medio idóneo para resolver conflictos. Su inclusión en la normativa no resultaría inoficiosa, ya que la aplicación para lo que fue prevista, cubre aristas que otros procedimientos no contemplan en su norma que los regula. Y aunque fuese aplicada de manera facultativa, frente a otros procesos se destacan sus beneficios, ya que la mediación penal es un MASC más especializado, el cual considera los intereses y posiciones de las partes para resolver el conflicto.

Con esto en mente, se decidió ejemplificar su aplicabilidad. En razón de ello se determina que la mediación penal puede ser aplicada en delitos contra el derecho de propiedad, al entender que el patrimonio despojado es el objeto del conflicto -bien jurídico protegido-, las partes podrían reunirse para construir un acuerdo matizado en el entendimiento de la figura a la que fue la víctima expuesta, para que el victimario comprenda la pérdida y perjuicio económico ocasionado. Posterior a ello, determinar una forma de restitución y reparación para la víctima, concluyendo con una suerte de perdón y reconciliación entre las partes, para que el victimario sienta la confianza de reinsertarse en la sociedad con miras a no volver a delinquir de la presente manera.

Si bien la mediación penal no es una realidad actual en la legislación ecuatoriana como se ha demostrado a lo largo del desarrollo del presente trabajo, empero existe la posibilidad de llegar a codificar dentro de la normativa pertinente mediante una reforma al COIP, salvaguardando los derechos y principios reconocidos en la Ley. Por lo que se espera que este pequeño intento de regulación bajo la normativa ya existente, sirva de luz e inspiración a aquellos que creen en la existencia de una justicia restaurativa aplicada a un área tan congestionada y limitada como lo es el Derecho Penal. Puesto que si no se realiza un cambio estructural de aplicación de justicia, no se puede cumplir con lo mencionado por Claus Roxin: “La utopía de hoy, puede ser la realidad de mañana; y, después de mucho andar, una sociedad moderna podrá superar sus problemas sociales, solo si está dispuesta a una reforma continua”¹²⁹.

¹²⁹ Claus Roxin, *Pasado, presente y futuro del derecho Procesal Penal* (Santa Fe: Editorial Rubinzal – Culzoni, 2007).