

Resumen

El objetivo de la presente investigación ha sido promover dentro del Código Integral Penal reformas respecto al tratamiento del Adolescente Infractor, en donde se configure un verdadero sistema penal juvenil, que establezca un modelo integrador o de justicia restaurativa que se incluya dentro del libro IV de la Niñez y Adolescencia, en el que se encuentre en la mediación una vía idónea alternativa o complementaria al proceso penal, y dar respuesta a las exigencias más acuciantes de reparar el daño causado a la víctima y sancionar al infractor en un proceso que favorezca su reintegración social y responsabilidad, a la vez que propenda a la participación activa de la comunidad por medio de la generación de espacios positivos de socialización, reparación y de un ejercicio responsable del control social.

Creemos que la mediación es una herramienta que se debe aplicar aún luego de fijada la pena, en cuyo caso podrá ser tomada en cuenta para la disminución de la misma.

Con esto se busca concretar un sistema penal juvenil en nuestro país en donde se aplique la mediación penal, realizando un cambio de paradigma en el que se debe pasar de la práctica de una justicia retributiva a la justicia restaurativa.

Introducción

A lo largo de la última década y en la actualidad se han venido dando críticas en cuanto a la persecución del ilícito ya que no satisface las expectativas de la víctima al ser el afectado directo y también por parte de las personas que se encuentran cumpliendo su pena en las cárceles, razón por la que se ha podido evidenciar entre los ciudadanos la insatisfacción respecto al manejo de la justicia penal en el país, generándose de este modo la existencia de inseguridad penal a la falta de una justicia eficiente, de esta manera dentro del enfoque social se ha producido una deslegitimización del sistema penal. Se debe además mencionar, la existencia de la vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en las cárceles y demás centros de detención y principalmente el no cumplimiento de las garantías constitucionales que consagran que la finalidad de esta medida es buscar la rehabilitación del reo y no para el abuso y castigo del mismo.

Ahora la idea de fijación de la pena es igual a resolver el conflicto, no se trata de medir el número de causas despachadas para suponer que el sistema funciona, ya que la medida tomada a partir de la privación de libertad no busca la resocialización si no que fomenta el resentimiento social en esta persona aumentando su conducta transgresora y más aun tratándose de casos de adolescentes infractores.

Si se sigue manteniendo la misma línea de aplicación y solución de conflictos dentro del Sistema Judicial Ecuatoriano, para el caso del tratamiento del adolescente infractor en conflicto con la ley, las únicas soluciones que se darán al conflicto se basarán en un simple tratamiento estatal tradicional que se enfocará únicamente a resolver el conflicto lo que implica un cierto grado de violencia a partir de la aplicación de más violencia, lo que conlleva

al internamiento del adolescente en lugares que no cumplen el fin de rehabilitación sino más bien se provoca un incremento de la delincuencia. A demás que bajo este parámetro los implicados depositarán en otro el poder de solucionar el conflicto, y muchas veces ninguna de las partes queda satisfecha con el resultado. Así el conflicto subyacente queda abierto y el infractor no asume la responsabilidad por los propios actos y la víctima sigue siéndola es decir seguimos revictimizandola. Lo único que logramos manteniendo esta línea de sistema en la penalización de los adolescentes infractores es crear en ellos un resentimiento social que les enseñará a dar lo que aprendieron a recibir, aumentando los niveles de violencia en este grupo, fomentando de esta manera la delincuencia juvenil.

El conflicto social que se ha generado respecto al sentimiento de impunidad alrededor del tratamiento del adolescente infractor, es una de las temáticas abordadas dentro del presente trabajo de investigación, que es desarrollado a través de la identificación del origen del problema que surge a partir del descontento el cual es mayor en las victimas de ilícitos cometidos por adolescentes por el motivo de que aún persiste la idea de que entran por una puerta y salen por la otra a lo que hay que agregar el quemeimportismo generado en algunos jóvenes infractores que piensan que no pasa nada al transgredir la ley por su minoría de edad.

Basándonos en estos antecedentes se ha buscado desentrañar la idea de impunidad que se genera alrededor del tratamiento del adolescente infractor, ya que el camino que se necesita seguir para mejorar estos problemas no es la dureza; ni negar la existencia del ilícito, sino buscar medios alternativos en los que se busque que se asuma la responsabilidad que corresponde en el conflicto, se pida disculpas, conozca la dimensión de las consecuencias dañosas de sus actos, y se repare en la medida de lo posible el daño causado, apuntando a que se restauren los vínculos, no solo entre las partes involucradas, sino especialmente entre el

infractor y la sociedad en la que vive, con las pautas de convivencia establecidas y entre la víctima y esa misma sociedad, reforzando el sentido de pertenencia de su sistema de justicia, por estas circunstancias es que a lo largo del trabajo de investigación se busca analizar diferentes posiciones doctrinarias sobre la aplicación de la mediación penal en el tratamiento del adolescente infractor en otras legislaciones para valorar el beneficio respecto a la reducción de la delincuencia dentro de este grupo.

En el desarrollo de los capítulos de esta investigación se proporcionará información abordando las problemáticas existentes respecto al tratamiento del adolescente infractor, las infracciones que con mayor incidencia son cometidas por estos, los beneficios respecto a la aplicación de esta medida, basados en experiencias de otros países y los delitos que son factibles para resolver por medio de esta vía. Todo esto con el fin de proponer dentro del Código Integral Penal reformas respecto al tratamiento del adolescente infractor, en donde se configure un verdadero sistema penal juvenil, que establezca un modelo integrador o de justicia restaurativa que se incluya dentro del libro IV de la Niñez y Adolescencia, en el que se encuentre en la mediación una vía idónea alternativa o complementaria al proceso penal, y dar respuesta a las exigencias más acuciantes de reparar el daño causado a la víctima y sancionar al infractor en un proceso que favorezca su reintegración social y responsabilidad, a la vez que propenda a la participación activa de la comunidad por medio de la generación de espacios de socialización, reparación y de un ejercicio responsable del control social.

CAPITULO I

1. DEFINICIÓN Y REFERENCIAS HISTORICAS

1.1. Los orígenes legales de la Mediación Penal.

Tenemos que entender que el verdadero origen histórico de la mediación como método de solución de controversias, aparece con el conflicto, ya que desde que el hombre empieza a vivir en sociedad se suscita una lucha de intereses por diversas causas.

En conflictos como la primera y segunda guerra mundial la ayuda de la negociación y mediación oportuna de algunos países interventores, dieron solución a los mismos, antecedente que marcaría un precedente dentro de la comunidad internacional al partir del cual no se trataría a la mediación desde una perspectiva únicamente filosófica e informal, sino que pasaría a tomar un cuerpo formal y legitimado.

Respecto a la práctica de la Mediación para resolver conflictos penales, se puede mencionar que esta tuvo sus inicios en la llamada justicia restaurativa que se originó en Estados Unidos, a finales de la década de los 70, como parte de un movimiento iniciado a partir de la ideología naciente de la corriente del liberalismo, pero no fue considerada como un modelo de justicia alternativa ni recibió respaldo del Estado para su promulgación.

El sistema del Common Law fue uno de los primeros que adoptó dentro de su sistema judicial la práctica de la justicia restaurativa para resolver conflictos, países como Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Inglaterra son algunos de los primeros países en donde se adoptó este sistema, debido a que se promulga el denominado principio de

oportunidad y así, en estas legislaciones fue más fácil la aceptación de estas vías de solución de conflictos.

El ejercicio de una justicia restaurativa a través de la aplicación de medios alternativos para la solución de controversias, se basa en el abordaje interdisciplinario del conflicto, la reparación de los daños causados a la víctima, la responsabilidad del autor del hecho y la posterior reintegración al tejido social de un modo más positivo para él y la comunidad. (Eser, 1999, pág. 41)

El desarrollo de esta práctica motivó a crear años después programas de los cuales se obtuvieron resultados beneficiosos, logrando expandir y motivar la idea de la adopción y práctica de este mecanismo como una vía alterna para solucionar conflictos, obteniendo grandes resultados sociales.

Un caso claro de la participación de la mediación para resolución de un conflicto que marcó precedente histórico fue el caso suscitado en el año de 1974, en el que una Corte por primera vez dictó una sentencia en base a una Justicia Restaurativa, esta fue realizada en Kitchener, Ontario, en la que dos jóvenes capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, se les ofreció aplicar un proceso de mediación para resolver su caso, al cual se sometieron libre y voluntariamente, optando por un vía alternativa de solución de controversias, con la que se llegó a un acuerdo entre las partes; en la que los jóvenes se comprometían a restituir los daños causados en las propiedades gradualmente, a través de la contribución de trabajo y dinero en las reparaciones.

Es aquí que debido a los buenos resultados que obtuvo la aplicación de esta vía de resolución de conflictos, es que se permitió la creación y promulgación de lo que se conoció como uno de los primeros programas de Justicia Restaurativa en Kitchener, que posteriormente se llamaría Programa de reconciliación entre víctima y ofensores.

Este programa se fue implementando gradualmente en otros estados de Estados Unidos, tal es el ejemplo de Indiana, en donde inició en pequeña escala entre los años 1977 y 1978 por agentes de libertad condicional, siguiendo el modelo aprendido de Ontario. En el año de 1979, este programa tuvo gran propagación y práctica a nivel comunitario, motivo por el cual se formó el Centro para Justicia Comunitaria, considerado como una organización no lucrativa que ayudaba a resolver conflictos vecinales, inter-personales, a través de una negociación y posterior conciliación con ayuda de la mediación.

Años después estos programas basados en una justicia restaurativa fueron adoptados en la denominada Asociación de Mediación víctima y ofensor de los Estados Unidos.

Algunos de estos programas que se impulsaron en Estados Unidos fueron adoptados en países como Inglaterra, Alemania y otros alrededor del continente Europeo, claro que lo fueron adaptando a su realidad, adoptando vías y herramientas diferentes para ejecutarlo en cada caso.

Posteriormente varios países adoptaron mecanismos alternativos basados en una justicia restaurativa que permitían la solución de controversias, tal es el caso de Nueva Zelanda que promulgó la denominada Conferencia de Grupos Familiares a finales de los 80, en la comunidad indígena Maorí, en la que se instauró el modelo de justicia restaurativa basado en

la práctica de la Mediación dentro de su sistema de justicia juvenil. Sería para el año de 1995, donde en Nueva Zelanda se instauraría la justicia restaurativa como política fiscal.

El Tratado del Atlántico Norte con sus siglas OTAN, resultó un precedente que ayudó, para inicios de los años noventa, a difundir a nivel internacional respecto a los avances que la práctica de la justicia restaurativa en la resolución de conflictos de menores tuvo en países como Estados Unidos y otros de Europa, y sobre la importancia y beneficios que podrían traer la adopción de estos programas en los sistemas de justicia juvenil de cada país.

La aplicación e instauración definitiva y sólida del modelo de justicia restaurativa, con la práctica de la mediación en Estados Unidos, se dio con la decisión consensual de apoyar esta medida por parte de la Asociación de Abogados de los Estados Unidos a inicios de 1994, en el que se reiteraba el apoyo a los programas de mediación en todo el sistema judicial del país, con la participación libre y voluntaria tanto de la víctima como del ofensor en la resolución del conflicto.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), promulgó un proyecto de justicia restaurativa que finalmente para el año 2000 sería puesto a disposición de todos los países que quisieran adecuarlo a su sistema de justicia penal juvenil y practicar la mediación como vía de solución de conflictos, no solo para casos de adolescentes infractores, sino en cualquier forma que se adopte de manera generalizada.

Frente a la imposibilidad de dar solución a varios conflictos penales a través de los mecanismos judiciales ordinarios, y al comprobar que la esfera procesal comenzaba a colapsar por tantas causas sin resolver, surgió la necesidad de instaurar alternativas de solución de

conflicto que sean más eficientes, por este motivo se fueron desarrollando algunos métodos alternativos de solución de conflictos que se dieron a conocer gracias al impulso de varios organismos internacionales, los cuales se encargaron de difundirlos a nivel internacional.

Gracias al impulso de estos organismos y a los convenios internacionales firmados, en los que se dio a conocer modelos de solución de conflictos que resultarían fáciles y accesibles para cualquier persona, tendientes a conseguir una resolución consensual, se fueron instaurando a través del poder judicial vías tales como la negociación practicada a través de la figura de la mediación, la conciliación y el arbitraje entre los más conocidos, con el propósito de ayudar a descongestionar las causas procesales que no llegaban a una resolución.

Una vez dada esta apertura y trasmitiéndose las ventajas de la aplicación de estos mecanismos como vías alternativas que facilitan la resolución de controversias, poco a poco fueron tomando cuerpo y contribuyeron a la resolución pacífica de conflictos sin llegar a la judicialización de los mismos.

Para lograr implantar el mecanismo de mediación penal en determinados tipos penales en Ecuador, se debe tomar en cuenta las experiencias que este modelo ha traído a otros países, por eso el derecho comparado sirve como herramienta que nos permite ver las pautas por las cuales se puede instaurar y la manera de como estructurarlo y adecuarlo al sistema de cada país.

El fin que se persigue al instaurar estos modelos dentro de los sistemas judiciales de cada país, es reducir la carga procesal que existe por la acumulación de causas sin resolver, sin lesionar derechos, lo que permitirá un acercamiento entre las mismas para que por libre y

voluntaria intervención logren resarcir resentimientos, y a través de un consenso busquen una solución a su conflicto.

1.2. Concepción de la Mediación Penal en el derecho moderno.

Hay que considerar a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos que tradicionalmente ha versado sobre materias sobre las cuales se puede realizar transacciones, es decir gozan de la cualidad de ser transigibles.

En materia penal algunos casos no pueden ser transigibles por la gravedad del delito y por el bien jurídico protegido, pero pueden existir sus excepciones, ya que hay algunas infracciones dentro del ámbito penal que si pueden ser sometidos a procesos de mediación para resolverlos, específicamente aquellos delitos que fueren ejecutados con intervención de adolescentes, a quienes, en lugar de imponer sanciones irremediables generando más violencia y resentimiento, se les permita optar por una vía más humana y consensual, a la cual se puede llegar a través de una conciliación entre las partes respecto a los acuerdos que van a dar solución al conflicto.

Dentro de la visión moderna del derecho se considera a la práctica de la mediación penal, como una medida alterna de solución de conflictos; que al promulgar la práctica de una justicia restaurativa presenta sus ventajas frente al ejercicio de la justicia ordinaria.

Con lo mencionado, podemos darnos cuenta claramente que la mediación como mecanismo de solución de conflictos en materia penal es una vía más humana, consensual y práctica, con lo cual se pueden resolver conflictos de manera rápida y satisfaciendo las necesidades de las

partes. Por lo expuesto, esta vía se presenta como una propuesta innovadora y moderna que se la puede implementar para resolver conflictos en los que intervienen adolescentes, ya que son métodos pacíficos que no generarán ningún tipo de acto violento para resolverlos.

Al introducir en nuestra normativa este mecanismo, se ayudaría a resolver los conflictos ocasionados por adolescentes, que en la mayoría de casos depende mucho del ambiente en el cual se desarrollan la familia y el entorno en general.

Sería muy importante que los asambleístas tomen en cuenta que los adolescentes involucrados en conflictos penales que no representen mayor trascendencia, como son los delitos por hurto, robo, maltrato hacia los padres, tomen en cuenta la mediación penal como institución capaz de solucionar el conflicto, sin tener que recurrir a la justicia ordinaria.

Por medio de la mediación se procurará llegar a un acuerdo mutuo tanto por la parte afectada como para el implicado, lo que sería resuelto dentro de una audiencia sin esperar tanto tiempo como sucede en los cotidianos procesos penales de larga duración, en los que inclusive se requiere de años para llegar a una sentencia, con lo que se afecta a las partes y es más grave si se considera que los adolescentes permanecerían en centros para adolescentes infractores por mucho tiempo.

Proporcionar una oportunidad más humana, rápida y efectiva para solucionar conflictos sobre todo en temas que respectan a adolescentes en conflicto con la ley, hará posible la eliminación de la re-victimización y se podrá atender a las necesidades de la víctima a la par de que el adolescente será consiente del hecho delictivo que hubiere cometido y por el cual deberá hacerse responsable. Esta vía ayudará a que se elimine la reincidencia en la comisión de

delitos por parte de los adolescentes que se hubieren sometido a estos procesos, ya que otro de los problemas que se dimensionan dentro del sistema de tratamiento para adolescente infractores es la ausencia de un control y supervisión adecuado del adolescente para que pueda reinsertarse a la sociedad, más bien al recluirle en un centro de retención logramos originar un resentimiento del adolescente contra la propia sociedad, fomentando la delincuencia juvenil.

Comprendiéndose de tal manera que a los adolescentes aunque considerados como infractores, no se los pueden tratar de la misma forma que un adulto al momento de juzgarlo, ya que por características físicas como mentales y debido a su edad, necesitan ser tratados dentro de un sistema diferente en el que se deberá considerar el principio de oportunidad.

De esta manera, podemos afirmar que la aplicación de la mediación como método alternativo de solución de conflictos proporcionará las siguientes ventajas:

- Aplicar una justicia restaurativa, en la que se tomará en cuenta las necesidades tanto de la víctima como del victimario, mejorando de esta manera la efectividad de la justicia;
- Mejora la celeridad procesal, lo que significa llegar a una solución más rápida al conflicto;
- Se busca lograr la reparación de los daños y asegurar la responsabilidad del infractor;
- Buscar la participación de la comunidad en el sistema penal; y,
- Evitar medidas coercitivas que terminen en la detención o encarcelamiento.

Hay que tomar en cuenta que la mediación persigue los siguientes fines al momento de su aplicación, principalmente en los casos destinados a resolver conflictos de menores:

- Atender a las necesidades de la víctima;
- Lograr que el adolescente infractor asuma sus responsabilidades frente a la víctima respecto al ilícito que hubiere cometido; y,
- Acordada la solución, se evitará que se siga un proceso en el que se le imponga una sentencia como el internamiento.

La adopción de la mediación penal como mecanismo de solución de conflictos de adolescentes infractores es necesaria implementarla dentro de nuestro sistema, creando y reforzando un sistema penal juvenil basado en una justicia restaurativa.

1.3 Incorporación a la Mediación Penal.

Es necesario resaltar las ventajas que resulta de la implementación del principio de oportunidad en los procesos de mediación para resolver casos de adolescentes infractores.

Sendra (1986) define al principio de oportunidad como: “la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado” (p.34).

Existen muchos promotores y detractores de este principio, ya que lo mal interpretan como inexistente frente al principio de legalidad en el proceso, pero hay que tener claro que algunas de las ventajas que justifican su introducción y posterior aplicación dentro del proceso penal persiguen razones de interés social o de utilidad pública.

Las ventajas del principio de oportunidad son concretadas en la escasa lesión social producida al momento de producirse el delito o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal o favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (Ortiz, 2006, p.115-135)

Este principio aplicado en la práctica a través del proceso de mediación ofrece mayores soluciones al conflicto y eficacia en el proceso.

Hay que destacar el caso del Estado de California, en el que se implementó medidas respecto al tratamiento de menores a través de programas de mediación y conciliación a principios de los años setenta, en los que se resolvieron varios casos de menores con conducta grave.¹

En países Europeos, se han esforzado por construir un sistema de justicia penal juvenil, en el que se adopten medidas basadas en una justicia restaurativa como la Mediación Penal, para resolver conflictos de adolescentes infractores y adecuarlas a las necesidades de su propio sistema.

¹ Callejo, C. (2006). "El Proceso de Desarrollo de la Mediación Penal". En la Mediación Penal (291-293). Barcelona: Ariel.

Hay que destacar el caso de España, que empieza a considerar dentro de su sistema penal lo referente al tratamiento del adolescente infractor por lo que se vio en la necesidad de concretar un sistema penal juvenil que se encargue de las sanciones bajo procedimientos especializados para menores, es así, que se crea la Ley de los Tribunales de Menores en el año de 1948, en la que establecía los fundamentos de tratamiento del menor bajo preceptos del principio de oportunidad.

A través de la promulgación de la Ley Orgánica 4/92², es que en España se va cimentando un modelo sólido respecto al tratamiento del adolescente infractor a través del proceso de mediación, instaurándose de esta manera una justicia restaurativa, es así, que desde la implementación de esta medida los jueces de menores están facultados para resolver casos de menores a través de la aplicación de la mediación como una vía alterna al internamiento en centros de rehabilitación.

Es en Cataluña en donde a finales de los noventa se integra con gran acogida y expectativa a la justicia restaurativa, aplicando medidas que buscaban promover la reparación consensual y efectiva del daño causado a las víctimas por hechos delictivos efectuados por menores infractores, fomentándose de esta manera la práctica de la mediación para resolver este tipo de casos y para aplicar medidas del tipo socioeducativas en las que se deberá cumplir labores para resarcir su daño en la comunidad o con el agredido.

Dentro del sistema penal juvenil que se maneja en España se promueve la reparación extrajudicial. Antes de iniciado el proceso de juzgamiento el adolescente se compromete de alguna manera a resarcir el daño causado por su conducta delictiva con la otra parte, de esta

² Ley Orgánica 4/92 Tribunal Constitucional de 14 de Febrero de 1992, <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:iMSXSeOvw64J:enj.org>, Descargado 18/07/13.

manera el Juez que lleva la causa puede mandar a archivar la causa o a pronunciarse mediante la suspensión del fallo.

Es así, que se crea el Comité de Mediación del Consejo de Europa, que será uno de los principales organismos mediante el cual se vigilará y establecerá la regulación del proceso de mediación, en donde se expide una relación entre los sujetos participantes y la mediación, como se explica a continuación³:

Relación entre víctima y delincuente en la mediación penal

Todavía no se ha instaurado modelos con bases concretas respecto al tratamiento de la mediación y que se haya creado un reglamento respecto a la relación entre víctima e infractor, es por esta razón, que al llevarse a cabo el proceso, este puede estar supeditado a variables dentro de su desarrollo.

Hay algunos países de Europa como España, Francia y en Norteamérica como es el caso de Canadá, Estados Unidos en los cuales se ha llevado un adecuado proceso de implementación de la mediación, en donde se la ha insertado como un mecanismo de solución de conflictos en algunas áreas, teniendo muy buenos resultados, es en estos países en los cuales se encuentra mayormente profundizado el tema respecto a las técnicas y reglamento bajo el cual se debe manejar este proceso. En estos países se manejarán estas intervenciones bajo la potestad del Ministerio Fiscal que es el encargado de resolver y atender las denuncias, siempre basarán sus decisiones bajo los preceptos que rigen el principio de oportunidad, en el que por disposición del fiscal se podrá optar por estas tres vías:

³ Comisión Europea, http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_int_es.htm. Descargado 28/07/13.

- Dar inicio a la ejecución de la acción pública.
- Se podrá archivar la causa.
- O se podrá tomar la decisión de llevarse a cabo una reparación extrajudicial donde entraría la mediación.

Relación de víctima e infractor dentro de la negociación del acuerdo.

Esta relación en algunos países europeos como el caso de España principalmente se maneja de manera consensual, en la cual las partes interactúan a través de una negociación y posterior conciliación y en muchos casos se logra llegar a un acuerdo y resolver el conflicto. Pero existe la otra cara de la moneda en la cual existen varios programas que se aplican en algunos países como es el caso de Estados Unidos, en el cual lo que les interesa no es establecer una conciliación entre las partes que se someten a este proceso de mediación, sino únicamente fijar una indemnización, acuerdo monetario o reparación de los daños, dejando de lado el fin que se busca al aplicar este tipo de vías; aparte de conseguir la remediación del daño, dar la posibilidad de que las partes lleguen a una conciliación logrando conseguir el bien común.

Además, se puede dar casos en donde se tenga que manejar la relación entre víctima e infractor de manera grupal, a través de una sociabilización, como el caso de la interacción a nivel grupal entre víctimas e infractores, esta se aplica a nivel penitenciario en el que un grupo de personas víctimas de la delincuencia cuentan sus vivencias, experiencias y traumas a las cuales han debido someterse y que han superado después de haber sufrido algún atentado delictual, las realizan a través de reuniones de sociabilización con los internos de estos

centros para poder acercarse al delincuente de una manera más pacífica y así entender que factores fueron los que le orillaron a cometer el hecho ilícito.

Relación del ejercicio de práctica de tribunales comunitarios respecto a la aplicación de la Mediación.

La mediación aparte de ser propuesta y aplicada a través de programas que promueven este proceso como vía de solución de conflictos en varios ámbitos, se ha practicado a través de los denominados Tribunales Comunitarios, en cuyo ejercicio se busca reunir a las partes que intervienen en el conflicto, tanto la víctima como el infractor, conjuntamente con sus familiares, quienes se sujetan a este procedimiento para buscar una solución pacífica y consensual que beneficie a los sujetos que intervienen para llegar a un acuerdo, con el que se finalice el conflicto.

La intervención de las Naciones Unidas respecto a la promulgación de programas de mediación y reparación de víctimas ha sido muy importante, hay resoluciones expedidas por este organismo como la N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985, en la que se establece lo siguiente: *“Todo procesamiento informal para la resolución de conflictos, incluyendo mediación, arbitraje y justicia o prácticas nativas, deberían ser utilizadas cuando fueran necesarias para facilitar una conciliación y una reparación por el daño sufrido por las víctimas”*.⁴

En Latinoamérica, concretamente en Argentina y Brasil, países en los que se destaca la práctica de las medidas alternativas de solución de conflictos como la mediación, para

⁴ La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985.

resolver casos de adolescentes infractores. Argentina en su Constitución en el Art. 174 establece que: *“La ley establecerá, para las causas de menor cuantía y vecinales, un procedimiento predominante oral que garantice la inmediatez, informalidad, celeridad, accesibilidad y economía procesal. Se procurará, con preferencia, la conciliación”*.⁵

Evidenciándose una mayor integración respecto a la promulgación de los medios como la mediación para la resolución de controversias, más aún en la resolución de casos de adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley. Para el caso de Brasil, la adopción de una justicia restaurativa promulgaba a base del principio de oportunidad, ha dado cabida a que en un país se considere la implementación de vías como la mediación para resolver casos de adolescentes infractores, es así, que para el año 1995, se implementó estos mecanismos con la consigna de que en base al principio de oportunidad se busque la reparación a la víctima en todos los procesos que se lleven a disposición del Ministerio Público.

1.4. Adopción de la Mediación Penal.

Con la aplicación de la mediación, como método de solución de conflictos, lo que se busca es implantar un sistema de justicia restaurativa basado en el abordaje interdisciplinario del conflicto, que busca la reparación de los daños provocados a la víctima, la responsabilidad del autor del hecho y la posterior reintegración al tejido social de un modo más positivo para él y la comunidad.

Se ha venido insertando la denominada justicia penal restaurativa como una herramienta con la que se puede llegar a una solución rápida y efectiva de las controversias ocasionadas por la ejecución de cierto tipos de delitos, con lo que se busca, a través de la negociación, llegar a

⁵ La Constitución de Argentina en su Art. 174.

una conciliación entre las partes y determinar en consenso un acuerdo que daría por terminado el conflicto.

A través de la aplicación de doctrinas modernas dentro de la justicia penal, se ha implementado la posibilidad de dar solución a los conflictos mediante la práctica de sistemas más humanistas y pacíficos para resolver las controversias nacidas por la comisión de un delito, evitando de esta manera la acumulación de causas sin procesar.

Este análisis procesal, ha producido que en varios sistemas jurídicos se implemente a la mediación como vía alterna de solución de conflictos, más aún, han habido varios países como el caso de Canadá , España ,Francia, Noruega, Holanda, Chile, Colombia y Brasil principalmente quienes han adaptado la aplicación de la mediación penal para resolver controversias del tipo penal para conseguir a través del consenso que las partes se encuentren satisfechas con la decisión, atendiendo las necesidades tanto de víctima como del infractor.

Desde la implementación de la mediación a través de programas que se fueron culturizando y adaptando en sistemas de varios Estados, se ha venido dando una evolución en el campo del proceso de mediación, enfocado en el tratamiento de menores, como el caso de países de Europa y Norteamérica, en los cuales desde su aplicación, han obtenido resultados efectivos, bajando los índices delincuenciales de los adolescentes, cambiando el paradigma de que a través de una justicia basada en la mano dura se podría generar cambios. Observándose una evolución dentro del campo del derecho penal, adecuando la existencia de un bien estructurado sistema penal juvenil basado en una justicia restaurativa.

En países como Canadá, se ha dado una completa apertura a la aplicación de la mediación penal, adecuando varios programas de mediación y reparación de víctimas basado en un sistema de justicia restaurativa, el mismo ejemplo de implementación positiva se ha dado a lo largo de los años en varios Estados de Norteamérica, son alrededor de 320 comunidades en el caso de Estados Unidos, en donde se ha adoptado este sistema de justicia restaurativa.

En Estados Unidos, se utiliza el sistema de la justicia pactada o negociada, previa al juicio, entre el Ministerio Fiscal y el abogado de la defensa, para cualquier tipo de delito; sistema, por cierto, no exento de críticas ya que en la mayoría de los casos es el Ministerio Fiscal el que elige qué casos son convenientes o de su interés por sobre las posibilidades ciertas de cada infractor o de cada víctima.

En el caso de Latinoamérica, el tema de la aplicación de la mediación penal hace una década atrás era algo imposible ya que el sistema de justicia que se manejaba principalmente en el ámbito penal era retributivo, basado en la fijación de una pena que terminaba con la privación de la libertad del infractor. Fue difícil la implementación de un sistema basado en una justicia restaurativa, ya que esto deviene en un completo cambio estructural del sistema en que se deberán realizar varias reconstrucciones tanto teóricas como prácticas para poder adecuar este tipo de mecanismo; el primer país en donde se produjo esta naciente implementación de la mediación penal basada en una justicia restaurativa fue Chile.

En la actualidad, existe la iniciativa de varios países latinoamericanos que están tratando de impulsar programas y proyectos de ley con los que se pueda implementar la mediación penal para solucionar controversias dentro de esta materia, casos como los de Colombia, Bolivia, Panamá, México, Colombia, Argentina, Perú, Guatemala, Brasil, Uruguay, Paraguay y el

Ecuador, en donde se centra nuestro estudio, respecto a la implementación de la mediación penal para resolver conflictos de adolescentes infractores.

El modelo que se establece en Argentina, se basa en el proceso de conciliación aplicado mayormente en casos de actuación privada que se da por solicitud de las partes, es decir, que se podrá someter a este proceso de mediación únicamente si las partes dan su libre y voluntaria aceptación de proceder con el mismo.

Es necesario destacar dentro de nuestro estudio, los logros que se han alcanzado en base a una completa aplicación de lo que es la mediación penal, basados en la experiencia del modelo que se maneja en una provincia de Argentina, llamada Neuquén.

1.4.1 Modelo de aplicación de justicia restaurativa en adolescentes infractores en Neuquén.

La mediación penal juvenil en Neuquén, es un claro ejemplo en donde vemos reflejada la implementación de una justicia restaurativa a través de la aplicación de la Mediación para resolver conflictos en los que se involucra a adolescentes infractores.

En esta provincia se destaca la ley Provincial de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia N°. 2302, en el que se consagra un sistema de protección de derechos y en el que se copila todo un sistema de garantías procesales para adolescentes infractores en conflicto con la ley penal, que se encuadra con el principio de oportunidad contemplado en la mediación, basado en un marco de una justicia restaurativa en la que se busca consensuar, sin conflicto, a una solución de la cual las partes se sientan conformes.

En la ley de Neuquén, se crean dos fueros especializados en el ámbito del Poder Judicial: -el de Niñez y Familia y el Penal Juvenil-. El proceso penal juvenil es un proceso acusatorio puro, rodeado de garantías. El Fuero Penal Juvenil se integra con un Juez, Fiscal y Defensor; la demora del joven infractor solo está autorizada en caso de flagrancia, y el Juez puede ordenar la prisión preventiva solo ante delitos graves y por un máximo de 30 días, contempla la suspensión del proceso a prueba, la prohibición del secreto de sumario y de la incomunicación del joven, y la instancia de mediación a pedido del Fiscal. (Galarza, 2012, pàg.7)

Lo que se ha implementado a través de esta ley ayuda a dar un gran paso al cambio de paradigma respecto a la implementación de una justicia restaurativa, representando un avance importantísimo en relación al sistema anteriormente vigente en esta provincia, el cual se fluía en base a la figura de un juez de menores al que se encomendaba tutelar y al mismo tiempo estaba encargado del juzgamiento del adolescente infractor. En ese sistema lo que primaba era la imposición de una justicia retributiva en la que se concebía a la medida privativa de libertad como principal alternativa, los adolescentes infractores eran detenidos en comisarías y encerrados en lugares con características de centros de encarcelamiento para adultos a cargo del Servicio Penitenciario Federal conjuntamente con la Policía, simplemente se manejaba la conducta delictiva del menor a través de la aplicación de mecanismos que generaban más violencia.

El procedimiento penal juvenil establecido por la Ley Provincial de Protección Integral de Niñez y Adolescencia N°. 2302 de 18 de diciembre del 2001 de Neuquén, se encuadra claramente en el principio de oportunidad, en el marco de una justicia restaurativa, es así que

en el artículo 64 referido a la promoción de la acción penal y archivo, establece que para la investigación de cualquier causa será condición de validez la promoción de acción penal por parte del fiscal, es decir, que no se persiguen todos los delitos, sino solo aquellos respecto de los cuales el Fiscal promueve acción.⁶

Al tratarse este de un sistema acusatorio puro en ese sentido, tanto si la denuncia puesta ante la policía como ante el fiscal, éste último sin perjuicio de la investigación que sea necesaria en cada supuesto, podrá promover la acción penal o solicitar el archivo de las actuaciones. (Galarza, 2011, pàg.8)

Hay que señalar como un aspecto importante dentro de este proyecto de ley que: *“La solicitud de archivo tomará en consideración las circunstancias que se vinculen con la gravedad del hecho, la forma y grado de participación, la reparación del daño causado en la medida de lo posible o el compromiso de reparación asumido por el niño o sus padres, las consecuencias del hecho, el contexto familiar y social de aquel, y el pronóstico sobre el logro de los objetivos de mantenimiento o fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. Podrá tomarse en cuenta el resultado favorable de una mediación, en virtud de la cual se haya logrado una composición del conflicto. En todos los casos el archivo deberá fundarse en el interés superior del niño”*.⁷

Entendiéndose de esta manera respecto a la participación del fiscal en casos de adolescentes infractores, que tendrá la facultad para adoptar la alternativa que resulte más oportuna y beneficiosa para el menor, tomando en cuenta todas las circunstancias allí mencionadas.

⁶ Galarza,E.(2001). *Mediación Penal Juvenil: una alternativa válida para delitos cometidos por adolescentes*.Argentina: Placido Editores

⁷ Vitale, Gustavo “El Proceso Penal en la Ley de Niños y Adolescentes”, p.121/128,“Ley de Niños y Adolescentes” Vitale-Oses, Fabián J.Dic Placido Editores.

En la práctica, antes de dar por iniciado el proceso según lo que se identifica dentro de la ley en Neuquén, la Fiscalía selecciona los casos susceptibles de mediación y pone en conocimiento respecto a los antecedentes y fundamentos de hecho para que pueda intervenir el Equipo de Mediación Penal Juvenil en un plazo máximo de 30 días, según lo que se establece en esta ley.

El papel que desempeña este equipo, se centra en realizar un abordaje completo interdisciplinario respecto al conflicto del que se suscita el hecho delictivo y del cual se origina la conducta delictiva.

Al darse el acercamiento de las partes con la iniciativa de la mediación, estas llegan a concretar un consenso para dar solución a su caso, llegando a darse un acuerdo entre las partes o un compromiso pactado por el adolescente infractor, el cumplimiento de este acuerdo o compromiso deberá ser vigilado y monitoreado por el Equipo de Mediación Penal Juvenil, mientras que la Fiscalía se encargará de solicitar el archivo de la causa.

El mencionado Equipo de Mediación Penal Juvenil, fue creado en base a la necesidad de que se concrete un cuerpo que se encargue de la vigilancia de la evolución del adolescente una vez que se haya sometido a un proceso de mediación, se lo estructuró en el año 2001 mediante acuerdo entre el Tribunal Superior de Justicia y el Ministerio de Gobierno de la Provincia de Neuquén. Los profesionales que lo integran pertenecen al Poder Ejecutivo y trabajan en la sede de la Fiscalía Penal Juvenil. (Vitale, 2001, pàg.128)

En si el ejercicio que desempeña el equipo de mediadores se basa en buscar las mejores condiciones para evaluar la pertinencia o no de realizar una intervención mediadora, la oportunidad y el modo, así como los objetivos que en cada caso sea posible plantearse.

Se ha podido identificar que la ley neuquina N°. 2302, contempla la mediación como alternativa, para todo tipo penal, en tanto no realiza distinción ninguna ya que la aplicación de la mediación penal estará considerada como carta libre para cualquier tipo penal.

Hay que mencionar que se ha dado un gran avance en materia de mediación penal en el modelo de justicia penal para adolescentes en Neuquén, ya que recientemente el equipo de mediadores ha ampliado las intervenciones, incluso a delitos graves como el robo con armas y el homicidio.

Lo que se evidencia como de gran beneficio para quitarnos ese antiguo paradigma en el que se considera que solo algunos tipos de delitos son considerados para ser resueltos a través de la mediación, hay que considerar la idea de que existen casos no mediables y no delitos no mediables.

Hay que resaltar que la práctica de la mediación en el ámbito de adolescentes como se refleja en el caso de Neuquén, la han convertido en una herramienta que podría aplicarse aún luego de dictado el auto de responsabilidad, e incluso luego de fijada la pena, en cuyo caso podrá ser tomada en cuenta para la disminución de la misma.

1.4.2 Implementación de la Mediación en el Ecuador

La implementación del mecanismo de mediación como un procedimiento alternativo formal para solución de controversias en el Ecuador, se desarrolla dentro de dos fases; una que le da origen informalmente, y una segunda con la que se formaliza su aplicación para ser ejercida en ciertos casos.

La primera fase, marca el antecedente respecto a la implementación de los mecanismos de solución de conflictos en nuestro país, así tenemos que en el año de 1990, cuando se suscita una de las mayores crisis de justicia en nuestro país por la acumulación de procesos sin juzgar, se produce una etapa de modernización del Estado, con la que se inició cambios en la estructura procesal judicial, para lograr eliminar el estancamiento de causas procesales sin resolver con la inclusión de propuestas de implementación, como el tratamiento de la oralidad en los procesos y la negociación como mecanismo para resolver ciertas causas.

Posteriormente, en el año de 1994, en nuestro país se da inicio a la práctica de la denominada mediación comunitaria, que sería introducida y dirigida por el Centro sobre Derecho y Sociedad- CIDES, en el que se impulsarían programas a nivel comunitario de solución de conflictos basados en el ejercicio de una justicia restaurativa.

La ponencia de la Dra. Olivia Cortez respecto al Centro sobre Derecho y Sociedad- CIDES, que es una institución que promovía el uso y la difusión de los métodos alternativos de resolución de conflictos, en el marco de un convenio con las Organizaciones Barriales Asociadas del Ecuador-OBAE, que desarrolló un primer proyecto en Guayaquil de promoción y difusión de los Métodos Alternos para la

Solución de Conflictos-MASC, dentro de un proceso que incluía una etapa de sensibilización, formación y creación de dos centros de mediación comunitaria. Para tal efecto se realiza un ciclo de talleres dirigidos a pobladores de sectores urbanos marginales y el tema de la mediación en particular genera: Adhesión, sorpresa optimismo, temor y desconfianza en algunos casos.⁸(Cortez, 2007, pág. 2)

La implementación de la mediación a nivel comunitario, obtuvo resultados rápidos y eficaces al momento de solucionar conflictos nacidos entre los miembros que pertenecían a estas comunidades, los acuerdos a los que se llegaba eran consensuales y siempre beneficiaban a las partes que intervenían en los mismos.

La segunda fase de integración de los procesos alternativos de solución de conflictos es una etapa más formal, ya que se inicia a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación de 3 de septiembre del 1997.

En su ponencia Olivia Cortez, explica que esta etapa se origina gracias al resultado de la gran adhesión de importantes sectores sociales a través de acciones concretas como la participación en la discusión del proyecto de Ley de Arbitraje y Mediación y su exigencia ante el Congreso Nacional a favor de su creación. La acogida de los Métodos Alternos para la Solución de Conflictos-MASC y especialmente la Mediación en estos espacios generó las condiciones para construir un cuerpo legal en que se reconozcan los efectos jurídicos de los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos.⁹ (Cortez, 2007, pág. 2-3)

⁸ Cortez, Olivia (2007) *Reencuentro con los MASC en el Ecuador: Balance de los diez años de aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)* (Ponencia de Mediación y Arbitraje). Recuperado de Repositorio digital de la PUCE (Núm. 22000/5917).

⁹ Ibídem. P.P: 2,3.

La vigencia de la Ley de Mediación y Arbitraje se consolida en el Ecuador, con el artículo 191 en su inciso 3 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en la que se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley, que someten las partes de mutuo acuerdo, sobre una materia transigible, de carácter extra judicial y definitivo, que ponga fin a un conflicto.

Una vez puesta en vigencia, la consolidación de la práctica de los medios alternativos de solución de conflictos dentro del mencionado precepto constitucional, en el área de contratación pública particularmente, la Procuraduría General del Estado, promovió la implementación de una cláusula contractual de solución de controversias a través de los mecanismos alternativos de mediación y arbitraje, esto con el único fin de descongestionar a la función judicial, promulgando el diálogo para la solución de conflicto como recurso previo al ejercicio judicial, con el que las entidades del sector público en primera instancia manejarían sus divergencias si se presentaran, en los Centros de Mediación y Arbitraje.

En este contexto, el 11 de octubre de 2002, el Gobierno del Ecuador y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, BIRF suscribieron el Convenio de Donación para el "Fortalecimiento Institucional de la Oficina del Procurador General del Estado", entre los objetivos planteados se propone la reapertura de los Centros de Mediación en la Procuraduría, así en el año 2005, se reabrieron los Centros de Mediación de Quito y Guayaquil; y en octubre de ese año se dictó los Cursos para la Formación de Mediadores, en cumplimiento de las recomendaciones dadas por la Consultoría mediante Resolución No. 096, el señor Procurador General del Estado creó el Centro Nacional de Mediación inscrito en el Consejo Nacional de la Judicatura

con el Registro No.- 004, unidad especializada para la solución de conflictos entre personas naturales y jurídicas que tengan vínculos con el Estado, o actores del sector público.¹⁰

En la Constitución del 2008, se hace eco de una manera más amplia respecto al reconocimiento y aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos como la Mediación y el Arbitraje para resolver causas que sean transigibles a ser negociadas, es así, que se establece en el Art.190 de la actual Constitución lo siguiente: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”*¹¹

No tenemos datos estadísticos que contengan cifras a nivel nacional a partir de las cuales se pueda establecer el nivel de beneficios, aplicación y eficacia resultantes de la aplicación de este sistema, a pesar de que existe obligación desde la expedición del artículo 7 del reglamento expedido por el Consejo de la Judicatura, en el que se establece que se deberá enviar los datos estadísticos de cada uno de los centros de mediación respecto a las causas resueltas por este medio, en la actualidad contamos con 300 Centros de Mediación inscritos a nivel nacional.

¹⁰ POVEDA, Galo. (2006). *Medios Alternativos de Solución de Conflictos en el Ecuador*. (Tesis Maestría Derecho). Recuperación de Repositorio UASB (Núm. 10644/824).

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 190, Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2005, Actualización 2013. Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

En necesidad de cumplir con los fines que se busca con la aplicación del sistema de justicia, como es el acceso a la misma y obtener resultados justos, es que se da la apertura a estos procedimientos alternativos de solución de conflictos.

Actualmente se ha dado la inserción de mecanismos alternativos de resolución de controversias en materia penal, tal es el caso de la aplicación de la conciliación, considerada dentro del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

CAPITULO II

2. DOCTRINA DE LA MEDIACIÓN

2.1 Criterios y Estudios de tratadistas sobre el Tratamiento de la Mediación Penal.

Hay que partir tratando a la mediación penal como un mecanismo alternativo de solución de conflictos penales, que se basa en la conciliación de las partes para llegar a un acuerdo con el que se dará por terminado el mismo. Este proceso se lleva a cabo por solicitud de las partes, las cuales libre y voluntariamente se someten al mismo, es por eso que al proceso de mediación se lo considera como un método voluntario y confidencial, en el que intervendrán víctima e infractor y una tercera persona que participará en calidad de mediador, que actuará de manera neutral y únicamente se regirá a dirigir el proceso y asistir a las partes respecto a las reglas y disposiciones bajo las cuales se manejará éste. Aunque no se logre llegar a resolver en su totalidad el conflicto, la mediación podrá dar solución parcial a éste a través de la fijación de acuerdos que constan en actas y de los cuales las partes se comprometen a cumplirlos a cabalidad, evitando de esta manera la aplicación del sistema de justicia ordinario en el que la aplicación de la pena consiste en la privación de la libertad del infractor.

Hay que distinguir, que dentro de las doctrinas del derecho penal aún no existe una noción precisa, y de carácter universal, para la implementación y aplicación de lo que concierne a la denominada justicia restaurativa, pero cabe señalar que la ayuda de organismos internacionales como el caso de las Naciones Unidas, han aportado con registros en los cuales se destacan estudios respecto a la aplicación y ejecución de un sistema judicial basado en una justicia restaurativa. Una de las aportaciones que se dio por parte de la Naciones Unidas

respecto al estudio de la justicia restaurativa se logró a través de un foro en el que se desarrolló una conceptualización para esta nueva forma de solución de conflictos.

Definiendo a la Justicia restaurativa como: *“todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”*.¹²

Con lo que se estableció una primera pauta para la implementación de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos a través del denominado Sistema de Justicia Restaurativo, naciendo la idea de la aplicación de procesos alternativos dentro del derecho penal.

Es así que en algunas doctrinas modernas, hablan sobre la implementación de una mediación penal del cual algunos tratadistas defienden su aplicación, tal es el caso de:

Mccold y Wachtel (2003) sostienen que: “El delito supera el quebranto a la legalidad y es observado como un acto que causa daño a las personas y a la comunidad, incluido el delincuente” (p.2).

Es por tal motivo, que el sistema de justicia no únicamente se tiene que preocupar en juzgar los actos del delincuente imponiendo una pena, ejecutando la restricción de la libertad del infractor, sino ir más allá, buscar la reparación del daño que esta conducta delictiva causó a la víctima y a la propia comunidad, y esto únicamente se logrará a través de procesos de

¹² Organización de Naciones Unidas. *La Reforma de la Justicia Penal Juvenil en América Latina y la Justicia Restaurativa*, 2002. ONU. Recuperado de www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/reforma_justicia_penal.doc

mediación penal, en los cuales se busca una mayor satisfacción de la víctima y del infractor, reduciendo el número de reincidencia, consiguiendo llegar a acuerdos óptimos y eficaces y de ejecución rápida, muy diferente a lo que acostumbramos en los procesos judiciales tradicionales.

La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas.¹³ (Sánchez, 1993, pág. 342)

2.1.1 La mediación penal como un procedimiento de solución de controversias

Hay muchos tratadistas que respaldan la idea de que existan otros procesos alternativos de solución de causas en el derecho penal, ya que el beneficio de la aplicación de la Mediación como tal permite obtener beneficios en su práctica, de los cuales se resalta la reducción de la reincidencia y la celeridad de los procesos.

La mediación penal es un procedimiento que proporciona a las víctimas interesadas la posibilidad de reunirse con el victimario, en un proceso que resulta seguro y confiable, cuyos objetivos primordiales son:

- El victimario sea capaz de asumir los efectos penales causados por su comportamiento;

¹³ Cfr., en ese sentido SILVA SÁNCHEZ, en: ROMEO (Editor): Responsabilidad penal, 1993, pp. 342.

- Se procederá a asistir a la víctima, con la intervención de un mediador capacitado que será el encargado de dirigir el proceso;
- Se eliminará la pena de restricción de libertad para el victimario, conseguir la rebaja de la misma o modificarla por penas alternativas, como servicios a la comunidad; y,
- En los casos de condena cumplida, evitar un nuevo juicio por las responsabilidades de carácter civil. (Armendáriz,2004, pág. 65)

Es importante establecer la gran importancia que tendría la aplicación de la mediación penal para resolver conflictos de adolescentes infractores, es así que algunos tratadistas rescatan la necesidad de incluir este proceso basado en un sistema de justicia restaurativo dentro del sistema penal juvenil. Algunos de los tratadistas que podemos mencionar que rescatan la aplicación de este sistema son:

Fellini (2006) sostiene que “La Mediación Penal de menores consagra una alternativa al proceso judicial común, pero dentro del sistema judicial, previo a introducir al menor en el proceso criminal, evitando su estigmatización” (p.176).

Es decir, no se somete al adolescente a un proceso violento para resarcir una actuación delictiva violenta, muy al contrario de la aplicación del sistema judicial tradicional que busca a través de la imposición de una pena la privación de la libertad del infractor en un centro de rehabilitación.

La mediación penal es motivo de una gran cantidad de programas, se puede mediar no solo los conflictos donde aparecen infracciones menores sino hasta conflictos donde hay violencia. Todo depende de muchas cosas: de cómo es el daño, de la víctima, del

victimario; y también se puede mediar una vez que el victimario haya sido condenado, no todos los delitos pueden ser sometidos a mediación. (Álvarez, 2002, pág. 25)

Por los motivos antes mencionados, respaldados por varios tratadistas y de acuerdo a algunas doctrinas, se rescata la necesidad de implementar el sistema de mediación penal para resolver las causas de los adolescentes que se encuentren en conflicto con la ley, para buscar resarcir los daños de la víctima con el reconocimiento de la responsabilidad del hecho por parte del adolescente, resultando en un acuerdo que beneficiará a las partes y evita la revictimización y la reincidencia.

2.2. Concepto de Mediación

Esta medida se convierte en una técnica muy usual cuyos fundamentos son el poder y la confianza, ésta se lleva a cabo cuándo ambas partes deciden negociar y se toma una decisión definitiva en concreto respecto a un conflicto, o en los casos en los que interacciona una tercera persona con capacidad de tomar una decisión.

Sobre la mediación es de interés el modelo de la satisfacción porque facilita acuerdos pacíficos entre las partes en este modelo participará un tercero como mediador quien ayudará a facilitar el dialogo entre las partes. Pero para intervenir en un conflicto es básico conocer en qué fase se encuentra éste, y para saber qué aspectos hay que analizar conviene tener presente la confianza de las partes.

De acuerdo a lo que se establece el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, es un procedimiento de solución de conflictos, por el cual las partes de común acuerdo y asistidas

por un tercero neutral llamado mediador, procuran un arreglo voluntario de carácter extra judicial y definitivo que ponga fin al conflicto.

En la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 44 se establece que: La mediación puede solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. A este procedimiento pueden someterse las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir, además el Estado o las instituciones del sector público, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva.

Es necesario percibir al proceso de mediación frente a otros métodos de solución de conflictos, a continuación podemos encontrar algunas diferencias que estos guardan frente a la mediación al momento de resolver el conflicto.

- 1. Solución Judicial.** Al resolverse el conflicto a través de la vía judicial, se maneja el procedimiento bajo etapas, las cuales culminaran resolviendo el conflicto a través de una sentencia firme determinada por un Juez, quien será el encargado de resolver sobre las pretensiones de las partes y en la mayoría de los casos las partes no se sienten conformes con lo que se hubiere determinado, o simplemente no se llega a solucionar el conflicto por el cual se originó el proceso.
- 2. Arbitraje.** Se aplica para resolver el conflicto que en la mayoría de los casos está prevista en una clausula voluntariamente establecida por las partes en un contrato. Dentro del proceso de Arbitraje, se designará un tercero que actuará como árbitro, que será el encargado de pronunciar el laudo al que las partes tendrán que someterse y

acatar. Este proceso se distingue por llevar una estructura formal que se basa en las pretensiones de las partes y se manejará en plazos previamente establecidos, en algunos casos se puede sustanciar dicho proceso de acuerdo a normas de derecho.

- 3. Conciliación Laboral.** Este tipo de mecanismo de solución de controversias se aplica únicamente para solucionar conflictos laborales, es decir, casos suscitados entre empleador y trabajador que atenderán a la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por las leyes de trabajo. El plazo de duración de la instancia conciliadora será únicamente decisión del conciliador, es decir, que ninguna de las partes voluntariamente podrán dar por terminado este proceso. Todo lo que se hubiera acordado tendrá que ser puesto en conocimiento al inspector de trabajo.

Con respecto a la práctica del proceso de mediación, a diferencia de los demás este no se maneja bajo plazos ni etapas; por eso el someterse a la mediación ahorra tiempo y costas procesales, mejora las relaciones interpersonales y humanas entre las partes ya que se llega a una solución conveniente y mejoran las relaciones humanas entre las partes en vez de dañarlas, mejorando la comunicación y logrando que las dos partes se encuentren conformes y satisfechas con lo convenido. En si lo que tenemos que distinguir es que dentro de todas estos métodos de solución de conflictos existen otras vías alternativas de solución de controversias, de las cuales se destaca a la mediación que a través de la aplicación de la negociación hace que el proceso sea más rápido y económico, es decir, celeridad procesal y reducir costas procesales que tendrá como resultado final la resolución del conflicto, ya que en base a las necesidades de las partes se manejará el proceso de mediación y únicamente ellas serán las que determinen una solución a la controversia, con respecto a lo acordado esto no necesita homologación si intervienen mayores capaces.

Características

- La mediación es voluntaria, es decir, las partes se someten a este proceso por resarcir sus necesidades por voluntad propia en la que únicamente las partes serán las que propondrán una solución a su conflicto.
- Siempre en el proceso de mediación se preocupará llegar a un consenso entre las partes en las que siempre primará la reparación del daño causado a la víctima, asumiendo responsabilidades el adolescente infractor respecto al daño cometido.
- Primará la libre y voluntaria participación de las partes.
- El mediador siempre será imparcial no tiene autoridad para imponer una solución, únicamente se limitará a escuchar a las partes y dirigir el proceso.
- Se observará dentro del proceso el compromiso por parte del infractor y su familia.
- Se mantendrá un equilibrio entre las medidas de resguardo y reparación con la naturaleza y circunstancias de la infracción cometida.
- La confidencialidad del proceso.
- Al ser un método de solución de conflictos que ahorra tiempo y costos en llegar a una solución, refleja el mejor índice de cumplimiento de los acuerdos.

Principios dentro del proceso de mediación

Algunos de los principales principios que versan dentro del proceso de mediación, son los que a continuación señalamos:

- **Principio de confidencialidad:** Es de carácter confidencial, ya que este procedimiento no es del tipo público ya que aquí únicamente las partes serán las que de acuerdo a sus necesidades instaurarán el proceso y se basarán en sus propias reglas para tomar una solución.
- **Principio de impulso procesal de oficio:** Aquí se dará la eliminación del exceso de formalismo, manteniendo el necesario para garantizar el debido proceso.
- **Principio de inmediación:** Se procura asegurar que el mediador se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos que participan en el proceso.
- **Principio de oralidad:** Este permite que se pueda cumplir con la inmediación, en si la audiencia conjunta es el momento culminante en el acople en que la víctima o victimario se encuentran y consensan.

Cada uno de estos principios y características propias del proceso de mediación ayudará a que se cumpla con los siguientes fines:

1. **Participación:** El proceso de mediación se llevará a cabo mediante la intervención oral de cada una de las partes las cuales intervendrán como interlocutores a la vez no necesitarán la intervención de un profesional para su defensa.
2. **Protección a la víctima:** La mediación se ha caracterizado por ser un método en donde las partes, tanto la víctima como el acusado, siempre quedarán conformes con lo pactado ya que la decisión para resolver el conflicto será tomado en consenso y voluntad de las partes, evitando de esta manera la revictimización de la víctima.
3. **Reparación:** Al final del proceso de mediación firmando las actas siempre se dará la reparación o compensación del daño causado por parte del infractor a la otra parte, buscando que este se haga responsable de sus actos frente a la víctima, en el caso del adolescente infractor más no que tenga una sanción punitiva como resultado de su acción.
4. **Igualdad:** Siempre existirá igualdad de partes en el proceso de mediación, tendrán la misma oportunidad para exponer sus criterios y llegar a un consenso. Las partes que intentan un proceso mediador deben encontrarse en igualdad de condiciones, tener capacidad de decidir por sí mismas, libre y voluntariamente sobre las cuestiones controvertidas. Cuando estos elementos faltan, como en los casos de violencia de género, situaciones de abusos, drogodependencia, perturbaciones mentales graves o situaciones similares, está vedada la mediación porque en estos casos, las partes que se ven afectadas y que, a su vez, se comprometen a cumplir las obligaciones que se

deriven de lo pactado, no se encuentran en plenas condiciones de capacidad para poder negociar y asumir compromisos.¹⁴

5. Independencia: Este proceso se manejará con absoluta independencia. La mediación es un procedimiento privado, en el que las partes deciden el alcance de los acuerdos que se logren, pudiendo evitar las repercusiones públicas tan perjudiciales en conflictos familiares, mercantiles o relativos al honor. Cuando, a los fines de solucionar la controversia, una parte opta por compartir información confidencial o reconoce ciertos hechos, esa información no podrá ser divulgada fuera del contexto de la mediación, incluso si se lleva el caso ante los tribunales.¹⁵

6. Prevención: A través de la aplicación de la mediación se busca la prevención, es por eso que se la considera como un método preventivo, por medio del cual se evita la reincidencia en el cometimiento de un nuevo ilícito, ya que una vez firmado el acuerdo el infractor se compromete a no reincidir.

7. Probidad: La probidad y celeridad en el proceso que se lleva dentro de la mediación son características que la distinguen de los demás mecanismos de resolución de controversias, ya que dentro de este proceso no se manejan plazos.

Fases del proceso de mediación

Dentro del proceso se dan algunas fases entre las que encontramos las siguientes:

¹⁴“*La Mediación*”(2014).Recuperado de <http://www.internos.org/mediacion/caracteristicas.htm>

¹⁵ Ibídem

a. Pre - Mediación: En esta fase previa a la mediación propiamente dicha, se establecen las condiciones que facilitan el acceso a la mediación, aquí cada una de las partes darán su libre y voluntario consentimiento de acuerdo a sus necesidades para poder iniciar el proceso de mediación, se les explicará el proceso a seguir y se solicita su consentimiento para acudir a la mediación. Como es un proceso en donde prima la voluntad de las partes se podrá dar el desistimiento del mismo y se resolverá el conflicto por vía judicial. Además, que ni el infractor ni la víctima como resultado del inicio o término de la mediación tendrán ninguna restricción jurídica de sus derechos.

b. Mediación: Una vez presentada la voluntad de las partes de someterse al proceso de mediación, se les pondrá en conocimiento las reglas sobre las cuales se deberá llevar a cabo el mismo. Se designará a la persona que actuará como mediador del proceso. Esta etapa es necesaria para crear confianza entre el equipo de mediación y los mediados.

- Las partes exponen cada quien los antecedentes del hecho, cada una de las partes son escuchadas.
- Proponer soluciones, aquí una vez escuchada las versiones de los hechos de cada una de las partes se realiza la búsqueda creativa de soluciones.
- Por último, se firmará un acta en la que se detallará el acuerdo al cual llegaron las partes, en ésta se definirán con precisión cada uno de los acuerdos a los que se llegó y a los cuales las partes deberán someterse, ya que tendrá valor de sentencia. De igual manera se consensuará algún otro tipo de procedimiento de revisión para velar que se cumpla con lo establecido.

Etapas del proceso de mediación

Dentro del proceso de mediación se establecen algunas etapas por las que se someten por voluntad libre y consensual las partes que van a participar en las mismas, estas etapas son las que a continuación se detallan:

La etapa de contacto: En esta etapa es donde el mediador se presenta ante las partes poniéndose en contacto con las mismas, transmitiendo confianza a cada una de las partes para que se pueda desenvolver el proceso en un ambiente de tranquilidad.

La etapa de contexto: En esta etapa el mediador hace ingresar a las partes a la sala de mediación, cada una de las partes toma un sitio en la sala y establece cada una su respectiva presentación, explica a cada una de las partes su rol en el proceso y las reglas con las que se van a someter durante el desarrollo del proceso.

La etapa explorativa: En esta etapa el mediador intervendrá como interlocutor escuchando y haciendo preguntas respecto a los antecedentes de hecho sobre el surgimiento del conflicto. Aquí el mediador dará a conocer diferentes visiones de como asumir el conflicto, conocer cuál de las partes es la más preocupada por encontrar una solución, ayudando a las partes a establecer soluciones prácticas y rápidas una vez conocida la raíz de su conflicto. Esta etapa se centra en descubrir la raíz del conflicto y sus antecedentes, conocida como lectura de conflicto.

La etapa Interactiva: Inicia con la negociación entre las partes, buscando llegar a un consenso entre las mismas y encontrar un acuerdo para dar por terminado el conflicto.

La etapa de diseño del acuerdo: En esta etapa se analizan y se discute respecto a las alternativas que cada una de las partes aporte para la solución del conflicto con ayuda del mediador.

Es necesario recalcar, que en ninguna de las etapas del proceso de mediación el mediador impone una solución al conflicto, y que únicamente dirigirá el proceso, y las que llegaran a una solución mediante un consenso, son las propias partes que intervienen en el proceso.

La etapa de resultados finales: Al final del proceso de mediación se pueden presentar las siguientes decisiones:

- Acuerdo Total;
- Acuerdo Parcial; y,
- Imposibilidad del Acuerdo.

Tanto en el acuerdo total como parcial logrado en el proceso de mediación, las partes que participaron en el mismo deben firmar una acta de mediación, en la cual bajo propia voluntad y en consenso aceptan lo pactado en el acta.

En el caso de que no se hubiere llegado a un consenso final para subsanar sus conflictos, se entenderá como imposible llegar a un acuerdo, y se deberá firmar un acta de imposibilidad de acuerdo.

2.2.1 La Figura del Mediador

Dentro del proceso de mediación, interactúan las siguientes partes, los interesados como juez y parte y un tercero neutral que será designado por las partes como mediador, este será el encargado de brindar asistencia a las partes en el proceso de búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para ambas.

La figura del mediador, es una de las más importantes dentro del proceso de mediación, en la que actúa un tercero, neutral e imparcial, que será el que se encargue de asistir en el dialogo conciliatorio a las partes para que puedan llegar a dar una solución al conflicto. Según algunos autores la definen como:

Perdiguero (1995) indica que: “el mediador propone una solución que podrá ser aceptada o no por las partes, aceptación facultativa ésta que lo distingue del arbitraje en que el laudo se impone a la voluntad de las partes” (p.5).

De esta misma manera se pronuncia Montero (1979), al establecer que: “el mediador, además de aproximar a las partes, debe hacer propuestas concretas de solución que aquéllas pueden o no aceptar” (p.92).

Hay que tener en claro respecto al papel que desempeña el mediador en el proceso que este únicamente podrá proponer acuerdos y no está facultado para imponer una solución ya que esta debe devenir del dialogo en el que se concilie la misma para dar por terminado el conflicto.

Con respecto a esto Ross (1977) indica que: “la tarea del mediador consiste en encontrar una solución aceptable para ambas partes, en lugar de determinar lo que es justo o injusto de la cuestión” (p.492).

Funciones

Algunas de las principales funciones que desempeña en el transcurso del proceso de mediación son las siguientes:

- El rol que desempeñará dentro del proceso de mediación se basará primordialmente en escuchar atentamente a los disputantes e incentivarlos hacia un diálogo transparente, de exploración honesta de posibilidades para un acuerdo mutuo logrado a través de un consenso de las partes.
- Antes de dar por iniciado el proceso de mediación, previamente el mediador tiene que informar a las partes en la reunión inicial cuáles son las características del proceso de mediación, el reglamento al cual tienen que someterse dentro del proceso, y se hace partícipe a las partes respecto a las reglas de juego a la que deberán atenerse en caso de optar por esta técnica alternativa de resolución de conflictos.
- Tendrá que lograr un acuerdo consensuado dentro del clima creado y mantenido dentro del proceso de mediación, cuyo límite en acercar a las partes llega hasta donde la voluntad negociadora de ellas lo permita.

- En el caso de que se llegara a producir un estancamiento o una ruptura definitiva de las relaciones, el mediador debe sugerirles que den por terminado el procedimiento a fin de evitar la prolongación de discusiones que desgastan los ánimos y generan mayores costos.
- Será el encargado de proporcionar las actas en donde se van a firmar los acuerdos a los que han llegado en consenso las partes para solucionar el conflicto.

El mediador, siempre tendrá que destacar cualidades como la imparcialidad, flexibilidad, integridad, objetividad ya que durante toda la duración del proceso tendrá que inspirar confianza a las partes que intervienen en el mismo.

Principios de actuación

Hay algunos principios a los cuales debe someterse el mediador al momento de intervenir en un proceso de mediación, básicamente su actuación debe encontrarse precedida por los principios de neutralidad, prudencia, imparcialidad y confidencialidad que a continuación mencionamos:

Neutralidad: Este principio establece que únicamente las partes serán las encargadas de proponer una solución al conflicto fijando un acuerdo, es decir, el poder de decisión lo tendrán las partes dentro del proceso y el mediador únicamente está llamado a garantizar la igualdad de las mismas en el momento del diálogo, no está dentro de sus facultades el de imponer acuerdos.

Prudencia: El mediador durante todo el proceso debe ser prudente y manejar sutilmente sus términos al efectuar sus apreciaciones respecto a la problemática del asunto en conflicto. Su intervención entre las partes le obliga a asumir responsablemente y verídicamente los efectos que surgirán de su intervención, a través de sus sugerencias o recomendaciones para resolver la controversia.

Imparcialidad: La persona que se desempeñe como mediador actuará siempre de manera neutral en sus intervenciones o recomendaciones respecto al caso, es decir, no tendrá ningún tipo de favoritismos o compromiso con ninguna de las partes, ni siquiera con la consecución de un determinado tipo de acuerdo. Esto permitirá que el proceso sea más flexible, brindando la posibilidad de que las partes que intervienen busquen algunas posibles y viables soluciones que una vez acordadas en consenso den solución al conflicto. El mediador en calidad de facilitador, debe sugerir a las partes el asesoramiento necesario.

Confidencialidad: El proceso de mediación debe ser conducido con absoluta privacidad, por parte de las partes que intervienen en el mismo. Por tal razón el mediador está obligado a guardar confidencialidad acerca de sus manifestaciones respecto al caso que se encuentra en su conocimiento. De igual manera con los documentos e informes obtenidos durante el desempeño de su función, a excepción de que a petición de parte se autorice exponer información respecto a la situación que este haya conocido en la mediación. Se podrá revelar información en las siguientes situaciones:

- En el supuesto de que se tomare conocimiento de hechos que originaren o pudieran configurar delito;
- En el caso de que el desarrollo del proceso pudiera causar situaciones que pusieran en riesgo la integridad física o psicológica de alguna persona; y,
- Cuando estuviera en presencia de un hecho ilícito.

El mediador debe actuar como intermediario para apaciguar los ánimos, ya que muchas veces las partes por la gravedad del conflicto no quieren estar presentes frente a la otra parte, es aquí donde el mediador debe actuar fomentando la comunicación entre las partes para que logren subsanar sus conflictos, para así poder proceder a dar inicio al proceso de mediación en el que conjuntamente las partes llegarán a dar solución a su conflicto.

De igual manera hay que señalar que de acuerdo a lo que se establece en el artículo 48 de la Ley de Arbitraje y Mediación, para ser mediador se requiere la autorización escrita de un centro de mediación que deberá fundamentarse en la formación académica que haya recibido el aspirante.

El mediador no necesariamente deberá desempeñar la profesión de abogado, podrá ser cualquier profesional capaz de emprender la mediación con todas sus características y principios.

La figura del mediador es fundamental dentro de la mediación penal, ya que este no únicamente se rige a dar las pautas o directrices de cómo se va a llevar el proceso, no solo orienta a las partes, sino que son buenos escuchas, cosa que llega a inspirar confianza entre las partes, transformarse de un extraño a un amigo, aparte de este componente anímico y cualidades que tiene que tener la persona que haga de mediador debe cumplir con todas las condiciones necesarias para ser mediador, ya que como podemos analizar la mediación penal se encamina dentro de un proceso distinto al común y más aún si se trata de implementarla para casos en los cuales intervengan adolescentes, los cuales al ser parte de un grupo vulnerable necesitan un tratamiento especial y un lenguaje claro.

Hay que tomar en consideración que la persona que se desempeñe en calidad de mediador en casos en los cuales participen adolescentes, debe tener conocimientos que complementen a los de la mediación como son estudios de psicología y pedagogía para que puedan entender los factores que intervinieron para que este adolescente produjera el ilícito y pueda llevar un manejo integral del conflicto durante el proceso.

2.3 Estudio del derecho comparado respecto a la mediación penal

De todos los países que cuentan con sistemas de justicia especiales para jóvenes, se desarrolla la investigación respecto a los de Estados Unidos, Canadá, Francia, Holanda, Noruega y la visión respecto a la aplicación de la mediación penal en Latinoamérica.

Cada uno de los países mencionados cuentan con sistemas especiales de justicia juvenil, dentro de los cuales se considera a la mediación penal como un sistema alternativo de solución de conflictos para el tratamiento del adolescente infractor. Incluso, aunque los principios que inspiren a cada uno de estos sistemas sean concebidos de manera diferente, lo importante es destacar el objetivo común que persiguen con su aplicación, que es la prevención de las causas asociadas a la delincuencia juvenil y tratar de intervenir tempranamente para evitar una reincidencia y que esta culmine con la formación de un delincuente en potencia. Para evitar la consumación de este aspecto final, algunos países como es el caso de Francia, han venido desarrollando de manera intensa programas de intervención comunitaria preventiva y otros, como el caso de Estados Unidos, han optado por un endurecimiento de las sanciones y penas que enfrentan los jóvenes, sobre todo aquellos que han cometido algún delito violento y como vía alterna de solución a la aplicación de la mediación penal.

A través de la revisión de los mencionados sistemas de justicia juvenil de algunos países, se pretende aportar a la discusión nacional por medio de la recopilación y sistematización de sus principales características, hitos y estructuras. Como ya se mencionó, el sistema de justicia juvenil que opera en cada país se forma de acuerdo a una multiplicidad de factores que lo informan y condicionan. Conocer la experiencia de otros países resulta enriquecedor, sobre todo porque permite determinar cómo han evolucionado sus estructuras e instituciones en relación con la respuesta punitiva del Estado respecto de los jóvenes infractores de la ley penal, tema que aún es reciente en nuestro país.

Estados Unidos de Norte América

A pesar que existen antecedentes en los años sesenta en los que se trató de organizar contactos directos entre víctimas y victimarios, a través de mediadores que fueron voluntarios, los primeros programas para la reparación se establecen a finales de la década de los setenta.

Con antecedentes de los años 60 y programas establecidos en los años de 1975 y 1976, estos programas al igual que en Canadá se les conoce con el mismo nombre de “Victim Offender Reconciliation Project”, relacionados con conflictos juveniles. Se les sumaron sesiones en las cuales intervenían padres y jóvenes. La idea de estos programas pretendía la resocialización del adolescente, logrando responsabilizar su conducta, fortaleciendo sus valores éticos y de justicia, con resultados positivos.

De ser necesario, se propone que el menor sea llevado a un servicio de rehabilitación como una alternativa para su concientización.

Este tipo de programas por su agilidad han ido en crecimiento, generando una reconciliación entre las partes y la sociedad; generando así un efecto positivo en varios niveles, tanto administrativo como de madurez social.

Hay que resaltar que la previsión como regla de los criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal ejercida por los Fiscales en los Estados Unidos de América, en donde no rige el principio de legalidad con respecto a dicha acción, ha hecho que las ideas de justicia restaurativa se hayan visto favorecidas, puesto que da un gran ámbito discrecional para la aplicación de las mismas. Por otro lado, el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa en el Derecho Penal Juvenil fue facilitado por las características de dicho Derecho, que lo han hecho favorable a la diversión con o sin intervención, para evitar los efectos estigmatizantes que tiene la privación de libertad. (García, 2000, pág. 1016)

Para tal caso es importante establecer los delitos que pueden ser sometidos a mediación, y para el caso de Estados Unidos se aplicará la justicia restaurativa a través de este medio cuando:

- En la comisión de delitos culposos; en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido;
- En los de contenido patrimonial, que se hayan cometido sin violencia sobre las personas;
- Los que admitan la sustitución de sanciones o suspensión condicional de la ejecución de la pena; y,
- Aquellos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión.

En el caso de Estados Unidos se maneja además de la mediación penal para adolescentes infractores, la denominada conciliación post judicial, en la que se reúne a condenado y víctima tras sentencia judicial, es decir, que se aplicará durante el cumplimiento de la condena, y en determinados casos de delitos muy graves, como es la violación o en casos de intento de homicidio, con el objeto de aportar una satisfacción moral a la víctima y posibilitar el arrepentimiento del condenado. Bajo el contexto de justicia juvenil permite incluso modificar la medida judicial una vez impuesta; para poder llegar a concretar esta conciliación se utilizan técnicas de mediación.

Canadá

Este es uno de los países en los cuales la mediación penal ha tomado gran impulso a través de la implementación de un sistema de justicia restaurativa, es así que Canadá, para el caso de adolescentes infractores y desde 1908, ha instaurado y desarrollado un sistema de justicia juvenil que con el tiempo ha desarrollado como vía de solución alterna de solución de controversias la práctica de medidas como la mediación y conciliación, las cuales se consolidaron a través de la promulgación de una nueva ley de justicia juvenil denominada Youth Criminal Justice Act (YCJA) en el año 2003. Como antecedente de evolución de la misma tenemos que a lo largo de los años se han dado algunos eventos representativos de difusión y práctica de la mediación penal, utilizada para resolver conflictos de adolescentes infractores, tales son:

Para el año de 1975, en Kitchner, Ontario, se dieron los primeros planes de reparación, pensados para jóvenes y luego se extendieron para adultos. Estos fueron reconocidos con el

nombre de VORP (Victim Offender Reconciliation Project)¹⁶, un programa de mediación y reparación de daños a la víctima.

En Law Commision of Canada, en Ottawa en 1975, propuso como procedimiento preliminar al proceso penal, que el autor y la víctima del delito se sienten en una mesa frente a frente e intenten solucionar sus controversias, en un ámbito informal, bajo la mediación de una autoridad.

En los últimos años el tema de la delincuencia juvenil ha sido uno de los aspectos de mayor preocupación para la sociedad canadiense, ya que se ha dado una connotada evolución de la participación de jóvenes en el cometimiento de delitos, por lo que se han establecido medidas correctivas en la nueva ley de tratamiento de jóvenes infractores tales como la aplicación de la mediación penal, que será ejercida en delitos leves como los casos de infracciones de tránsito, siempre y cuando no hubiese terminado con la muerte de la víctima, o contra la propiedad, tales como, violaciones de libertad condicional, incendio, disturbios callejeros, hurto, entre otros, dependiendo la seriedad del delito y al grado de responsabilidad del joven.

La ley de jóvenes infractores ha permitido que casos leves sean excluidos del sistema formal, con buenos resultados al insertar una conducta y castigo social mediante disculpas, restitución del daño, trabajo voluntario y mediación dentro de lo que la ley lo establece.

A la par de las medidas adoptadas en la ley de jóvenes infractores, se ha fijado mecanismos de prevención del conflicto manejados a nivel comunitario, dentro de los cuales se busca enfrentar el problema de la criminalidad antes que ésta se produjese, por medio de la

¹⁶ Fellini, Z. (2001). *La Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, editorial LexisNexis Depalma Buenos Aires- Argentina 2001; P.131.

comprensión de que la mejor manera de reducirla era focalizando los esfuerzos en factores de riesgo, tales como violencia intrafamiliar, deserción escolar, abuso de drogas. Estos mecanismos preventorios se manejaban bajo dos enfoques estratégicos, el primero que orienta a la construcción de las redes necesarias para que los ciudadanos y gobiernos locales se comprometieran en la realización de iniciativas y proyectos con el fin de prevenir el ejercicio delictivo, y la segunda que incluye fomentar el surgimiento de respuestas comunitarias, especialmente orientadas a los grupos de mayor riesgo, como niños y jóvenes.

Francia

Con respecto a este país, se dieron los primeros indicios de aplicación de programas de mediación penal en 1980, estos fueron practicados inicialmente por las Fiscalías de Valence y Grenoble, conjuntamente con la participación de las denominadas oficinas de atención a las víctimas.

Posteriormente se creó el Instituto Nacional de Ayuda a las Víctimas y de Mediación (Inavem) que agrupa la mayor parte de asociaciones de asistencia a la víctima y fomenta el desarrollo de la mediación, la formación de mediadores y la creación y aplicación de un código deontológico para los mismos. El primer reconocimiento legal a la aplicación de la mediación penal data de 1993. En la actualidad existen asociaciones de carácter comunitario que llevan a cabo la mediación penal, denominadas “Boutique de Droit” que trabajan acercando la justicia a los barrios. (Pascual, 2011, pág. 107)

Se practica los programas de prevención, como el que se aplica a nivel de establecimientos educativos denominado mediación escolar, utilizada como forma de prevenir la delincuencia

juvenil en estos grupos vulnerables, en vista de los altos niveles de violencia que se evidencia en los colegios.

Para el año 1993 se establece la denominada ley de reparación, en la que se determina que dentro de las facultades que tiene el fiscal dentro de un proceso es archivar la causa, esto en caso de una reparación mediada, sin determinar la gravedad del hecho.

Esta ley fue muy controversial, lo que produjo que para el 4 de enero de 1993 se la sancionara con la finalidad de sensibilizar a los menores sobre la existencia de normas que establecen la manera de actuar y de la convivencia en sociedad, determinando las consecuencias ante un hecho y estableciendo la existencia de una reparación al daño causado. Posteriormente se identificaron los delitos que se podrían resolver mediante este mecanismo, estos son delitos leves como casos de delitos contra la propiedad, hurto, casos de robo cometidos por jóvenes y los que a discreción del fiscal, una vez analizado el caso, puedan ser sometidos a este tipo de proceso.

De esta manera se propone que el adolescente, siempre con su consentimiento y de sus representantes, esté presente en las fases, la primera realizada antes que el fiscal inicie las actuaciones, y la segunda mientras se lleve a cabo la instrucción.

La mediación se ha venido articulando mediante dos vías, dependiendo del momento procesal en que se aborda: durante la fase instructora, el Ministerio Fiscal, en base al principio de oportunidad, se abstiene de instar la continuación del procedimiento, decisión que, por el principio acusatorio, vincula al Juez; o en fase decisoria, la sentencia

contempla una atenuación de la pena que hará factible la suspensión de su ejecución o la obtención de la libertad condicional. (Pascual, 2011, pág. 107)

Holanda

Es otro de los pioneros en establecer procesos alternos para procesos penales, con la finalidad de evitar el privar de la libertad a menores infractores.

Aquí se promovió el proyecto de ley denominado Almelo, que fue iniciado en 1993 y es el único en su género. Siendo su impulsor la Oficina de Rehabilitación de Almelo, este proyecto tuvo como finalidad proteger tanto a adultos como a menores, y su medio para realizarlo fue el de indemnizar a la víctima y resolver el conflicto entre víctima y victimario.

Así, la mediación pasó a ser una alternativa, aplicándose a todos los delitos en los cuales se pueda pedir una indemnización, como los casos de delitos contra la propiedad, vandalismo, riñas, lesiones que no causaren la muerte de la víctima.

En 1995, se dio una reforma a la ley estableciendo que tanto el Fiscal y la Policía puedan intentar un acuerdo de mediación antes del proceso, logrando conseguir agilidad y economía procesal.

Noruega

Hay que destacar que para el caso de Noruega, se menciona respecto a la práctica de la Mediación Penal, lo expuesto dentro de su denominado Código de Rito, que de acuerdo a los

artículos 67 y 71 establecen que: “*La mediación penal puede constituir la renuncia al proceso penal cotidiano, a una multa o a la suspensión de la pena.*”¹⁷

Como vemos, en este país se establece que los procesos cotidianos penales puedan ser solucionados mediante el establecimiento de una multa, esto de manera general aporta para generar una cultura de mediación vía oficial, lo cual como se ha dicho anteriormente, aporta en gran medida a la economía fiscal lo cual es una de las finalidades más importantes.

A principios de los ochenta se generó un proyecto dirigido a la resolución de conflictos para jóvenes de 14 y 15 años, esto en vista de que en esta etapa empieza la responsabilidad penal como autor.

Además, se establecen los factores que determinan si el caso es adecuado para la mediación, estos son los siguientes: tipo del delito, las circunstancias del caso y si el acusado se reconoce como el autor del delito. El proceso de mediación no se practicará en casos de delincuencia organizada y reincidencia. Tampoco en casos en que cualquiera de las partes sufra de trastornos de personalidad o trastornos mentales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal determina en qué casos está permitido el uso de la mediación, en los que se establece que únicamente será factible en delitos leves, y respecto a la selección del mediador, se realiza un proceso administrativo dentro de los juzgados para su determinación y registro de mediadores.

¹⁷ Código Rito Art.66y 67. (1973). *Medidas Penales*. Costa Rica: Archivos Nacionales.

Chile

Este país fue uno de los precursores en Latinoamérica, en adecuar la aplicación de la justicia restaurativa a través del ejercicio de la mediación para el tratamiento de adolescentes infractores, ejerciendo el principio de oportunidad en las salidas alternativas para solucionar el conflicto; y además, aplicándolo cuando ya se hubiere fijado dentro del juicio una condena, a través de las penas de reparación a la víctima y los servicios en beneficio de la comunidad.

La Ley de Reparación, Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, para el caso de adolescente infractores, establece en su artículo 11 la sanción de Servicios en Beneficio de la Comunidad, señalando:

“La sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad no podrá exceder en ningún caso de cuatro horas diarias y deberá ser compatible con la actividad educacional o laboral que el adolescente realice. La sanción tendrá una extensión mínima de 30 horas y máxima de 120. La imposición de esta sanción requerirá del acuerdo del condenado, debiendo, en su caso, ser sustituida por una sanción superior, no privativa de libertad”.¹⁸

De igual manera, en el artículo 10 de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, determina con respecto a la sanción de Reparación del Daño a la víctima, esta reparación podrá realizarse a través del pago de una suma de dinero, la restitución o reposición de la cosa, o por medio de

¹⁸ Ley de Responsabilidad Penal Juvenil N° 20.084, que comenzó a regir el 8 de junio de 2007, Chile.

un servicio no remunerado a favor de la víctima. Para que este último pueda efectuarla se deberá contar con la aceptación expresa previa del infractor y de la víctima. La ley no menciona expresamente la posibilidad de realizar procesos de mediación penal en estos casos.

Estas penas pueden ser aplicadas por el juez respecto de todos aquellos delitos cuyos marcos penales se ubiquen en los siguientes tramos de penalidad:¹⁹ en el caso de la pena de reparación, ésta se puede imponer respecto de los delitos cuyo marco penal fluctúe entre 1 a 540 días de privación de libertad. En la práctica se tratará de delitos de menor y mediana gravedad, como los hurtos simples, las amenazas, los daños a la propiedad, el robo en lugar no habitado, el robo en bienes nacionales de uso público, el robo de vehículos, el robo por sorpresa y las lesiones leves y de cierta gravedad, entre otros. Respecto de los Servicios en Beneficio de la Comunidad, la ley los establece para delitos cuya pena no sea superior a 3 años de privación de libertad, de manera que los delitos para los que puede establecerse serán faltas, delitos menores y delitos de mediana gravedad, que abarcan prácticamente los mismos señalados para la sanción de reparación, más algunos otros delitos de mayor gravedad, como algunos delitos sexuales. Pero incluso, considerando las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal como la irreprochable conducta anterior, podrían eventualmente recibir una sanción de Servicios en Beneficio de la Comunidad delitos graves tales como el robo con violencia e intimidación.

Como se puede apreciar Chile ha posibilitado la inserción de la justicia restaurativa en sus sistema penal juvenil a través de la implementación de sanciones de reparación, que son las que adecúa la aplicación de procesos de mediación penal para resolver los conflictos de

¹⁹ Díaz, A. (2010, julio 9). La Experiencia de la Mediación Penal en Chile. *Scielo*. Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000100001&script=sci_arttext

adolescentes infractores, en tanto que la implementación de los servicios en beneficio de la comunidad, lograrán el ejercicio de los principios de justicia restaurativa que buscan a través de esta herramienta dar un tratamiento más humanista que permita la reinserción del menor a la sociedad libre de resentimientos.

Colombia

Para el caso de Colombia, las reglas respecto al tratamiento del menor infractor se encuentran en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en donde se insertan las garantías del menor infractor, además, que su sistema penal juvenil se basa en un sistema de justicia restaurativa en la que se busca que el adolescente se haga responsable de sus actos frente a la sociedad. Su codificación se encuentra dividida en dos partes principales, el primer apartado trata de los asuntos que versan sobre los menores infractores, y el segundo respecto a los menores ofendidos. Dentro de la codificación para menores se otorga una definición y se menciona al sistema de responsabilidad penal para adolescentes en su Art.139 como: *“El conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible.”*²⁰. Se agrega que quedan excluidos los menores de catorce años de edad. Con respecto a la fijación de sanciones, se aplicarán medidas que van desde la amonestación hasta la privación de libertad en un centro especializado, la duración de la aplicación de estas medidas no deberá ser mayor a seis años, pero solo para los mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, y solo por delitos como homicidio doloso, secuestro o extorsión. Esta medida puede ser superior pero no podrá exceder los ocho años de internamiento del

²⁰ Código de la Infancia y Adolescencia, Art.139. Corporación Visión Mundial Colombia. Fiel Magister 7.2. Copyright 2006, Actualización 2013. Reformas hasta Noviembre 2013.

adolescente. Para los delitos leves e infracciones menores se les juzgara a través de mediación penal.

Brasil

En Brasil se utiliza la fórmula del sistema tutelar tradicional, estableciéndose que los menores de dieciocho años son penalmente inimputables, respecto a las medidas de protección se aplicará a los menores de 12 años y las medidas sancionadoras a los mayores de 12 años. Se establecen garantías sustantivas pero no desarrolla en detalle el proceso a seguir, por tanto no es tan garantista como se puede pretender. Las medidas socio-educativas que se aplican en este sistema, una vez que por sentencia se haya determinado responsabilidad penal del adolescente son: la advertencia, reparar el daño, trabajo a favor de la comunidad, la libertad asistida, la semilibertad y la internación o privación de libertad.

La mediación será aplicada en casos de hurtos, daños a la propiedad, estafa, asociación ilícita, tenencia ilegal de armas, entre otros, que no causen la muerte de la víctima.

De igual manera se dará la evaluación a los delitos de robo con fuerza en lugar habitado y robo con fuerza en lugar no habitado, robo de cosas en bienes nacionales de uso público, violación no violenta de domicilio, para que en base al criterio jurídico del juez encargado del proceso, se revise el caso y determine si cree conveniente se efectuó una mediación para resolver el conflicto; una vez se haga la petición formal de las partes.

2.4 Posiciones y aspectos coincidentes entre tratadistas

Los defensores de la justicia restaurativa han intentado definirla y uno de los mayores defensores de la justicia restaurativa a nivel internacional es Tony Marshall, que la define como un proceso por el cual las partes o personas que se han visto involucradas o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro. (Marshall, 1999, pàg.26)

Por otro lado se encuentra Daniel Van Ness, que es considerado como otro de los máximos propagadores de esta corriente, quien considera que la justicia restauradora implica procesos restauradores y acuerdos restauradores. Respecto del proceso se enfatiza la deliberación de todas las partes que tienen un interés en el conflicto ayudadas por un facilitador. Respecto de los acuerdos se entiende por tales la restitución, el trabajo en beneficio de la víctima, y también todos los que tengan como objetivo la reparación de la víctima y la reintegración del infractor. (Van, 2003, pàg.166)

Las principales definiciones respecto a la justicia restaurativa provienen de tratadistas extranjeros, ya que la práctica de este sistema tiene sus orígenes en países del Common Law.

Cada una de estas definiciones promueven de manera positiva la aplicación de sistemas alternativos de solución de conflictos, a través de la práctica de la justicia restaurativa y coinciden en los siguientes aspectos:

- La práctica de la justicia restaurativa supone un cambio de acento en la comprensión y aplicación de la justicia criminal convencional.

- Promueve la reparación del daño causado por el delito a través de diálogos entre la víctima y el infractor llevando a dar soluciones rápidas y conciliadoras, fomentando de este modo la pacificación social.
- Otorga mayor protagonismo a las partes en conflicto y la potenciación del diálogo como herramienta para resolver el conflicto.
- Consigue la reparación del daño causado a la víctima, la responsabilización y tratamiento rehabilitador del infractor.
- Involucra a toda la comunidad en la prevención y tratamiento de los delitos.

En fin, apunta a resolver el conflicto de una manera no violenta, en la que las partes se sienten conformes con la solución dada, ayudando de esta manera a no propiciar luego del proceso respuestas violentas que terminen con la reincidencia por parte del infractor.

De esta forma nos acercamos a la esencia de la mediación penal, aunque en principio la mediación se haya venido aplicando y analizando mucho antes de que el legislador la hubiere regulado, es así que algunos tratadistas que apoyan su práctica parten definiéndola, destacando los beneficios que conllevaría su ejercicio como es el caso de Pèrez Sanzberro, Gordillo Santana, Sáez Rodríguez y Palma Chazarra. Estos tratadistas en la mayoría de los casos se destacan como mediadores prácticos que han plasmado sus experiencias y métodos a través del ejercicio de este proceso, y lo definen de la siguiente manera:

Según Pérez Sanzberro, la mediación constituye una forma de intervención en un conflicto, un método, que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo por ellas mismas. La mediación puede, por tanto, representar un instrumento que posibilite la conciliación sobre la base de la reparación del daño, aun cuando no necesariamente tenga que estar dirigida a ésta. El mediador no tiene la capacidad decisoria que tiene un árbitro o un juez. (Pérez, 1999, pàgs.21y22)

Gordillo Santana, considera que podríamos entender por mediación un sistema de regulación de conflictos totalmente abierto a diferentes interpretaciones. Lo cierto es que existen múltiples escuelas y teorías sobre lo que se entiende por mediación y en consecuencia, diversas definiciones del concepto. Dar una definición puede ser positivo, pero también puede servir para dejar fuera a los que tienen una visión diferente. No obstante, a pesar de ello, en algo sí existe consenso respecto a cuáles son los elementos esenciales que lo integran, la existencia de un conflicto, de personas que son parte en el mismo y de una tercera persona que no toma decisiones pero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto. (Gordillo, 2007, pàgs.181y182)

Para Palma Chazarra, define a la mediación como un sistema estructurado mediante un proceso de intervención técnico en un conflicto, entre al menos dos personas, por el que las mismas, a través de conversaciones dirigidas por un tercero equidistante, sin poder de decisión para imponer soluciones, acuerdan una opción pacífica y satisfactoria para ambas, con proyección hacia su futuro cumplimiento. (Palma, 2007, pàg.40)

Sàez Rodríguez, define a la mediación penal como el sistema de gestión de conflictos en que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos y habilidades específicas, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial, ayuda a las personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor en ambas posiciones en los supuestos de denuncias de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal. En este ámbito, la mediación tiende, por lo general, a una conciliación extrajudicial entre el autor de la infracción y la víctima en el marco de un encuentro, a una despenalización y a lograr una reparación libremente consentida por ambas partes. (Sàez, 2008, pàg.314)

De esta manera se puede considerar al proceso de mediación como una medida terapéutica con la que la víctima puede responder todas sus incógnitas respecto a la comisión del ilícito en su contra y podrá ir superando los traumas que estos pudieron haber causado en su persona.

Las definiciones antes expuestas concuerdan en que esta medida alternativa de solución de conflictos permite a la persona infractora, en este caso al adolescente infractor, responsabilizarse de sus propios actos y hacerse cargo del dolor causado a la persona de la víctima, ya que mucha veces se piensa que el infractor no es capaz de sentir culpa de lo que hizo, lo cual se puede dar en ciertas ocasiones pero no hay que generalizar esta conducta. Hay varios casos en los que una persona cumpliendo su pena, se encuentra acabada psicológicamente por la culpa que la persigue especialmente en los casos de adolescentes infractores, que por su edad necesitan ser tratados de diferente manera que un adulto.

Los tratadistas que hemos tomado en consideración con sus ponencias respecto a la práctica positiva del ejercicio de la mediación penal; coinciden en que el sistema penitenciario no permite la oportunidad de conciliación a través de la petición de perdón a la víctima por parte del infractor, y no le ofrece una completa reinserción social que le permita tomar las riendas de su vida de una manera productiva, una vez cumplida su pena. En general la mediación penal posibilita la creación de escenarios públicos y privados que posibilitan un cambio moral hacia el respeto recíproco dentro de la convivencia social y la minimización del sufrimiento humano.

2.5 Posiciones y aspectos divergentes entre tratadistas

Los aspectos en que discrepan los tratadistas son que tipo penal podrá ser sometido a mediación, que hacer en casos de que se dé el incumplimiento de los acuerdos de reparación, el poder de decisión del mediador, los límites a su aplicación cuando puede suponer la violación de algún derecho. Conjuntamente a estos concretos problemas de carácter procesal que se presentan en su aplicación, se han planteado diversos reproches del tipo político criminal que implican una oposición respecto a la inclusión de la mediación en asuntos penales, los cuales se especifican a continuación:

a) Privatización del derecho penal

Una de las objeciones que se da alza frente a la implantación de la mediación penal como lo afirma Martínez Escamilla es atribuir a esta institución una mácula de privatización de la función jurisdiccional por su carácter alternativo al proceso penal

tradicional, en cuanto que puede suponer una especie de privatización de la respuesta al delito y de la pretensión punitiva, que pertenece en exclusiva a la titularidad del Estado, afirmando de esta manera que este tipo de procedimientos como la mediación en el ámbito penal no está en condiciones de suplir satisfactoriamente las garantías que nos ofrece el actual sistema penal. (Escamilla, 2008, pàg.473)

Pero respecto a este mismo aspecto los tratadistas Vidoso y De Jorge Mesas, consideran que la mediación penal en ningún caso puede asimilarse a la privatización del derecho penal ya que no trata de arrebatar el ejercicio del “ius puniendi” al Estado para devolvérselo íntegramente a las víctimas. Simplemente, propicia que las partes tengan su espacio propio como personas dentro del sistema penal. Y esto no significa privatizar el derecho penal. El proceso de mediación penal no se desarrolla al margen del proceso, sino que nace de él y vuelve a él para dar forma y respuesta jurídica a esos acuerdos a los que llegan las partes tras dialogar sobre sus necesidades y posibilidades de reparación. Por tanto, la mediación penal no persigue entre sus fines la abolición del derecho penal. (Vidoso y Mesas, 1995, pàg.309)

Es así, que tanto el derecho penal y la práctica de la mediación intraprocesal o intrajudicial no se excluyen mutuamente sino que se complementan, ofreciendo de esta manera a los justiciables un modelo de justicia más humanista, que acerca al diálogo y conciliación entre las partes para resolver el conflicto.

En relación a la denuncia de privatización del derecho penal por una forma de composición privada o acuerdo negociado que sustituiría a la pena y la medida de seguridad como respuestas sancionadoras, es pertinente recordar que la mediación reparadora no puede jugar

como alternativa a la determinación judicial de la respuesta penal. En nuestro sistema, y como hemos dicho en otro apartado, el acuerdo de reparación es considerado por el juez, con la interacción de las acusaciones y de la defensa, para seleccionar y cuantificar la pena, suspenderla o sustituirla, es decir, en los márgenes estrictos de lo que significa la determinación de la punibilidad de una persona por una conducta delictiva. Incluso en el caso de que se regulara alguna fórmula de desarrollo del principio de oportunidad, nunca se desbordarían los límites del derecho penal.²¹

Con los aspectos que se han mencionado y las posiciones en las que se basan los tratadistas considerados anteriormente, hay que establecer que el ejercicio del sistema clásico de justicia se basa en la aplicación de una justicia retributiva que busca la solución del conflicto en la decisión de un tercero y es en éste que los sujetos procesales depositan la responsabilidad para dar una solución al caso a través de una sentencia de privación de libertad. Dentro de este ejercicio procesal las partes no participan de manera directa en la resolución de la controversia, por lo que la solución que se da no permite un acercamiento entre las partes sino que provoca un resentimiento, producto de no haber subsanado el dolor, perpetuándose de esta manera el conflicto al mantenerse el mecanismo de vencedores y vencidos dentro del sistema.

b) Resonancias moralizantes de la mediación

Algunos penalistas respaldan la idea de que no es facultad atribuible al derecho penal restañar las heridas morales causadas por el delito y resolver el conflicto humano desencadenado por éste.

²¹ Pascual, Esther (2012) *La Mediación en el Sistema Penal* (Tesis Doctoral). Recuperada de Repositorio digital de la UCM (Núm. 16592/1/T33979).

Herrera Moreno, establece que se puede admitir que, siendo cierto que no es una finalidad presupuesto de legitimidad del ius puniendi, tampoco deslegitima la mediación penal, siempre y cuando no colisione con los fines que legitiman el sistema penal o con los derechos de las partes. (Herrera, 1996, pàg.389)

El derecho penal protege bienes jurídicos y se usa para sancionar su violación, pero en ningún caso para incorporar pautas morales de comportamiento: ni el arrepentimiento ni el perdón están entre sus fines, reconociendo el carácter punitivo del derecho penal caracterizado por el ejercicio de una justicia retributiva. (Bilbao, 1999, pàg.14)

Las denominadas resonancias moralizantes, como se ha considerado al dialogo de las partes en busca de la conciliación, el perdón a través del reconocimiento de la responsabilidad de los hechos del ilícito por parte del infractor, según estos autores no cabe dentro de la esfera de la práctica del derecho penal y debería quedar al margen del mismo.

Para el caso de la mediación debe existir un reconocimiento al menos parcial de los hechos, pero a diferencia de la confesión, en el proceso de mediación no basta con que el infractor reconozca que ha robado o ha lesionado, sino que se supone, o se espera, que en un esfuerzo de alteridad asuma la responsabilidad por su comportamiento. En este sentido pareciera que la finalidad de la mediación fuera la interiorización por parte del autor de los valores que la norma vulnerada representa. Frente a esta comprensión de la mediación, la crítica sería que un derecho penal respetuoso con la libertad del individuo no puede perseguir la interiorización de valores, sino tan sólo el respeto a las normas que lo representan.²²

²² Pascual, Esther (2012) *La Mediación en el Sistema Penal* (Tesis Doctoral). Recuperada de Repositorio digital de la UCM (Núm. 16592/1/T33979) pág. 122

Pero en lo que concuerdan es respecto al beneficio de la aplicación de la mediación penal para resolver casos de adolescentes infractores, ya que al ser un mecanismo que llama a la interiorización de valores que se exige a las partes; la capacidad de pedir perdón y de perdonar dentro de un ejercicio en donde te pones en el lugar del otro; logrando con esto que el infractor muestre su arrepentimiento y que acepte su responsabilidad en la ejecución del hecho pidiendo perdón por su comisión a la víctima.

Admitiendo de esta manera que estas exigencias como la interiorización de valores a través del dialogo y posterior conciliación entre las partes tienen sentido en el derecho penal de menores, al tratarse de un derecho de carácter tuitivo que busca salvaguardar el interés del menor, respecto a su educación y reinserción adecuada a la sociedad.

c) Deterioro de los fines del derecho penal y de la pena

En la aplicación de la mediación penal se cuestiona la relación que se da entre víctima e infractor al momento de producirse la reconciliación a través de un proceso de diálogo entre las partes, pues se verá a la reparación como un medio para lograr reducir la pena, dejando pues a un lado la aplicación de las funciones de prevención del derecho penal, ya que se puede llegar a percibir de que tras la comisión de un delito se va a tener la opción de pedir perdón, se pagará la responsabilidad civil y de esta manera se evitará el juicio, sin que haya cumplido con su responsabilidad penal por el cometimiento del ilícito.

Esta propuesta puede devenir en malas interpretaciones respecto a la aplicación del proceso de mediación, dándose casos en los que se entienda que la justicia que se implanta es blanda, de

acuerdo a esta postura, los sometimientos voluntarios al proceso de mediación se efectuarían únicamente para fines utilitaristas, convirtiéndole en un instrumento mas no en un medio.

Contrario a esta postura, hay que mencionar que la mediación penal no busca la impunidad del delincuente ni atenta contra la prevención general, que es uno de los fines que persigue la imposición de la pena, si no que se encargará de conciliar a las partes a través del dialogo, preocupándose por los intereses de la víctima y buscando la total reinserción del infractor a la sociedad.

Como resultado de la mediación, en la mayor parte de los casos, siempre habrá un reproche en forma de pena, pero ésta siempre será en alguna medida útil para la víctima y supondrá también alguna ventaja para la persona que va a ser condenada, lo que desde luego no equivale a premiar o incentivar su conducta delictiva. Sin embargo, se puede pensar que la mediación puede suponer una invitación para delinquir, pues la persona que ha cometido la infracción penal reconoce los hechos, pide perdón, repara en la medida que puede a la víctima, en algunos casos se le impone una pena adaptada a sus necesidades y ahí acaba todo.²³

Martínez Escamilla, manifiesta sus dudas respecto al contenido material del efecto de pacificación social, si redunde en la protección de bienes jurídicos o por el contrario se agota en un efecto psicológico de estabilización del clima emocional, entendiendo que aún no está suficientemente justificado cómo la justicia restaurativa coadyuva a la prevención general de la positiva.(Martínez,2008,pàg 491)

²³ Mejías, G. (2009): *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid: El Derecho, pág. 54.

La aplicación del proceso de mediación para resolver conflictos no significa que no habrá la imposición de una pena al momento de resolver la controversia, al igual que el mecanismo tradicional basado en una justicia retributiva en donde la fijación de la pena como castigo es lo que impera; la mediación penal nace como un proceso complementario que subsiste a la par dentro del mismo sistema penal pero en el que se practica una justicia restaurativa.

CAPÍTULO III

3. SANCIONES COMUNES A LOS ADOLESCENTES

INFRACTORES

3.1 La Inimputabilidad

Zaffaroni, según lo asienta en su tratado de Teoría del delito, la inimputabilidad no es otra cosa que la inexigibilidad de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad proveniente de incapacidad psíquica. De esta manera; estableció a su criterio que las causas de inimputabilidad son: a) insuficiencia de las facultades; b) alteración morbosa de facultades y, c) la imposibilidad de dirección en acciones. (Zaffaroni, 1973, pàg.597)

El motivo principal por el que el inimputable no posee la capacidad de delinquir, y de ser considerado como culpable, es la de que se pueden evidenciar claramente deficiencias o fallas de carácter psicosomático o sociocultural, que le impiden valorar adecuadamente la juridicidad o antijuricidad de sus acciones y regular su conducta de conformidad con tal valoración. Cada una de estas deficiencias de personalidad se evidencian en desarrollo mental bajo, inmaduro o senil, en trastornos psicológicos permanentes o transitorios y en dificultades de acomodamiento sociocultural.

La calidad de inimputable se deriva del hecho de que el sujeto no puede, en razón de tales deficiencias, comprender la ilicitud, ilegalidad o gravedad de su actuar, evidenciándose casos en los cuales no pudiendo comprender la antijuricidad del hecho se lo efectúa por parte del sujeto en el caso de las personas que se sufren algún tipo de discapacidad mental, que les impide asimilar o diferenciar entre lo bueno y lo malo de un acto.

Para Zaffaroni, los siguientes son considerados como inimputables:

- Menores de edad;
- Ancianos en casos de demencia senil;
- Enfermos mentales;
- Sordomudos;
- Quienes actúen en estado de grave alteración de la consciencia o bajo formas agudas o crónicas de ebriedad; y,
- Y la toxicomanía.²⁴

3.1.1 Menores de Edad

El proceso de desarrollo psicomotriz, intelectual y de la personalidad de una persona es el resultado de una lenta y progresiva evolución que comienza desde el momento mismo de la gestación y solo termina con la extinción de la persona.

Al momento del alumbramiento el niño se encuentra desprotegido, no tiene una conciencia propia aunque goce de una propia estructura biosíquica, aún sigue dependiendo de sus padres para poder subsistir. Al pasar el tiempo el reloj cronológico jugará un papel importante en la adaptabilidad del menor a su entorno, ya que a medida de que va creciendo éste va adquiriendo una personalidad definida que le permitirá no solo adaptarse al medio sino crear una vida interior propia que le permitirá ser consciente de su actuación.

El proceso de desarrollo, tanto intelectual como psicológico, de un menor no es fácil ni sencillo, depende de varios factores hormonales y ambientales. El ciclo vital de un ser humano se lo ha dividido en cinco etapas que son:

- Infancia;
- Juventud;

²⁴ Zaffaroni, R. (1973). *Teoría del delito*. Buenos Aires: Losada, p.598

- Adultez;
- Madurez; y,
- Senilidad.

El desarrollo de la personalidad del niño es producto de un proceso de desarrollo lento y gradual, ya que tanto su sistema neuronal como su sistema nervioso central maduran progresivamente, por etapas fisiológicas naturales como muy bien lo establece Zaffaroni (1973) “Antes de estar de pie, permanece sentado; antes de hablar balbucea; antes de decir la verdad, inventa; es egoísta antes que altruista; depende de los demás antes de poder valerse por sí mismo” (p.560).

La etapa de la infancia es una de las más difíciles del desarrollo del menor porque marcará y definirá su personalidad y su calidad de ser humano, la mayoría de los traumas se generan en esta etapa y marcará al menor causándole secuelas que fomentarán una mente delictiva o con grado de resentimiento social, ya que el ambiente en donde se desarrolle y su entorno familiar son la fuente que determinará qué clase de ser humano será en el futuro. En su etapa de niñez éste comenzará a diferenciar los lados objetivos y subjetivos de la realidad en la que tendrá que convivir; empieza a darse cuenta de que sus deseos y apetencias puede que no siempre sea aprobadas por la autoridad de sus padres y mayores. Una vez terminada esta etapa el niño pasa a convertirse en un adolescente que ya es plenamente capaz de emitir juicios que le permiten diferenciar entre lo real de lo subjetivo , empieza a diferenciar lo simplemente material de lo intelectual; comienza a sentirse un ser social y a amoldar sus reacciones a esa nueva realidad en la que le toca vivir, sin olvidar al conflicto en el que se encuentra pasando tanto emocional como hormonalmente, ya que dejó de ser un niño pero tampoco es un adulto, es aquí donde aparece el conflicto de personalidad, identificándose el período de la juventud, en la cual se identifican los siguientes aspectos:

- Aquí se llevará a cabo la culminación de su desarrollo sexual;
- Tendrá el raciocinio y capacidad necesaria para hacerse responsable de sus actuaciones ante la sociedad;
- La aparición del pensamiento abstracto, esto es, de la capacidad de establecer relaciones lógicas entre conceptos generales; y,
- El comienzo de la acción del individuo como tal frente a la sociedad.

Esta etapa permite descubrir al joven un despertar tanto sexual como emocional, en el que necesariamente necesitan una orientación de sus padres, a falta de ellos los jóvenes buscan apoyo en adultos que muchos de ellos los manipulan y les ofrecen salidas fáciles a sus problemas o conflictos. El joven que no es adulto ni tampoco un niño se encuentra en conflicto, incomprendido por lo que se ve en un vaivén emocional en el que enfrenta frecuentes crisis de agresividad, no sabe cómo manejar o qué rumbo tomar en su vida y cómo sobrellevar los problemas.

En esta época pueden darse coetáneamente muestras del mayor egoísmo y del más sublime altruismo, de la más refinada sensibilidad y de la más fría indiferencia; por ello, Mira y López (2001), sostiene que: “hemos de guardarnos mucho de establecer un pronóstico de la definitiva evolución moral o caracterológica de un joven, sin conocer si sus hechos actuales corresponden a lo observado en su infancia” (p.46).

De esta manera podemos mencionar que el individuo como tal, antes de llegar a la adultez, aún no tiene bien formada ni su personalidad ni su parte volitiva, ni intelectual ya que las etapas anteriores son la base principal en donde se proveen los mecanismos y herramientas necesarias para poder subsistir y formarse como parte integral en la sociedad.

En derecho existen dos corrientes en la que se maneja el tratamiento de los menores, una que es la positivista en la que se menciona que el menor debe ser tratado como tal y no por tener

cierta edad tendría que ser detenido y expuesto a un proceso de juzgamiento; y, por otro lado, se encuentra la teoría clásica en la que se establece que el menor es considerado como inimputable siempre y cuando su inmaduro psiquismo y su capacidad no le permita percibir la ilegalidad e ilicitud en el cometimiento de sus actuaciones.

La teoría que más se aplica es la clásica, en la que se determinara la inimputabilidad del menor y se juzga la responsabilidad del comportamiento solo a partir del período de la adolescencia, donde el comportamiento del joven comienza a tener importancia jurídico penal, ya que es aquí donde tiene el suficiente criterio formado para poder emitir juicios de valor dentro del ámbito de lo social.

3.1.2 Criterios legales para determinar las causales de inimputabilidad

Para poder determinar las causales de inimputabilidad en el caso de algunas legislaciones se han tomado en consideración factores cronológicos, biológicos, psicológico, social y el jurídico, para poder fijar la responsabilidad en el cometimiento de un ilícito y fijar la edad para considerarse a un menor como inimputable sobre un hecho.

Con respecto al aspecto cronológico, este atiende a la edad del individuo para poder determinar cuándo serán considerados como inimputables, y desde qué edad se establecerá responsabilidad de los actos ilícitos. Se ha entendido en muchos países el régimen de edad de inimputabilidad apunta a los menores de entre catorce o dieciséis años.

El factor psicológico se basa en el hecho de que el inimputable no comprende el significado de su comportamiento y por eso no es capaz de autorregularse; esto se da por la simple inmadurez mental del menor, es por eso que se debe entender la edad en sentido psicológico y no cronológico, o tomando en cuenta los traumas psíquicos que afectaran el desarrollo intelectual de la personalidad, o alteraciones biopsíquicas que disminuyan su capacidad de comprensión y de actuación.

Por otro lado, debemos mencionar la práctica del denominado criterio jurídico, nacido de la facultad de valoración que tiene el juez en cada caso, para determinar con respecto a la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud de su actuación y comportamiento, de esta manera la inimputabilidad surge cuando de esa valoración judicial se determine que el autor de una conducta típica y antijurídica no estaba en condiciones de comprender la ilicitud de su actuar, o de autorregularse.

3.2. Clasificación de los delitos y contravenciones en el derecho penal común en relación a los adolescentes infractores.

Dentro del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), respecto al tema del delito, en su artículo 18 se establece que: “*Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código*”.²⁵

En su artículo 19, establece la clasificación de las infracciones en delitos y contravenciones; definiendo al delito como la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días. A la contravención se define como la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días.

Tanto los delitos como las contravenciones podrán ser cometidas por menores de edad, a pesar de esto la doctrina prefiere hablar de “actos infraccionales” y “menores infractores” para referirse a los actos y a los sujetos relacionados con los hechos antijurídicos cometidos por menores, precisamente para no confundirlos con la delincuencia común. Por lo mismo, para

²⁵ Código Orgánico Integral Penal, Art.18. Corporación de Estudio y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 2014, Actualización 2014. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb-2014.

referirse a menores es más adecuada la utilización de ésta terminología para diferenciarla de la del derecho penal que rige para las personas que cumplen la mayoría de edad.

Los delitos y contravenciones establecidas en el Código Orgánico Integral Penal, son imputables a quienes los cometen, pero solamente si tienen la condición de adultos, pues, según el Artículo 305 del Código de la Niñez y Adolescencia *“los adolescentes son penalmente inimputables, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en leyes penales.”*²⁶

Por tanto, las infracciones cometidas por menores adolescentes tienen otro tratamiento y escapan al juzgamiento penal común, todo ello en virtud al carácter tutelar del derecho en general a favor de los menores. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es la herramienta principal con la cual se juzgará y sancionará la responsabilidad de estos menores adolescentes en el cometimiento de infracciones.

Por otro lado, se debe señalar que de acuerdo a lo expresado en el artículo 307 del Código de la Niñez y Adolescencia, los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos flagrantes en los que hubiera sido aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometido, éste será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar

²⁶ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 305. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 737, 3 de enero del 2003.

medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.²⁷

De acuerdo al análisis respecto a la modalidad y la frecuencia de las infracciones cometidas por adolescentes, se puede proponer la siguiente clasificación: leves, graves y habituales.

EL TIPO INFRACTOR LEVE: Es el niño, niña o adolescente que se ve comprometido en conductas antijurídicas contra la propiedad, como es el caso del hurto de menor cuantía, y se efectúa sin violencia, que producen lesiones personales leves.

EL TIPO INFRACTOR GRAVE: Es el niño, niña o adolescente que comete un acto tipificado por la ley como el caso de los delitos cuya sanción de internamiento en centros de rehabilitación de menores pase de los seis meses. El ilícito es de mayor magnitud y sus resultados también lo son, como por ejemplo el caso de un homicidio. Además, en esta clase de infracciones el menor que los comete revela carencia de sensibilidad moral y social, y tiene antecedentes personales que demuestran una desadaptación en su conducta.

EL TIPO INFRACTOR HABITUAL: Se califica de habitual al infractor niño, niña o adolescente, cuando su reincidencia en las conductas típicas y su renuencia para aceptar los tratamientos bio-síquicos, socio-pedagógicos demuestran graves problemas de comportamientos y/o avanzado estado de desadaptación social. Este menor infractor puede cometer desde infracciones menores hasta graves en forma reincidente. Para efectos

²⁷ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 307. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 737, 3 de enero del 2003.

didácticos y de acuerdo a la ocurrencia por parte de menores, se podrá clasificar a las infracciones en graves, menos graves y en contravenciones.

Infracciones Graves.- Dentro de este tipo de infracciones están:

1. Delitos sexuales.
2. Homicidios.
3. Delitos cometidos con armas de fuego con muerte.
4. Trafico de drogas.

Delitos Menos Graves.- Dentro de este tipo de infracciones tenemos los delitos como:

1. Delitos contra la Propiedad (hurtos, robos y abigeatos).
2. Tenencia ilegal de armas.
3. Tenencia ilegal de drogas (para consumo y venta de estas sustancias).

En las infracciones cometidas por adolescentes infractores, se puede apreciar que estos no son ajenos a los delitos cometidos por adultos; inclusive, muchas veces son conducidos o propiciados por los mismos. En la actualidad resulta grave en nuestra sociedad que los delincuentes adultos conduzcan a los menores a la delincuencia, siendo presas fáciles por su vulnerabilidad y convirtiéndose así en delincuentes de alta peligrosidad, aún cuando su conciencia nos les permita descifrar la magnitud de sus hechos.

Como podemos observar, los menores se convierten en víctimas de la sociedad por doble vía, por un lado tienen deficientes condiciones de vida que los conducen a la comisión de delitos;

y, por otro lado, son utilizados por los delincuentes mayores de edad para su provecho, con las consecuencias psicológicas, sociales y de enfrentamiento con la justicia.

Contravenciones.- Como las que mencionamos a continuación:

1. Consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública.
2. Consumo de drogas en la vía pública.
3. Rencillas en vía pública.
4. Escándalo en la vía pública.
5. Provocación al desorden en espectáculos públicos.
6. Amenazas a otra persona con armas blancas o de fuego.
7. Porte de armas blancas o de fuego.
8. Arrojar piedras u otros objetos contundentes en parajes públicos.

En el Ecuador, según la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes (Dinapen), en el año 2013 hubo la cantidad de 2280 menores que fueron aislados y privados de su libertad en centros de rehabilitación de menores a nivel nacional. En los últimos años se ha podido observar que el nivel de criminalidad de menores ha ido en aumento, casos como el ocurrido en Julio del 2013 en el que tres adolescentes se fugaron del Centro de Rehabilitación para Menores en la ciudad de Riobamba, y producto de su fuga terminaron matando a sangre fría a un policía y a un matrimonio en la ciudad de Santo Domingo, algunos de ellos tenían edades que oscilaban entre los 16 y 17 años, quienes pertenecieron a pandillas y ya antes habían sido detenidos por delitos menores por los que se les juzgó aplicándoles medidas socio-educativas únicamente, volviendo a reincidir cometiendo delitos de mayor gravedad, por lo que se les había aplicado medidas de privación

de libertad, las cuales como podemos evidenciar no lograron el objetivo sino más bien los volvieron más violentos.

Es así, como se puede identificar que tanto métodos como medidas que se toman para buscar la reinserción del menor como un elemento útil a la sociedad, no están funcionando ya que existen falencias en la aplicación de los mecanismos para el juzgamiento, y las medidas que se fija como sentencias para los menores crean mayor resentimiento social en ellos.

Se ha podido determinar que hoy en día hay mayor cantidad de menores que pertenecen a pandillas, quienes son reclutados por personas adultas para ser parte de estos grupos delictivos.

En el 2013, según la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN), a nivel nacional, señalan que el 40 por ciento de los adolescentes internos en los centros de rehabilitación para menores entró por escándalo en la vía pública, el 20 por ciento, en cambio, por delitos de robo y tenencia ilegal de armas. De acuerdo a DINAPEN al menos 134 niños y adolescentes fueron utilizados por adultos para el cometimiento de delitos en Guayaquil. La mayoría (91%) tenía entre 15 y 17 años y en un menor porcentaje (9%) estaba entre 11 y 14 años, según los partes de la Policía. Según fuentes de DINAPEN, los delitos más comunes en que los menores participan son el asalto y robo (en el 94%).

En la ciudad de Quito y como podemos observar en la gráfica N°. 1²⁸ más adelante, se han venido incrementado delitos en contra de la propiedad privada, llegando a una cifra en el 2013 de 264 adolescentes detenidos en centros de rehabilitación solo en la ciudad de Quito, seguido

²⁸ Departamento de estadísticas. Dirección Nacional de Policía Especializada en Niños, Niñas y Adolescentes (DINAPEN). *Delitos cometidos por menores período 2013*.

de una cifra de 206 detenciones de menores por cometer delitos en contra de personas, a los que se les aplicó medidas de privación de libertad.

Como se puede apreciar el nivel de criminalidad respecto a los delitos en contra de las personas cometidos por adolescentes representa una alta cifra, dentro de la cual se consideran casos en los que los menores han atentado en contra de la vida de personas, causando heridas y lesiones mortales que han causado la muerte de la víctima. Dentro de estos delitos se debe incluir el delito de sicariato, ya que la mayoría de veces éste es efectuado por menores de edad, los cuales son reclutados por adultos que los utilizan aprovechándose de su grado de inimputabilidad que como menores de edad gozan ante la ley.

Para el caso de los delitos sexuales, éstos presentan una cifra alarmante de 459 adolescentes detenidos por esta causa en el año 2013, teniendo un índice de 285 violaciones, seguida de atentado al pudor, abuso sexual de menores hacia menores.

Algunos de estos casos se han dado por manipulación o bajo órdenes de adultos. A la par se han detectado 109 casos de adolescentes que han cometido delitos como venta y consumo de drogas.

1. Estadísticas período 2013 (Delitos cometidos por menores en el DMQ).

Rótulos de fila	DMQ	Total general
C.PERSONAS	206	206
ASESINATOS	34	34
HERIDAS/LESIONES	147	147
HOMICIDIOS	6	6
PLAGIO O SECUESTRO DE PERSONAS	5	5
RAPTO	1	1
TENTATIVA ASESINATO/HOMICIDIO	13	13
C.PROPIEDAD	264	264
ABUSO DE CONFIANZA	3	3
HURTOS	97	97
OTROS ROBOS	33	33
ROBO ACCESORIOS	4	4
ROBO DOMICILIO	30	30
ROBO/ASALTO A PERSONAS	96	96
ROBO/ASALTO CARROS	1	1
C.S.PUBLICA	187	187
ASOCIACION ILICITA	14	14
DAÑO A LA PROPIEDAD	11	11
INTIMIDACION / AMENAZAS	144	144
TENENCIA ILEGAL DE ARMA/EXPLOCIVOS	18	18
SEXUALES	459	459
ABUSO SEXUAL	61	61
ACOSO SEXUAL	10	10
ATENTADO CONTRA EL PUDOR	85	85
ESTUPRO	10	10
RAPTO	4	4
TENTATIVA DE VIOLACION	4	4
VIOLACIONES	285	285
SUSTANCIAS ESTUPERFACIENTES Y PSICOTROPICAS	109	109
TENENCIA Y POSESION ILICITA	105	105
TRAFICO ILICITO	4	4
TRATA_PERSONAS	1	1
RECLUTAMIENTO CON FINES DELICTUOSOS	1	1
VARIOS	38	38
VARIOS	38	38
Total general	1264	1264

Fuente: Departamento de Estadísticas (DINAPEN).

Se puede apreciar respecto a los datos que hemos mencionado que una de las infracciones de mayor incidencia cometidas por adolescentes infractores son los delitos en contra la propiedad privada y atentados contra la propiedad pública.

Por lo antes expuesto, urge implementar la mediación como mecanismo incluso de carácter preventivo, a través de la realización de proyectos en los cuales se dé a conocer cómo se aplicaría, en qué consiste la mediación penal, su procedimiento y desarrollo, a la cual puedan someterse los adolescentes, lo que permitiría la readaptación de los mismos dentro de la sociedad, logrando evitar que sean reclusos en centros que no resuelven la situación, más bien contribuyen al desarrollo delictivo

3.3. Las contravenciones más comunes cometidas por adolescentes y sus sanciones.

De acuerdo a lo que se ha podido apreciar, se observa una mayor incidencia en el cometimiento de contravenciones por parte de adolescentes, considerando a las mismas como un tipo de infracciones que por su naturaleza son de menor gravedad que un delito, por lo que las sanciones también son más leves.

En el derecho comparado encontramos que entre las sanciones impuestas en casos de contravenciones cometidas por menores infractores, se establecen las siguientes:

1. Multa de hasta una unidad tributaria mensual.
2. Amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor.
3. Amonestación al padre, madre o tutor.

4. La realización de trabajos en beneficio de la comunidad ofrecidos por la Municipalidad respectiva u otro organismo público. Dichos trabajos podrán realizarse también a favor de una persona jurídica de beneficencia o de derecho privado.
5. Sometimiento a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

En los casos de contravenciones cometidas por adolescentes infractores; el juez del adolescente infractor será el competente para el juzgamiento; ya que no existen comisarías de adolescentes.

El juzgamiento se lo hace en una sola audiencia, pero se le debe citar al adolescente con anticipación y la resolución se pronunciará en la misma audiencia, y no podrá haber recurso alguno contra ésta.

El juzgamiento no puede exceder de los 10 días desde la comisión de la contravención. Se prohíbe el internamiento preventivo de un adolescente por el cometimiento de una contravención.

De esta manera para tratar este tipo de infracciones se imponen medidas socioeducativas no privativas de libertad que están establecidas en el Artículo 378 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia; estas son:²⁹

²⁹ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 378. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 737, 3 de enero del 2003.

1. **Amonestación:** es un llamado de atención verbal hecho directamente por el juzgador al adolescente y a sus padres o representantes legales o responsables de su cuidado, para que se comprenda la ilicitud de las acciones.
2. **Imposición de reglas de conducta:** es el cumplimiento de determinadas obligaciones y restricciones para que se comprenda la ilicitud de las acciones y se modifique el comportamiento de cada adolescente, a fin de conseguir la integración a su entorno familiar y social.
3. **Orientación y apoyo psico socio familiar:** es la obligación del adolescente y de sus padres, representantes legales o responsables de su cuidado, de participar en programas de orientación y apoyo familiar para conseguir la adaptación del adolescente a su entorno familiar y social.
4. **Servicio a la comunidad:** son actividades concretas de beneficio comunitario que impone el juzgador, para que el adolescente las realice sin menoscabo de su integridad y dignidad, ni afectación de sus obligaciones académicas o laborales, tomando en consideración su edad, sus aptitudes, habilidades y destrezas, y el beneficio socioeducativo que reportan.
5. **Libertad asistida:** es el estado de libertad condicionada al cumplimiento de directrices y restricciones de conducta fijadas por el juzgador, sujeta a orientación, asistencia, supervisión y evaluación, obligándose el adolescente a cumplir programas educativos, a recibir la orientación y el seguimiento, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento de adolescentes.

Además para complementar según el artículo 384 del Código Orgánico de Menores y Adolescentes, para los casos de contravenciones, se aplicará la medida de amonestación al adolescente y llamado de atención a los padres, y una o más de las siguientes medidas:

- a) Imposición de reglas de conducta de uno a tres meses.
- b) Orientación y apoyo psico socio familiar de uno a tres meses.
- c) Servicios a la comunidad de hasta cien horas.

Se puede concluir mencionando que las contravenciones, a pesar de tener un grado más leve que un delito, son sin duda un problema serio dentro de la sociedad, ya que el consumo de sustancias psicotrópicas, escándalos, riñas, entre otros, ponen en riesgo no solo la integridad del menor sino su propia vida.

La implementación de la mediación penal para adolescentes infractores se podría aplicar con mayor eficacia para el caso de las contravenciones, logrando con esto que el proceso sea mucho más ágil y con mejores resultados para las partes involucradas; igualmente con mejores logros en cuanto al juzgamiento evitando sanciones infructuosas que no producen resultados positivos, y que por el contrario en muchos casos ha generado reacciones negativas por parte de los adolescentes.

3.4. Infracciones más comunes cometidas por adolescentes y sus sanciones.

En la última década se ha podido observar que muchos grupos delictivos se han venido aprovechando de la calidad de inimputabilidad que tienen los menores para poder reclutarlos

en sus grupos delictivos para cometer delitos que atentan contra la vida, hoy en día uno de los delitos cometidos por menores es el denominado sicariato. De igual manera otro de los delitos que ha venido en ascenso cometidos por menores en varios países son: los delitos sexuales, que en la mayoría de los casos son producidos por adolescentes a menores, en ocasiones estos casos se producen por orden o dirección de sus propios padres, sin saber siquiera el daño irreparable que se produce tanto para la víctima como para el infractor. Respecto a esta clase de infracciones, en la mayoría de casos los menores de edad siguen el ejemplo de personas mayores de edad, sin entender en forma consciente lo que están haciendo, y viven sometiendo a sus víctimas sin tener conciencia de la gravedad de estos actos y sus resultados.

A largo o corto plazo, este sistema de manipulación y violencia y abusos que sufren los menores y adolescentes generaran en ellos una conducta de rechazo y resentimiento social en las que en muchos de los casos se creará un ambiente de venganza, odio, rechazo, generando que la víctima se vuelva con el paso de los años en un nuevo infractor, como se ha podido evidenciar en el caso de los violadores, que según los estudios realizados en los casos de mayor trascendencia como el conocido “Camargo” y el “Monstruo de los Andes”, proceden de procesos de violación perpetrados en su contra.

Si bien se establece que los adolescentes son penalmente inimputables, esto no quiere decir que sus conductas no sean juzgadas y sancionadas; sin embargo, la diferencia está en los mecanismos de juzgamiento que deben ser protectores, y en las sanciones que se convierten en medidas de reeducación y readaptación social.

En relación a delitos cometidos por adolescentes en la mayoría de países de América Latina, se establece un sistema de responsabilidad penal con las siguientes características:

- Se va a considerar a las personas menores de 18 años como inimputables penalmente. Se les coloca fuera del sistema penal de adultos. Es así que en la mayoría de los casos se considera inimputables a los menores de 18 años, con la excepción de la Argentina y Bolivia, donde se fijó desde los 16. Aquellos que quedan por fuera de toda sanción del orden penal son los niños menores de 12 años, en el caso de Ecuador y Argentina.
- Se considerarán como adolescentes a los menores que se encuentran en edades entre los 12 y 18 años, estos son sujetos a un sistema especial de responsabilidad penal. En las últimas dos décadas, a lo largo y ancho del continente se legislaron sistemas especiales de responsabilidad penal juvenil, cuyo margen de edad suele fijarse entre los 12 y 18 años, aunque en algunos casos inicia desde los 13 años en países como Paraguay, Uruguay, Nicaragua, Guatemala, en cambio en otros países, como es el caso de Colombia, Panamá y Chile, a los 14 años.
- El común denominador entre las características que comparten otros estados respecto al tratamiento del menor infractor, se refieren a las medidas de privación de libertad o de internación, ya que se aplican de manera excepcional, cuando el menor comete delitos graves, y siempre como último recurso, dependiendo del contexto socioeconómico, donde esté incluido el sujeto infractor, es así que de manera variable, el promedio de reclusión se extiende de 3 a 5 años en Sudamérica, mientras que en América Central alcanza plazos más altos, llegando hasta los 15 años en Costa Rica. Los márgenes de edad definidos en la mayoría de las legislaciones de América Latina son coincidentes y definen un sistema especial de responsabilidad penal para

adolescentes entre los 12 y 18 no determinándose ningún tipo de responsabilidad penal a los menores de 12 años de edad.

- En el caso del Ecuador y otras legislaciones como Costa Rica, El Salvador, Honduras, México y Venezuela, se considera como niños a la persona menor de 12 años de edad, estos estarán eximidos de todo tipo de responsabilidad a diferencia que los adolescentes, en algunos casos aún prevalece para ellos la denominada responsabilidad civil, y solo estarán sujetos a medidas de protección.
- Fuera de la aplicación de la denominada "mano dura" y del llamado "populismo penal", en los países de toda América Latina, con la aplicación del sistema penal juvenil se trata de instaurar regímenes especiales para menores en conflicto con la ley, cuyas medidas punitivas aspiran a un contenido socioeducativo y de resocialización de los jóvenes, es decir, se busca la reinserción del mismo a la sociedad.

3.5 Proceso de juzgamiento del adolescente infractor

Al ser considerados como parte de un grupo vulnerable al cual se le debe prioridad y protección por parte del Estado, por el hecho de ser menores de edad, en el caso de haber cometido algún tipo de delito serán juzgados por su grado de responsabilidad en el cometimiento del mismo, garantizándoles un debido proceso. Este proceso se sustanciará bajo el principio constitucional consagrado en el artículo 76 numeral 2 que establece: *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.”*³⁰ En concordancia con

³⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 76. Asamblea Nacional. Fiel Magister 7.2. Copyright 2008.

lo que se establece dentro del Título II en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, respecto a los derechos y garantías del juzgamiento, que en el artículo 311 expresa que: *“se presume la inocencia de un adolescente y será tratado como tal mientras no se haya establecido conforme a derecho, en resolución ejecutoriada, la existencia del hecho punible y su responsabilidad en él.”*³¹

Es necesario mencionar que de acuerdo a lo establecido en la Constitución referente al proceso de juzgamiento para adolescente, en su artículo 77 numeral 13 considera que: *“Para los adolescentes y adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.”*³². Estableciendo de esta forma que el manejo de los casos de adolescentes infractores, al ser un grupo vulnerable, deberá ser diferente al de un adulto, por lo que como sanción se aplicarán medidas del tipo socioeducativas, y como último recurso el ingreso a un centro de rehabilitación para menores.

Respecto al juzgamiento del adolescente infractor, en el artículo 334 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se establece que: *“El ejercicio de la acción para el juzgamiento del adolescente corresponde únicamente al fiscal. Las infracciones de acción privada se tratarán como de acción penal pública. Las reparaciones integrales procederán sin necesidad de acusación particular.”*³³ En el mismo articulado se regula a la prescripción del ejercicio de la acción, que para los casos de delitos prescribirá en tres años, y las contravenciones en treinta días desde su cometimiento. Para el caso de las medidas socioeducativas, éstas prescribirán en

³¹ Ibídem, Art. 311

³² Constitución de la República del Ecuador, Art.77. Asamblea Nacional. Fiel Magister 7.2, Copyright 2008.

³³ Ibídem, Art. 334

el mismo tiempo de su imposición, que no podrá ser menor de seis meses desde el día en que se ejecutorió la sentencia. Al existir casos de delitos conexos, la mediada socioeducativa que será impuesta es la que corresponda al delito más grave.

Los juzgados que se encargarán de llevar el proceso de casos en los que se encuentren involucrados menores de 18 años, estarán únicamente especializados en menores y serán diferentes a los del resto de ciudadanos, quienes se encargarán de dar seguimiento al proceso y determinar la responsabilidad del menor en el ilícito. Antes, durante y en el desarrollo del proceso se les aplicarán normas penales específicas. Para ello es necesario que el joven sea menor de edad en el momento en que se cometieron los hechos que revisten las características de delito.

Los jueces de adolescentes infractores son las autoridades a quienes les compete conocer las causas en las que intervienen adolescentes en la comisión de un delito, éstos serán los encargadas de pronunciarse respecto a la responsabilidad penal y también en el caso de que exista responsabilidad del tipo civil que se deriven de los actos o hechos concebidos por personas cuyas edades están comprendidas entre los 14 y los 18 años, además de determinar la ejecutoriedad y cumplimiento de la sentencia impuesta.

El objetivo de la investigación, una vez iniciado el proceso de juzgamiento del adolescente infractor, es determinar el nivel de participación que tuvo el adolescente en la ejecución del ilícito del que se le estuviere acusando, y se busca identificar cuáles fueron las circunstancias en el ambiente social, familiar que influenciaron en la conducta del adolescente para cometer el ilícito. Además, se buscará armar el perfil psicológico del adolescente para entender las circunstancias que fueron las que le obligaron a transgredir la ley, definir su personalidad y conducta frente a lo sucedido, de tal manera que el juez pueda determinar bajo estas bases qué

tipo de medida socio – educativa es la más adecuada para el caso que se encuentre en su conocimiento, para lograr el acometido final que es lograr la reinserción integral del menor a la sociedad.

El tipo de medidas que se aplicarán a cada uno de los adolescentes infractores decididas por el juez encargado de la causa serán impuestas de acuerdo a la responsabilidad implicada a cada uno en el ilícito a fin de que puedan hacerse responsables ante la sociedad de sus infracciones. Estas medidas pueden ser de diversos tipos y comprenden desde la amonestación hasta el internamiento en centros de rehabilitación en régimen cerrado.

El Ministerio Fiscal velará por el respeto de los derechos que legalmente se reconocen a los menores de edad. Para determinar el tipo de sanción se tomarán en consideración el grado de participación y con ello el de responsabilidad que tiene el adolescente frente al hecho. Al momento de fijarlas el Juez tomará en cuenta la edad del adolescente, las circunstancias sociales, familiares e intereses de por medio que estuvieron involucrados para la ejecución de la acción que obligaron a que cometiera el ilícito. El test de personalidad realizado al adolescente jugará un papel primordial en el desarrollo del proceso de juzgamiento, ya que permitirá tener un conocimiento amplio sobre cómo poder tratar el caso del menor al momento de fijar una sentencia.

En el caso de que el adolescente infractor hubiere incurrido en algunos hechos delictivos, al llevarse a cabo el juzgamiento de los mismos se le aplicarán una o varias medidas. Si dicha conducta delictiva le hace responsable al adolescente de una o más infracciones, o si fue únicamente utilizada dicha acción como vehículo para cometer otra más grave, se aplicará la sanción a la infracción que tenga mayor gravedad.

Tanto leyes y normativas nacionales como las de carácter internacional firmadas entre estados a través de tratados o convenciones, amparan las debidas garantías procesales del adolescente infractor al momento de ser juzgado, y velan por el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para que no sean vulnerados por los estados, irrespetando su calidad de inimputables o juzgándolos bajo el derecho penal para personas adultas.

Una de las principales convenciones dedicada a la protección de los derechos de los menores en el juzgamiento de las conductas antijurídicas de los adolescentes infractores es la Convención Sobre los Derechos de los Niños (CDN), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en la que se establece garantías del tipo penal y procesal que todo menor tiene acceso por derecho, y las que todos los estados están obligados a respetar y hacerlas cumplir por parte de los organismos de juzgamiento para adolescente infractores.

A través de dicha Convención se logró impulsar nuevos mecanismos que convertían al menor no en simples instrumentos manipulables, o en algunos casos considerados como ornamentos sociales que aparte de significar una cifra, eran considerados como sujetos pasivos y sin derechos. La implementación de estos mecanismos por parte de la Convención ayudó a que este panorama desolador para el menor se trasformara, logrando que niños y adolescentes sean vistos como personas activas, titulares de derechos y obligaciones ante la sociedad.

Por otro lado, se encuentran las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riyadh, 1990) que determinan normas para la protección de los menores privados de libertad; cuyos preceptos se encuentran correlacionados con los derechos humanos y libertades fundamentales, buscando extinguir los efectos perjudiciales producto de la detención, fomentando de esta forma la integración en la sociedad.

Hay que distinguir que dentro de nuestra legislación, existen diferentes tipos de medidas que son impuestas por el Juez al momento de fijar una sentencia al adolescente infractor, que están contempladas en la gran mayoría de estos tratados y reglamentos internacionales de protección al menor infractor. Estas medidas recogidas en nuestra legislación son las siguientes:

3.5.1 Medidas cautelares y las medidas de internamiento

De acuerdo a lo que se señala en el artículo 378 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, respecto a la aplicación tanto de las medidas cautelares y las medidas de internamiento, el fin que se busca al aplicar dichas medidas privativas de libertad al fijar una sentencia, es asegurar la reinserción a la sociedad del adolescente una vez haya sido determinada la responsabilidad del mismo en el cometimiento del ilícito. Cada una de esas medidas se darán bajo vigilancia en centros de rehabilitación para adolescentes y demás centros especializados para el tratamiento de menores.

Cada uno de estos centros en donde se procederán a cumplir dichas medidas, se encontrarán divididos en módulos especiales adecuados a la edad, grado de madurez y principalmente a cumplir tanto necesidades básicas como educacionales, a través de talleres educacionales y

tratamiento psicológico especial, que se les imparte en estos centros en busca de rescatar sus habilidades que podrán hacerlos entes productivos en la sociedad, además que deberán ser centros en los que se procurará favorecer el contacto con la familia del menor, mejorando y fortaleciendo los lazos familiares para que el menor se sienta respaldado y comprendido y se pueda llegar a subsanar resentimientos que desencadenaron ese comportamiento antisocial. Dentro de estos establecimientos se determinarán los permisos ordinarios y extraordinarios de los que puede disfrutar el niño, niña o adolescente internado.

Según lo dispuesto en nuestra legislación, respecto al tratamiento del adolescente infractor, éste deberá ser internado en el centro más adecuado para el cumplimiento de la medida impuesta, y para la designación del mismo se tomará en cuenta la ubicación del domicilio del menor, ya que este centro deberá estar cercano al de su domicilio.

Se podrá dar la opción de traslado a otro centro distinto de los anteriores, siempre y cuando se lo solicite para salvaguardar el bienestar del menor, este se va a realizar previa autorización en la se reitere la aceptación del juez de menores que haya dictado sentencia.

En todos los casos en los que los menores se encuentren privados de su libertad cumpliendo medidas impuestas en su sentencia, se les respetará sus derechos sin ser privados de su alimentación diaria, educación continua, no podrán ser incomunicados ni negársele su derecho a visitas por parte de sus familiares, sobre todo se respetará su dignidad y se salvaguardará su bienestar al ser un grupo vulnerable.

Respecto del internamiento en régimen cerrado:

De acuerdo al artículo 379, numeral 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a todos los menores que se les haya interpuesto esta medida de internamiento institucional, tendrán que cumplirla en los centros de rehabilitación especializados para menores, en los que se realizarán todas sus actividades diarias conjugadas con un régimen de trabajo social, talleres educativos y demás actividades recreacionales hasta que cumplan la condena establecida en su sentencia. La aplicación de la medida de privación de libertad se efectuará siempre y cuando se haya observado el uso de violencia, alevosía o intimidación.

En el caso de que se le fijara la pena máxima al menor con una duración de 5 años por la comisión de un delito, por su gravedad o por reincidencia del mismo, y al momento de fijarla este tuviera 16 años cumplidos, la duración de esta medida será complementada por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros 5 años.

Respecto del internamiento en régimen semiabierto:

Los menores que estuvieren sometidos a este tipo de medida deberán cumplirla en un centro de internamiento, pero todas las actividades diarias tanto de educación, laborales o de ocio las realizarán fuera de los centros, siempre bajo la vigilancia de la autoridad competente. Esta medida se puede combinar con la aplicación de medidas socio-educativas, como por ejemplo actividades de labor comunitaria.

Respecto del internamiento en régimen abierto:

Con respecto a la aplicación del internamiento en régimen abierto, el menor al que se le impone esta medida deberá ingresar al centro de internamiento que se le hubiere designado y cumplir con su internamiento el tiempo que dure su sentencia, dentro del centro deberá cumplir con los programas y regímenes del mismo acogiéndose a todas las actividades de proyecto socio-educativo realizando servicios a la comunidad, estas no intervendrán con sus actividades de estudio o laborales.

Respecto del internamiento terapéutico:

En los denominados centros de internamiento terapéutico se realiza una atención educativa especializada para los menores que padecen anomalías o alteraciones psíquicas, dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas.

Respecto del tratamiento ambulatorio:

El menor al ser ingresado dentro de este tipo de programa recibirá asistencia adecuada para el tratamiento de desequilibrios del tipo psicológico, mental, anímico, dependencias de drogas, casos de alcoholismo que se pudieren presentar. Este tendrá que realizar visita ocasional al centro de rehabilitación las veces que se hubieren determinado por el juez, o las que sean requeridas por parte de los especialistas que se encuentran en conocimiento del caso del menor.

Respecto de la medida de asistencia a un centro de día:

La aplicación de esta medida consiste en que el menor siga en su domicilio habitual y acuda a un centro, donde realizan actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de recreación.

Respecto a la aplicación de la medida de permanencia de fin de semana:

Al menor que se le hubiere interpuesto esta medida deberá ser obligado a permanecer en un centro de rehabilitación o en su domicilio por horas entre la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, se exceptuará el tiempo que estos deberán estar cumpliendo sus labores con la comunidad cumpliendo las medidas socio-educativas que el juez les haya impuesto. Esta medida será únicamente aplicable por un cierto tiempo determinado que los cumplirá únicamente los fines de semana, y que serán fijadas por el juez, siempre y cuando lo que se hubiera cometido por parte del menor no fuera una falta grave.

Respecto a la implementación de la denominada libertad vigilada:

Esta medida es aplicada con el fin de llevar un registro con respecto a las actividades diarias que realiza el menor adolescente al que se le ha interpuesto esta medida, se le practicará un seguimiento sobre su asistencia a su centro de educación o su lugar de trabajo. Durante este tiempo los ayudarán a equilibrar su grado de estabilidad emocional para enfrentar todas las circunstancias o factores que influyeron en su comportamiento para que cometieran la infracción.

La imposición de esta medida obliga al menor adolescente a cumplir con las medidas socio-educativas que señala la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de igual manera deberá mantener con el mismo las entrevistas establecidas en el programa y, en su caso, las reglas de conducta que el juez en conocimiento de su causa le hubiere impuesto al fijar su sentencia.

Las reglas que acompañan a esta medida, que deben ser cumplidas por el menor consisten en:

1. Cumplir regularmente con la asistencia al centro docente donde se encuentre realizando sus estudios, y en caso de que no asistiere deberá justificar las faltas ante el Juez que conoce de su causa. De igual manera deberá ser partícipe de todos los programas del tipo formativo como educativos, culturales, deportivos, laborales o afines a los mismos para que se encuentren con mayor seguridad para asumir sus responsabilidades y aporte a la sociedad.
2. Se le encuentra negada la asistencia a ciertos lugares o establecimientos de espectáculo el tiempo que dure esta medida.
3. El menor estará obligado a residir y a tener un domicilio fijo mientras dure el tiempo de la imposición de esta medida.
4. La prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización previa.
5. El menor está obligado a presentarse ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe para informar de las actividades realizadas y justificarlas.
6. También se considerarán algunas otras condiciones, prohibiciones y obligaciones que no atenten en contra de la dignidad del menor y que se crean convenientes aplicar por parte del Juez, para conseguir la reinserción del menor a la sociedad.

Respecto de la medida de convivencia con otras personas, familia o grupo educativo:

La aplicación de esta medida busca la reinserción social adecuada del menor, compartiendo en varios ambientes para que pueda sentirse acoplado, y mejorar las relaciones interpersonales del menor. Los centros y lugares donde se van a llevar este tipo de programas deben ser seleccionados adecuadamente y especializados para el tratamiento de menores. La aplicación de esta medida durará el tiempo que el Juez considere conveniente.

Respecto a las prestaciones en beneficio de la comunidad:

Esta medida está enfocada a realizar actividades sociales en beneficio de los más necesitados, como indigentes o personas que se encuentre viviendo en circunstancias precarias.

El tiempo que durarán estas prestaciones sociales de servicio en la comunidad no puede superar las 100 horas, salvo en el supuesto de los adolescentes mayores de 16 años y siempre que los mismos se hubiesen cometido con violencia, intimidación o con grave riesgo para la vida de las personas, en cuyo caso se les podrán imponer prestaciones de hasta 200 horas.

Respecto a la aplicación de la privación de licencias administrativas:

Esta medida se la aplicará únicamente cuando las acciones que hubiera cometido el menor hayan sido calificadas como meras faltas. Las prohibiciones que se establecen dentro de esta medida consisten en la privación del permiso de conducir vehículos a motor, o del derecho a obtenerlos, licencias administrativas para ejercer la caza y para el uso de cualquier tipo de arma. De igual manera esta medida durará el tiempo que se haya establecido para el cumplimiento de la sentencia.

Respecto a la aplicación de la medida de inhabilitación absoluta:

Al aplicar esta medida el menor estará privado de sus honores, empleos y cargos públicos, de igual manera se le realizará una declaración de incapacidad para que no pueda acceder a los mismos.

En el caso del Ecuador

En el caso de nuestro país el sistema penal juvenil tiene sus bases fundadas en la justicia retributiva, en la que se usa la coerción como medio de solución del conflicto. Para el caso de menores las sentencias serán fijadas de acuerdo al grado de responsabilidad que ellos hayan tenido en el cometimiento de la infracción, además que se observará la gravedad del delito para determinar qué tipo de infracción se le impondrá.

El proceso de juzgamiento de adolescentes infractores de acuerdo a lo que se establece en el artículo 340 se divide en las siguientes etapas:³⁴

1. Instrucción.
2. Evaluación y Preparatoria de Juicio.
3. Juicio.

Antes de dar inicio a la investigación previa, según se determina dentro del artículo 342 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el fiscal podrá investigar los hechos que por

³⁴ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 340. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 de 4 febrero del 2014.

cualquier medio lleguen a su conocimiento en el que se presuma la participación de un adolescente, la duración de esta etapa no podrá ser superior a cuatro meses en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años, ni de ocho meses en aquellos sancionados con pena superior a cinco años.

Transcurridos los plazos señalados, el fiscal, en el plazo de diez días, ejercerá la acción penal o archivará la causa, y en caso de no hacerlo, dicha omisión se considerará como infracción leve de acuerdo con el Código Orgánico de la Función Judicial. Dentro de los plazos previstos para la investigación, el fiscal solicitará al juzgador competente señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, siempre que existan los elementos suficientes. La audiencia de formulación de cargos se desarrollará de acuerdo con las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Existen algunos casos en los que el proceso de juzgamiento del adolescente infractor se efectúan de manera diferente, respecto al tiempo en el que se lo realiza y considerando la valoración mental del menor; es decir, en los casos en que este padeciera un cierto grado de discapacidad mental. Es así que a continuación del artículo 342 del Código Orgánico de Niños y Adolescentes, se determina lo siguiente:³⁵

- **Casos de delitos flagrantes**

En este tipo de casos, de acuerdo al artículo 342-a, la audiencia de calificación de flagrancia se la efectuará dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la audiencia oral ante el juzgador competente, en la que se calificará la flagrancia y

³⁵ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 385. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 de 4 febrero del 2014.

la legalidad de la aprehensión. El fiscal formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite.

- **Caso de trastorno mental**

Este es un caso especial en el que si el adolescente infractor padeciere algún tipo de trastorno mental, permanente o transitorio, al momento de cometer la infracción, éste no será responsable penalmente, empero, será el juzgador competente quien dictará una medida de seguridad proporcional, previo informe psiquiátrico de un profesional designado por el fiscal. De acuerdo al artículo 342-b, el juzgador competente mantendrá la ejecución de la medida impuesta o decretará su revocatoria, de oficio o a petición de parte, en audiencia, con informe de un médico psiquiatra designado para el efecto.

Con respecto a la etapa de instrucción, el tiempo que durará será de cuarenta y cinco días, que comenzarán desde la fecha de la audiencia de formulación de cargos. La etapa de instrucción para casos de delito flagrante no podrá extenderse más de 30 días .Si se diera el caso de existir la participación dentro del hecho delictivo de otro adolescente, el fiscal se encargará de solicitar una audiencia para la vinculación de éste al proceso. La instrucción podrá mantenerse abierta por un plazo de veinte días contados a partir de la audiencia de vinculación, ésta se efectuará con la presencia tanto del adolescente como la de su defensor.

Una vez concluida la etapa de instrucción, si se suscitara el caso de que no se hubiera podido determinar la culpabilidad o el grado de responsabilidad o de participación que el adolescente haya tenido en el cometimiento del delito, el fiscal deberá emitir un dictamen abstentivo de manera escrita, debidamente motivado, dentro del cual también se solicitará al juzgador competente que dicte sobreseimiento en un plazo de cinco días, en cuyo caso cualquier

medida que se haya impuesto contra el adolescente deberá ser revocada. Caso contrario, cuando se llegara a comprobar la existencia de este hecho y se vincule al adolescente como participe de dicha acción delictiva, se deberá solicitar inmediatamente al juez competente señale el día y la hora para efectuarse la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en la que el fiscal emitirá su dictamen acusatorio contra el adolescente infractor.

En la siguiente etapa se determinará el grado de responsabilidad del adolescente infractor frente al hecho delictivo a través de la presentación de pruebas. Es así que en la etapa de audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, según lo que se establece en el artículo 356 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia, se desarrollará de conformidad con las siguientes reglas:³⁶

1. Instalada la audiencia, el juzgador solicitará a los sujetos procesales se pronuncien sobre los vicios formales respecto de lo actuado. De ser pertinentes, se subsanarán en la misma audiencia.
2. El juzgador resolverá sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y cuestiones de procedimiento que pueden afectar la validez del proceso. La nulidad se declarará siempre que la omisión pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión. Toda omisión hará responsable a los juzgadores que en ella incurren, quienes serán condenados en las costas respectivas.
3. El juzgador concederá la palabra a la fiscalía para que exponga los fundamentos de su acusación. Luego intervendrá la víctima, de estar presente y el defensor del adolescente.

³⁶ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 356. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 de 4 de febrero del 2014.

4. En esta audiencia se podrá presentar propuestas de conciliación, suspensión del proceso o remisión.

5. Concluida la intervención de los sujetos procesales, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán:

- Anunciar las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio.
- Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba.

Una vez terminado con estas diligencias, dentro de esta etapa se sentarán las razones de todo lo actuado en la audiencia y la respectiva resolución.

La audiencia de juicio se sustentará sobre la base de la acusación fiscal, esta se llevará a cabo con la presencia del adolescente con su defensor privado o público y el fiscal de adolescentes. La defensa de cada parte tendrá derecho de exponer sus alegatos, antes de que se exponga la práctica de pruebas.

La sentencia contendrá la decisión del Juez de adolescentes infractores; dentro de la cual por escrito se mencionará la existencia del ilícito, el tipo de infracción que se cometió y la responsabilidad de éste en el cometimiento, además, se establecerá la medida socioeducativa que se le ha impuesto y la reparación a la víctima, si se diere el caso.

Una vez ejecutoriada la sentencia se deberá aplicar las medidas socioeducativas, excepto en los casos de adolescentes que se encuentren en estado de gestación y adolescentes que sufran de problemas mentales, a quienes no se les podrá privar de su libertad. Estas medidas serán de carácter educativo, y dependiendo del tipo de infracción que se hayan cometido será interpuesta la medida; es así que para los casos de contravenciones y delitos se dispone lo siguiente:

Para el caso de contravenciones, se aplicará medidas socioeducativas tales como la amonestación y el llamado de atención de sus padres; estas se complementarán con otras medidas como la imposición de reglas de conducta de uno a tres meses, orientación y apoyo psico socio familiar de uno a tres meses, y servicios a la comunidad de hasta cien horas.

Para el caso de los delitos, de acuerdo al artículo 385 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, las medidas socioeducativas aplicables a los delitos sancionados en el Código Orgánico Integral Penal son:³⁷

1. Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de un mes hasta cinco años, se aplicará la medida de amonestación y una o más de las siguientes medidas:
 - Imposición de reglas de conducta de uno a seis meses.
 - Orientación y apoyo psico socio familiar de tres a seis meses.
 - Servicios a la comunidad de uno a seis meses.
 - Libertad asistida de tres meses a un año.
 - Internamiento domiciliario de tres meses a un año.
 - Internamiento de fin de semana de uno a seis meses.
 - Internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año.
2. Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años y hasta diez años, se aplicará la medida de amonestación y una de las siguientes medidas:
 - Internamiento domiciliario de seis meses a un año;

³⁷ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 385. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 del 4 de febrero del 2014.

- Internamiento de fin de semana de seis meses a un año;
- Internamiento con régimen semiabierto de seis meses a dos años; y,
- Internamiento institucional de uno a cuatro años.

Para los casos de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a diez años, se aplicará la medida de amonestación e internamiento institucional de cuatro a ocho años. Adicionalmente y seis meses antes de concluir esta medida socioeducativa, se realizará una evaluación integral que determinará la necesidad de seguimiento y control de hasta dos años posteriores al cumplimiento de la medida. Para los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el juzgador especializado en adolescentes infractores impondrá además la obligación de que el adolescente asista a programas de educación sexual, dentro del tratamiento de las medidas socioeducativas.³⁸

Es necesario entender que los adolescentes no son adultos pero tampoco dejan de ser niños, así que el Estado está llamado a prestar atención prioritaria al momento de tratar de reinsertarlos a la sociedad con la aplicación de un sistema de justicia restaurativa al momento de dar una sentencia. El tratamiento coercitivo con medidas represivas que generen más violencia o resentimiento de parte del adolescente a la sociedad, no resuelve el caso de inseguridad ni reduce el índice delincucional producido en mayor escala por adolescentes. La aplicación de la mediación penal será beneficiosa y evitará tomar medidas como la privación de libertad en centros de rehabilitación del adolescente infractor.

³⁸ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 385. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 de 4 febrero del 2014.

CAPÍTULO IV

4. APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL PARA ADOLESCENTES EN EL ECUADOR.

4.1 Problemas de los métodos utilizados para rehabilitación de adolescentes infractores.

A lo largo de la última década y en la actualidad se han venido dando críticas en cuanto a la persecución del ilícito ya que no satisface las expectativas de la víctima al ser el afectado directo y también por parte de las personas que se encuentran cumpliendo su pena en las cárceles, razón por la que se ha podido evidenciar entre los ciudadanos la insatisfacción respecto al manejo de la justicia penal en el país, generándose de este modo la existencia de inseguridad penal a la falta de una justicia eficiente, de esta manera dentro del enfoque social se ha producido una deslegitimización del sistema penal. Se debe además mencionar, la existencia de la vulneración de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad en las cárceles y demás centros de detención y principalmente el no cumplimiento de las garantías constitucionales que consagran que la finalidad de esta medida es buscar la rehabilitación del reo y no para el abuso y castigo del mismo.

Ahora la idea de fijación de la pena es igual a resolver el conflicto, no se trata de medir el número de causas despachadas para suponer que el sistema funciona, ya que la medida tomada a partir de la privación de libertad no busca la resocialización si no que fomenta el resentimiento social en esta persona aumentando su conducta transgresora y más aun tratándose de casos de adolescentes infractores.

Si se sigue manteniendo la misma línea de aplicación y solución de conflictos dentro del Sistema Judicial Ecuatoriano, para el caso del tratamiento del adolescente infractor en conflicto con la ley, las únicas soluciones que se darán al conflicto se basarán en un simple tratamiento estatal tradicional que se enfocará únicamente a resolver el conflicto lo que implica un cierto grado de violencia a partir de la aplicación de más violencia, lo que conlleva al internamiento del adolescente en lugares que no cumplen el fin de rehabilitación sino más bien se provoca un incremento de la delincuencia. A demás que bajo este parámetro los implicados depositarán en otro el poder de solucionar el conflicto, y muchas veces ninguna de las partes queda satisfecha con el resultado. Así el conflicto existente producto del ilícito cometido queda abierto y el infractor no asume la responsabilidad por los propios actos y la víctima sigue siéndola es decir seguimos revictimizandola. Lo único que logramos manteniendo esta línea de sistema en la penalización de los adolescentes infractores es crear en ellos un resentimiento social que les enseñará a dar lo que aprendieron a recibir, aumentando los niveles de violencia en este grupo, fomentando de esta manera la delincuencia juvenil.

Es imposible no sentir la sensación de impunidad cuando el ilícito es cometido por un adolescente. La sociedad aún mantiene la creencia de que estos envés de recibir una rehabilitación para su reinserción se tardan más en entrar en los centros de rehabilitación de menores que en salir de estos y es por estos antecedentes que algunos jóvenes infractores piensan que no les va a pasa nada luego de cometer el ilícito.

Es así que la aplicación de otros medios alternativos de solución de conflictos en el tratamiento de adolescentes infractores como la mediación, brinda la posibilidad de desentrañar la idea de impunidad que se genera alrededor del tratamiento del adolescente

infractor, ya que el camino que se necesita seguir para mejorar estos problemas no es la dureza ni rigor en la penas; ni negar que se produjo el delito, sino buscar medios alternativos en los que se busque que se asuma la responsabilidad que corresponde en el conflicto, este al asumir su responsabilidad llegue a pedir disculpas, llegue a reconocer la dimensión de las consecuencias dañosas de sus actos producto del delito cometido, y que se llegue a reparar en lo posible el daño causado, con la finalidad de que restauren los vínculos, no solo entre las partes involucradas en el conflicto, sino especialmente entre el infractor y la sociedad en la que vive, con las pautas de convivencia establecidas y entre la víctima y esa misma sociedad, reforzando el sentido de pertenencia de su sistema de justicia.

En el caso de adolescentes infractores la historia del aumento del índice de reincidencia se repite, aun siendo considerado un grupo vulnerable en la Constitución, se evidencia una falta grave a las garantías al momento de la imposición de las penas y sanciones, además que lastimosamente los centros de rehabilitación donde se cumplen estas penas no gozan de una infraestructura y sistema de rehabilitación adecuado para la reinserción de los adolescentes en la sociedad. La gran mayoría de ellos, al recuperar su libertad vuelven a cometer delitos de igual o mayor gravedad que el anterior, ya que los centros de rehabilitación no cumplen con las exigencias previstas en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para una verdadera rehabilitación e inserción social de los menores infractores, evidenciándose que no se cumple con las atenciones que se debe tener, para el adecuado tratamiento de este grupo vulnerable, como lo consagra la Constitución.

4.2 Ámbito de aplicación de la mediación, respecto al análisis del Código Orgánico Integral Penal.

Dentro del marco normativo del COIP, se ha establecido en el artículo 663 la implementación de la figura de la conciliación como un método alternativo de solución de conflictos en materia penal la cual se rige bajo los principios de voluntariedad de las partes, neutralidad, confidencialidad, imparcialidad, legalidad y el más importante el de equidad, con el que se busca llegar a través de un acuerdo voluntario entre las partes a la solución del conflicto dando de esta manera por terminado el proceso penal.

Con respecto a la consideración de los medios alternativos de solución de conflictos, la Constitución en su Art. 190 de la Constitución establece: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”*³⁹. Bajo estos preceptos constitucionales de acuerdo al COIP se considerará a los casos de delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años, delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte y delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general como de materia transigible para poder ser resueltos a través de acuerdos de conciliación, el plazo máximo para cumplir con este acuerdo es de 180 días. Como se puede observar en el análisis de esta normativa respecto a los delitos en los que es factible aplicar esta medida se ha considerado tomar en cuenta el factor efecto que en si encierra el resultado final de la falta cometida, tomándose en cuenta los casos en los que la conducta o acto producido causen un conflicto grave al bien jurídico protegido pero cuyas consecuencias finales no hayan causado peligro relevante o lesiones que terminen produciendo la muerte o los casos en los que se configuren al delito circunstancias agravantes del mismo.

³⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 190. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

De acuerdo al COIP, únicamente se podrá optar por esta medida antes y durante el período de instrucción fiscal, entendiéndose de esta manera que se encontraría excluida la etapa de evaluación y la preparatoria de juicio, es decir, no se realizaría el auto de llamamiento a juicio, ya que esta por sobreentendido que en este tipo de delitos no existiría por parte del fiscal un dictamen acusatorio directamente, y por lo tanto no se llegaría a abrir la etapa de juicio ya que se aplicaría la figura de la conciliación entre las partes.

La nueva normativa consagrada dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP) ampara la aplicación de una justicia restaurativa al integrar a las medidas alternativas para la solución de controversias, estas consideraciones se encuentra en el Art. 78 de la Constitución que indica: *“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que 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...”*⁴⁰ es decir, que las personas víctimas de los delitos considerados como aplicables para el ejercicio de la conciliación como lo establece en el Art. 663 del COIP se rigen bajo este principio constitucional. Se puede apreciar que pueden ser sujetas a solución a través de la conciliación según las consideraciones establecidas dentro del COIP, la mayoría de contravenciones, ya que el legislador a considerado el efecto, es decir, el resultado de la acción y al ser estas producto de hechos eventuales que producen un efecto inmediato y directo respecto a la integridad y patrimonio de la persona afectada como en el caso de las víctimas de accidentes de tránsito estas una vez valorado su caso podrán recurrir a esta figura para poder solucionar el conflicto. La conciliación como medida alternativa de

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art.70. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

solución de conflictos dentro del ámbito penal a empezado a considerar a la víctima como parte activa del proceso a la que se le debe garantizar la opción de una justicia restaurativa en la que se busca no la revictimización de la misma si no que se le reconozca el daño y que se le indemnice por el mismo, además, que con el nuevo COIP, se le reconoce muchos derechos principalmente la de recibir una ágil y adecuada atención garantizando el derecho de seguridad de la víctima.

Además que es importante mencionar que con el COIP se establecen disposiciones reformativas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así tenemos el caso del inciso primero del artículo 345, que fue modificado respecto a la conciliación estableciendo que: “ El fiscal podrá promover la conciliación siempre que el delito sea sancionado con penas privativas de libertad de hasta diez años”⁴¹ de igual manera el artículo 347 fue sustituido, con respecto a la conciliación promovida por el juzgador considerando que: “ El juez competente podrá promover un acuerdo conciliatorio, siempre que el delito sea sancionado con penas privativas de libertad de hasta diez años”⁴². Es decir, que esta etapa se podrá realizar en el caso de conflictos de adolescentes infractores por impulso del fiscal y de igual manera a través del juez competente en la etapa de audiencia de evaluación y en la preparatoria de juicio, al considerarse el acuerdo entre la partes, este debe constar dentro de una acta. Además, que se agrega en el artículo 348-a, a la mediación como una vía mediante la cual se pueda asegurar la reparación del daño causado a la víctima por parte del infractor, segundo que a través de esta se llegue a una resolución que ponga fin a la controversia surgida por el hecho ilícito y tercero que siendo un proceso más humanista contribuya a la rehabilitación del infractor y más aún en los casos de adolescente infractor. De igual manera se observa que el factor determinante para que se pueda someter a resolver un delito a través del proceso de

⁴¹ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, Art. 347. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Ley 2002-100, Registro Oficial 176 de 4 febrero del 2014.

⁴² Ibidem.

mediación es la falta de reincidencia. Es necesario entender que no se puede caer en riesgos como la reincidencia ya que siendo el caso el infractor se sometería a la mediación únicamente pensando en obtener una sentencia menor a la que se le hubiera interpuesto si hubiese sido juzgado a través de la justicia ordinaria.

Al aplicar la mediación penal, evidentemente nos encontramos frente a delitos y contravenciones, siendo necesario determinar los tipos penales del que pueden ser resueltas aplicando este proceso. De cierta manera hay que delimitar su aplicación respecto a las demás ramas del derecho donde también se la practica como la civil, laboral y mercantil, más aún si consideramos que la práctica de la mediación en el ámbito penal es nueva en nuestro país.

Hay que tener en cuenta que con las últimas reformas en materia penal establecidas en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, específicamente en su artículo 662, se regula la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos para resolver asuntos en materia penal, estableciendo a la conciliación como el mecanismo alternativo que se aplicará en delitos cuya pena privativa de libertad no sea mayor a cinco años, delitos de tránsito que no tenga como consecuencia la muerte de la víctima, y en delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

El artículo 662 del COIP, establece las siguientes reglas para someterse a este procedimiento alternativo⁴³:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima, del procesado. Tanto la víctima como el procesado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

⁴³ Código Orgánico Integral Penal, Art. 662. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Registro Oficial 180, 10 de febrero del 2014.

2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción.
3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado.

En el artículo 665 se incluye las reglas respecto a las cuales se sustanciará el proceso de conciliación en materia penal, estableciendo lo siguiente:⁴⁴

1. La víctima y la persona investigada o procesada presentarán ante la o el fiscal la petición escrita de conciliación que contendrán los acuerdos.
2. Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones, y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del COIP.
3. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación.

⁴⁴ Código Orgánico Integral Penal, Art. 665. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Registro Oficial 180, 10 de febrero del 2014.

4. Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado, y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección, si se dictaron.
5. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.
6. Cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento.
7. En caso de que, en la audiencia la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.
8. El plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación será de ciento ochenta días.
9. Durante el plazo para el cumplimiento de los acuerdos de conciliación se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal, y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente.
10. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo.
11. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela.

Es necesario precisar que, no todos los casos pueden ser resueltos a través de un proceso de mediación, y tampoco las personas que intervienen en un hecho delictivo se encuentran

predispuestas a someterse al mismo. Por lo que la mediación no es un mecanismo que pueda resolver todo tipo de delito.

4.2.1 Tipos penales susceptibles de mediación

En este punto trataremos de establecer en qué tipo de delitos es factible la aplicación de la mediación penal.

Dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal, se establece una clasificación de las infracciones separándolas en delitos y contravenciones. Las contravenciones si bien son infracciones penales, su gravedad es mucho menor que los hechos ilícitos considerados como delito. Es por esta característica que en el COIP, se da mayor cabida la posibilidad de que se pueda aplicar el principio de oportunidad en este tipo de casos a través de la inserción dentro de su marco normativo de medios alternativos de solución de conflictos, además que hay que agregar que las últimas reformas realizadas en materia penal dan cabida a la práctica de la conciliación en los siguientes casos:⁴⁵

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte.
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal, Art. 662. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 1998-2006, Actualización 2014. Registro Oficial 180, 10 de febrero del 2014.

Es claro que integrando figuras como la conciliación y la mediación en materia penal el Estado cede parte de su tutela a las víctimas que son los que se encuentran directamente perjudicados por el efecto del ilícito cometido, ya que al ejercer el principio de oportunidad estas tendrán la posibilidad de decidir respecto a que medida optar en materia penal para poder dar solución a su conflicto.

Es importante determinar qué tipo de delitos pueden ser sometidos a este proceso ya que no es adecuado el hecho de estar estableciendo caso por caso cuales pueden ser susceptibles a mediación.

La aplicación de la mediación sería más favorable en los casos en los cuales es más factible proceder con la reparación del daño, como es el caso de los delitos contra la propiedad en los supuestos de hurto, casos de abigeato, robo, daños a la propiedad entre otros en los que puede ser factible la posibilidad de aplicar esta figura después de analizar el efecto de los resultados producto del delito en contra del bien jurídico transgredido, antes que el tipo. Es así que en los casos de delitos graves la práctica de la mediación se dificulta ya que por las características de estos delitos no dan cabida a la reparación.

Hay que tomar en cuenta, que no únicamente basta determinar qué tipos de delitos son factibles para someter a mediación, sino que también no existan antecedentes de reincidencia. Entendiéndose de este modo que si se diera cabida a la mediación a infractores que ya han sido reincidentes, no se cumpliría con uno de los objetivos principales que persigue la práctica de este proceso, es que se reconozca el cometimiento del hecho delictivo, enmiende y se reinsera a la sociedad como un buen elemento y no que se aproveche de esta medida para considerarla como una salida fácil a sus infracciones.

Si tomamos como ejemplo algunos países en donde la mediación penal ya se encuentra implantada, tenemos los casos de Francia, país en el que se aplica la mediación para delitos como daños a la propiedad causados por vandalismo, casos de lesiones que no produzcan la muerte del afectado y casos de problemas de vecindad, para el caso de Noruega se acudirá a este proceso en delitos de conflictos familiares que no sean violentos, vandalismo, robos de vehículos, asociación ilícita, hurtos, entre otros; y, para el caso de Alemania, se tomará en consideración para la aplicación de la mediación todos los delitos que tengan una pena privativa de libertad de más de un año a excepción de los delitos graves que causen impacto social como los casos de asesinato, violación, terrorismo etc.

Como manera de conclusión podemos determinar que la aplicación de la mediación penal será factible en casos que versen respecto a delitos considerados como menos graves y leves, siempre y cuando tanto el infractor que cometió el ilícito como la víctima se los pueda identificar, es decir, sean individualizables; y en el caso del infractor este no sea reincidente en el cometimiento de algún ilícito que antes ya se hubiera sometido a un proceso de mediación para resolverlo.

4.2.2 Delitos que no pueden ser sometidos a mediación.

Para el caso de delitos de violencia intrafamiliar, no existe la posibilidad de someter dichos casos a un proceso de mediación, en estos casos será la justicia ordinaria la que resuelva el problema y aplique la sanción correspondiente. El proceso de mediación es voluntario y consensual ya que las partes resolverán el conflicto a través del diálogo y es por este motivo que en ciertos casos de delitos graves no se va a poder aplicar este mecanismo, ya que

el nivel de resentimiento es tan alto por parte de la víctima en contra del infractor que no existirá la voluntad de los mismos para someterse a este proceso, como en los casos de violencia de género, situaciones de abusos, drogodependencia, perturbaciones mentales graves o situaciones similares, ya que en estas situaciones no está garantizado el principio de igualdad entre las partes, ya que las víctimas que se ven afectadas por estos hechos no se encuentran en plenas condiciones para poder negociar y asumir compromisos.

Los casos de violencia sexual, como la violación resultan difíciles de resolverlos a través de este mecanismo, ya que volver a enfrentarse la víctima con su agresor le causaría daños psicológicos produciéndose la revictimización, de esta manera se dificulta para la víctima poder iniciar un proceso de reparación. Por lo expuesto se debe considerar que delitos contra la libertad e indemnidad sexual y contra la vida, queden fuera del ámbito de aplicación de la mediación penal.

Dentro de esta lista se deben añadir a aquellos delitos en los que no se puede individualizar una víctima o infractor porque no se los puede determinar, no cumpliendo de esta manera con el carácter de personalísimo de la mediación, como lo detallamos a continuación:

- **Delitos sin autor o víctima individualizada**

Una de las características primordiales de la mediación es su carácter personalísimo; que se refiere a la intervención personal de las partes, tanto infractor como víctima, quienes deben poner en conocimiento su voluntad, que es imprescindible para poder participar en un proceso de mediación.

Pero existen delitos que por su naturaleza no cumplen con esta característica; no pudiendo individualizar a la víctima o al infractor; imposibilitando de esta manera el ejercicio de la mediación para poder resolverlos. Así por ejemplo, los delitos cometidos por personas jurídicas, que a pesar de que la nueva regulación legal crea la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se podría aplicar un procedimiento de mediación para resolverlos, ya que se evidencia el caso de infractor no individualizado. Por otro lado, tenemos el caso de víctima no individualizada, en los delitos ambientales, en los que no se puede individualizar una víctima determinada ya que en este caso de delitos, la sociedad en común es la que se encuentra afectada por estos actos delictivos.

El mismo caso se suscita en aquellos delitos contra la administración pública, en los que no es posible determinar una víctima concreta.

Dados estos casos resulta imposible aplicar la mediación penal, ya que al no poder individualizar a la víctima y al infractor, no se podrá determinar concretamente las personas que deberán participar dentro del proceso.

4.3 Propuesta de implementación de la Mediación Penal para la solución de cierto tipo de delitos en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Como se puede apreciar dentro de la perspectiva de las nuevas reformas respecto a la aplicación de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflicto en materia penal en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en base a estas se han planteado reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, incluyendo de esta manera a la figura de la mediación para resolver conflictos de adolescentes infractores, pero la práctica de esta, se limita a ciertos delitos como en los casos en que los hechos delictivos no configuren delitos

graves como homicidio, asesinato, delitos de agresión sexual, terrorismo, sicariato y feminicidio que son delitos que ya se encuentra tipificados en la ley, y otros que se configuren como delitos graves.

En sí la mediación será aplicable a contravenciones y delitos cuya pena no sea mayor de cinco años que son considerados como no graves, siempre y cuando no estén presentes agravantes tales como violencia o intimidación al momento de ejecutarlos.

Además, que deberán cumplir con los acuerdos de reparación del daño y no haber reincidido. Basándonos en las experiencias de otros países en que ya se ha implantado este mecanismo, rescataremos que esta medida es aplicable en asuntos penales como lesiones leves, riñas, asociación ilícita, ciertos casos de posesión de droga, amenazas, problemas de vecindad, actos de vandalismo, robos de vehículos, hurtos, casos de abigeato, amenazas, injurias, y en los casos de delitos de tránsito siempre y cuando no se cometiera la muerte de la víctima y otros tipos de hechos con escasa repercusión social.

Hay que añadir que no sólo debemos fijarnos en el tipo de acto delictivo para poder establecer si es aplicable o no la mediación, sino que se debe tomar en consideración si el adolescente infractor es o no reincidente como uno de los requisitos previos; antes de considerar factible someter el caso a un proceso de mediación penal, ya que uno de los objetivos que persigue la mediación es que el infractor se arrepienta del hecho ilícito que hubiese cometido y se haga responsable del mismo a través de la reparación.

De allí que es necesario promover dentro del Código Integral Penal reformas respecto al tratamiento del Adolescente Infractor, en donde se configure un verdadero sistema penal juvenil, que establezca un modelo integrador o de justicia restaurativa que se incluya dentro del libro IV de la Niñez y Adolescencia, en el que se encuentre en la mediación una vía

idónea alternativa o complementaria al proceso penal, y dar respuesta a las exigencias más acuciantes de reparar el daño causado a la víctima y sancionar al infractor en un proceso que favorezca su reintegración social y responsabilidad, a la vez que propenda a la participación activa de la comunidad por medio de la generación de espacios positivos de socialización, reparación y de un ejercicio responsable del control social.

Creemos que la mediación es una herramienta que se debe aplicar aún luego de fijada la pena, en cuyo caso podrá ser tomada en cuenta para la disminución de la misma.

Con esto se busca concretar un sistema penal juvenil en nuestro país en donde se aplique la mediación penal, realizando un cambio de paradigma en el que se debe pasar de la práctica de una justicia retributiva a la justicia restaurativa.

La justicia penal restaurativa se basa en el abordaje interdisciplinario del conflicto, la reparación de los daños causados a la víctima, la responsabilidad del autor del hecho y la posterior reintegración al tejido social de un modo más positivo para él y la comunidad.

Esta debe emplearse solamente en cierto tipo de delito como bien lo establecimos, y se cuente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del agresor, que pueda ser retirado en cualquier momento del proceso, ninguna de las partes debe ser coaccionada ni inducida a participar ni aceptar los resultados, y debe tomarse en cuenta las diferencias culturales entre ellas.

Los conflictos existen en la sociedad y es importante educar a los miembros más jóvenes para que se hagan responsables de sus actos y sean partícipes de la resolución de los conflictos que generan.

En el caso del tratamiento del adolescente infractor, se convertiría en una oportunidad para que las partes se encuentren con las debidas garantías, se escuchen, se asuma la responsabilidad que corresponde en el conflicto, se pida disculpas, conozca la dimensión de las consecuencias dañosas de sus actos, y se repare en la medida de lo posible el daño. En definitiva, el propósito es que se restauren los vínculos, no solo entre las partes involucradas, sino especialmente entre el infractor y la sociedad en la que vive, con las pautas de convivencia establecidas, reforzando de esta manera el sentido de existencia de un sistema de justicia penal juvenil que se base en una justicia restaurativa.

5. CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1.Conclusiones.

1. El problema de la congestión de cargas procesales no despachadas en los Tribunales, puede ser apaciguado a través de la intervención de mecanismos de solución de conflictos como la mediación penal, que si bien no representan la solución definitiva, pero en parte contribuiría a la descongestión del sistema, y así se debe considerar a la mediación como un complemento a la vía judicial ordinaria.
2. Para poder aplicar el proceso de mediación es necesario la voluntad y la igualdad de derechos. Es decir, que las partes deberán acudir voluntariamente a este proceso y se les garantizara igualdad de condiciones al momento de exponer sus argumentos, y de esta manera puedan subsanar a través de una reparación los daños causados por estos hechos, reconociendo con esto su responsabilidad en los mismos. Si se diera el caso de que faltare alguna de estas dos; no se podría someter el caso a un proceso de mediación.
3. Es de suma importancia la participación de un tercero neutral e imparcial que se desempeñe como mediador, para que pueda dirigir el proceso de mediación y aporte con posibles soluciones al conflicto, siempre y cuando antes de iniciado el proceso se deje en claro que no tiene dentro de sus facultades el de poder imponer una solución al conflicto, si no meramente el dar orientación en el proceso.

4. Podemos determinar que la aplicación de la mediación penal será factible en casos que versen respecto a delitos considerados como menos graves y leves, siempre y cuando el infractor que cometió el ilícito y la víctima sean identificables es decir sean individualizables.
5. No deben existir antecedentes de reincidencia por parte del infractor para acceder a este mecanismo, pues si se diera cabida a la mediación a infractores que ya han sido reincidentes no se cumpliría uno de los objetivos principales que persigue la práctica de este proceso, es que se reconozca el cometimiento del hecho delictivo y se arrepienta de haber cometido el mismo.
6. La mediación no es aplicable a los delitos graves, ya que por las características de estos delitos no dan cabida a la reparación, como los delitos de homicidio, asesinato, delitos de agresión sexual, violencia de género, terrorismo, sicariato y feminicidio, ya que son casos en los que no se puede garantizar la igualdad entre las partes, debido a factores psicológicos que caracteriza este tipo de delitos.
7. Con respecto al ámbito de aplicación de la mediación penal, se debe considerar que este se debe limitar para aquellos casos que involucren el cometimiento de delitos de menor gravedad, siendo factible acudir a la misma en los delitos que dentro del Código Orgánico Integral Penal se los considere como delitos sancionados hasta con 5 años de privación de libertad y que no existan agravantes tales como violencia o intimidación al momento de ejecutarlos. Así que consideramos a esta medida aplicable en asuntos penales como lesiones leves, riñas, amenazas, problemas de

vecindad, actos de vandalismo, robos, hurtos, casos de asociación ilícita, abigeato, amenazas y en los casos de delitos de tránsito siempre y cuando no se cometiera la muerte de la víctima y otros tipos de hechos con escasa repercusión social.

8. Determinamos que la práctica de la mediación penal promulga el ejercicio de una justicia restaurativa, mediante la cual se permite dar protagonismo a la víctima dentro del proceso, al ser un método más humanista y busca favorecer la reeducación y la reinserción social del infractor. Para el caso de adolescentes infractores sería factible ya que permitiría que el menor se haga responsable de los actos causados por el cometimiento del ilícito y de cierta manera enmiende a través de la reparación los daños que hubiese causado a la otra parte. De ninguna manera al hablar respecto a la implementación de la mediación penal en la resolución de conflictos de adolescentes infractores tratamos de privatizar el conflicto o la justicia penal, sino más bien damos cabida a que se implemente alternativas más humanas en las cuales en consenso de las partes se llegue a la solución del conflicto, y a la par se logre el resarcimiento de los daños a la víctima.
9. Consideramos que la implementación de la mediación penal en el caso de adolescentes infractores se debe aplicar aún luego de fijada la pena, en cuyo caso podrá ser tomada en cuenta para la disminución de la misma.
10. Es necesario promover dentro del Código Integral Penal reformas respecto al tratamiento del adolescente infractor en donde se configure un verdadero sistema penal juvenil, en el que se establezca un modelo integrador o de justicia restaurativa, que se incluya dentro del libro IV de la Niñez y Adolescencia, en el que se regule a la

mediación como una vía idónea alternativa o complementaria al proceso penal para solucionar el conflicto y dar respuesta a las exigencias más acuciantes de reparar el daño causado a la víctima y sancionar al infractor en un proceso que favorezca su reintegración social, a la vez que propenda a la participación activa de la comunidad por medio de la generación de espacios positivos de socialización y de un ejercicio responsable del control social.

5.2.Recomendaciones

- Se propone la implementación de programas de rehabilitación que sean llevados a cabo a través de profesionales, que ayuden al adolescente a identificar sus problemas y se logre la reinserción de este a la sociedad, además, que sería conveniente la intervención de estos profesionales a través de la evaluación psicológica dentro del proceso ya que no solo se encargaría de evaluar la motivación psicológica del delito para valorar la sanción pertinente para el adolescente infractor, sino analizar la medida más acorde para reestructurar su proceder personal y social.
- Se debe dar la atención prioritaria respecto a este grupo vulnerable por parte del Estado, buscando medidas alternas al juzgamiento tradicional del adolescente infractor, ya que el menor no puede ser juzgado como adulto ya que la restricción de la libertad debe ser vista como la última opción para juzgar este tipo de casos.
- Se recomienda que el proceso de mediación, sea llevado a cabo por gente que se encuentre totalmente capacitada en el manejo de menores, para que de una manera objetiva y en base a sus conocimientos, pueda comprender al adolescente. A parte de ser profesionales del derecho estos deben complementar sus estudios con psicología para poder manejar a menores.
- Sería de suma importancia la creación de Centros de Mediación únicamente orientados para tratar casos de menores.
- Se debe socializar la existencia de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, a través de campañas por medios de comunicación masiva en

el que se ponga en conocimiento de la ciudadanía las ventajas de la utilización de estos medios al momento de resolver una causa.

6. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

1. Álvarez, Gladys. (1993). *“Mediación y Justicia”*. Argentina: Editorial Depalma.
2. Albán, Ernesto. (1991). *“Régimen Penal Ecuatoriano.”* Quito: Ediciones Legales.
3. Dupret, Marie. (2005). *“Delincuencia Juvenil y Respuestas Institucionales.”* Quito: Edisur.
4. Fellini, Zulita. (2002). *“Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.”* Argentina: Editorial LexisNexis Depalma.
5. Folberg, Jay.(1992). *“Resolución de conflictos sin litigios.”* México: Editorial Noriega.
6. HIGHTON, Elena, ÁLVAREZ, Gladys, GREGORIO, Carlos. *“Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal.”* Buenos Aires- Argentina 1998. P 254.
7. Martínez Escamilla. (2012). *“Justicia Restaurativa, mediación y resolución de conflictos.* España: Editorial Reus.
8. Neuman, Elías. (1997). *“Mediación y Conciliación Penal.”* Argentina: Editorial Depalma.
9. Neuman, Elías. (2005). *“La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa.”* México: Editorial Porrúa.
10. Palma, Chazarro. (2007). *“La mediación como proceso restaurativo en el sistema.”* España: Editorial Comares.
11. Perez, Sanzberro. (1999). *“Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿apertura de una nueva vía?”* España: Lomares Granda.
12. Prieto, Luís. (1996). *“Tolerancia y Minorías: Problemas Jurídicos y Políticos de las Minorías en Europa.”* España: Ediciones de la Universidad de Castilla.
13. Roxin, Claus. (2006). *“Culpabilidad y Exclusión de la Culpabilidad en el Derecho Penal.”* España: Editorial Civitas.

14. Saez, Rodríguez. (2008). *“La mediación penal y penitenciaria.”* España: Editorial Reus.
15. Tony, Marshall. (1999). *“Crime and Justice a review of research.”* Chicago: University of Chicago press.
16. Van, Ness. (2003). *“Restorative Justice and Criminal Justice.”* Hart Publishing Oxford.
17. Zaffaroni, Eugenio. (1984). *“Sistemas Penales y Derechos Humanos.”* Argentina: Editorial Depalma.

Constitución, Códigos y Leyes:

1. Asamblea Nacional. Fiel Magister 7.2, Copyright 2005-2013, Actualización 2014. “Constitución de la República del Ecuador”.
2. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 2005-2013, Actualización 2014. “Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.”
3. Corporaciones de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 2005-2013, Registro Oficial 180 de 10 de febrero del 2014. “Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano.”
4. Corporación de Estudios y Publicaciones. Fiel Magister 7.2, Copyright 2005-2013, Actualización 2013. “Ley de Arbitraje y Mediación.”

Fuentes de Base de Datos:

1. *“La Práctica de la Mediación”* (s.f). Recopilado de <http://www.intermediacion.com/ebooksmediacionpenal.pdf>
2. *“La Mediación Penal: Antecedentes en Argentina y el mundo”* (s.f). Recopilado de <http://legales.com/Tratados/d/dmediacion.html>

3. “Métodos alternativos de resolución de conflictos” (2013). Recopilado de http://www.biceal.org/e_upload/pdf/boletin_ninez_sin_rejas_1.pdf
4. Campos, H. (2005). *“Justicia restaurativa y Mediación Penal”*. Recuperado de <http://articulosshcampos.blogspot.com/2005/11/mediacin-penal.html>
5. *“La Mediación Penal”* (s.f). Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx>
6. Correa, J. (s.f) *“Reforma de justicia restaurativa en Chile”* Recopilado de <http://correalex.blogdiario.com>

ANEXOS

Podemos considerar la práctica de la mediación penal en casos reales y podremos ver los beneficios reales que conlleva la aplicación de este medio para resolver asuntos de adolescentes en conflicto con la ley.

Nos parece oportuno reflexionar sobre algunos casos que nos aproximan a la realidad concreta de la conflictividad juvenil y a los modos de resolverla. Se trata de construcciones realizadas a partir de relatos del Master en Mediación Lic. José Miguel Nuñez Burgos, Jefe del Equipo de Mediación Penal Juvenil de Neuquén, que a continuación las exponemos.

1. Primer Caso.

Destrozos ocasionados por 32 menores en un pueblo

El hecho

Llegada a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Menores de Madrid una denuncia interpuesta por el alcalde de Paradoja de Arriba contra 32 menores. Fechada en mayo de 1999.

Hechos denunciados: las averiguaciones y pesquisas de la Policía Municipal y Guardia Civil concluyen que estos menores entraron en el colegio público de la localidad y, tras beber varias botellas de vino, hicieron destrozos en dicha institución.

Al día siguiente ocasionaron serios desperfectos en la Casa Cuna (que se estaba construyendo) y roturas en varias farolas del municipio.

Los daños ocasionados ascienden a 595.000 pesetas. Tras el estudio de los expedientes, el fiscal concluye que existen hechos y declaraciones que sostienen iniciar el expediente con veintiséis menores, exculpando a otros seis.

La intervención

Dado lo anterior, y entendiendo que el hecho puede ser calificado como de gamberrada o acto vandálico, pero en todo caso grupal, nacido de la presión de grupo ejercida por unos menores sobre otros, una vez iniciados, el equipo técnico (en este caso psicológico y educadora) opta por eludir la explotación psico-educativa de cada menor.

En busca de una mayor celeridad y respuesta solidaria de los menores para su pueblo, conciertan, mediante llamada telefónica con el alcalde, una reunión con éste y el director del colegio (al que acuden la mayoría de los inculpados).

En la reunión mantenida con las figuras antes reseñadas, se aportan las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. (87) 20 “reacciones Sociales ante la delincuencia juvenil”, 1987, y la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, pues en ello se sustenta la ideología mediadora y desjudicializadora que conduce nuestra propuesta.

La misma se ciñe-si así lo valoran el Excmo. Ayuntamiento (como denunciante) y los menores y sus tutores (como denunciados)- a que los niños realicen una reparación que les sirva para entender lo ilícito de su proceder, la necesidad de erradicar esas conductas y comportarse como un ciudadano realmente cívico, y la posibilidad de compensar al pueblo mediante su esfuerzo. Esta opción evitaría a los niños, además, el desplazamiento en distintas ocasiones a los Juzgados de Menores de Madrid y el paso por el procedimiento penal de menores. Al Ayuntamiento le servirá para recibir una reparación moral, un arrepentimiento por parte de los menores, y la responsabilización de los padres, lo que obrará positivamente en la prevención del riesgo de ulteriores hechos similares.

En este caso, el alcalde y el director del colegio, tras explicarnos con más detalle lo sucedido, comprenden perfectamente los objetivos que nos proponemos, y los aceptan encantados.

Se pasa a llenar de contenido el protocolo de reparación, elaborado por el equipo técnico, con una reparación a realizar por las mañanas (de 30 minutos, entre las 10:00 y 13:00 horas) los cuatro sábados del mes de junio (lo que les impide acudir a la piscina, que es muy apetecible a esas edades y en esas fechas), consistente en la recogida de papeles, cartones y otros objetos que ensucien unas zonas determinadas (parques) y que son propiedad del Ayuntamiento. Asimismo, se especifica que los menores llevarían guantes y bolsas de basura, que ellos mismos aportarían.

Una vez realizado lo anteriormente expuesto (de lo que se va informando al Ministerio Fiscal, que ha delegado en el equipo técnico la responsabilidad y representación), se cita a todos los menores y a sus padres o tutores mediante telegrama oficial para el siguiente sábado

en el colegio del pueblo, a fin de que les sea explicada la propuesta de reparación por el psicólogo y la educadora.

Para esta convocatoria, el equipo técnico llama a la responsable del Servicio de ña Reforma de la Comunidad Autónoma de Madrid para que asista a la reunión, confirmando su presencia.

Llegada la fecha, se realiza el objetivo programado, no sin dificultades. Hablan varios padres a la vez, critican al alcalde, alguno vocea “mi hijo no lo ha hecho” o “pagan justos por pecadores”. Al final, todos, absolutamente todos los niños y sus padres, firman el protocolo de reparación, comprometiéndose a reparar. Junto a estas firmas están las del equipo técnico y ulteriormente las del alcalde.

La medida se lleva a efecto con total éxito, supervisada por los educadores de la CAM, dado que la ejecución de la misma les compete. Se aprovechan las cuatro sesiones matutinas para, junto a la recogida de papeles, explicar y dialogar con los niños sobre civismo, comportamiento solidario, etc.

Terminada la intervención, el equipo técnico habla con las partes, que muestran su conformidad con el proceso llevado a efecto.

Recomendaciones

- Ha de valorarse desde el primer momento la posibilidad de que la medida reparadora se lleve a efecto y eludir que, detrás de un acto grupal, se esconde uno o más menores que obren por otros intereses o desde otras motivaciones o cuyas características recomiendan una exploración más profunda.
- Resulta básico haber estudiado con detenimiento la legislación referente reseñada y entender los principios procesales y sustantivos que sostienen una actividad conciliadora, reparadora, mediadora y desjudicializadora; así como las distintas posibilidades para su puesta en marcha a lo largo del procedimiento.
- Quien oriente la medida ha de supervisarla hasta su ejecución, en cada detalle, de otra en grupos tan complejos como el referido (muchos niños, distintas denuncias interpuestas entre ellos, diferente grado de participación en los hechos, distintos días en que acontecieron, etc) es fácil que el objetivo no pueda realizarse.
- Desde el primer momento se ha de explicitar a las partes (denunciante y denunciado) la metodología de la intervención, su derecho a negarse y el procedimiento que en ese caso se inicia. Contar con quien ha de ejecutar la medida (CC.AA.), a fin de que desde el inicio se sienta partícipe, para que , después y desde la ejecución , nos comunique cómo resulta, nos informe de variaciones, aspectos a tener en cuenta en próximos casos similares, etc. Recordemos que, en definitiva, quienes hemos firmado el protocolo somos nosotros (el equipo técnico de los juzgados de Menores).
- Ha de partirse del criterio de que una medida de este tipo ha de homogeneizar la reparación a efectuar por todos los niños, sin entrar en valoraciones de lo dañado por cada uno. Se realizara, a ser posible, por todos los niños en el lugar donde se causaron los desperfectos; de no ser así, se garantizará que lo ejecutarán en su propia localidad.

- La reparación ha de ser entendida como simbólica y no cuantificando los daños causados.
- Es fundamental la aceptación e interiorización por parte de los niños, que entiendan la medida como justa, acorde y proporcionada a los hechos que se les imputan (los estudios realizados demuestran que si es percibida como excesiva, tiene unos efectos contraproducentes) y que deseen realizarla de forma compartida y solidaria. En este sentido conviene primero tener la entrevista con los menores y tras su aceptación, no dar paso a los padres o tutores, pues, de otra forma, los adultos pueden acabar enfrentándose entre ellos; es más, hay muchos niños que reconocen su participación a solas o junto al grupo de iguales, pero no delante de sus padres.

2. Segundo Caso

El hecho

Un joven resulta imputado de un hecho, en el cual junto con otros que no fueron identificados, ingresó en la vivienda de una compañera de escuela y sustrajeron diversos electrodomésticos (equipo de música, dvd, tv) y puntas de dibujo técnico el imputado y la víctima eran alumnos de la escuela industrial.

La intervención

En la primera entrevista individual la madre del adolescente, creía imposible que su hijo hubiere participado del hecho. El lo había negado rotundamente. Se trataba de un joven de 14 años que vivía con su madre, empleada doméstica, y tres hermanitos, en una modesta

vivienda. El adolescente, que al principio negaba toda participación en el hecho, al promediar la entrevista individual logra decir muy avergonzado y angustiado que quiso apropiarse de las puntas de dibujo técnico que tenía su compañera de escuela (que él no podía comprar) y que sus acompañantes se alzaron con los demás objetos (que nunca fueron encontrados). Luego lo reconoce delante de su madre.

Aplicación de la Mediación

El joven pide disculpas a su compañera y a la madre de ésta. La madre de la estudiante, pidió que se le reintegraran los objetos robados. La madre del estudiante infractor, asumió la conducta de su hijo y consideró que debía cumplir con lo que se le pedía. Compró con mucho esfuerzo y en cuotas los electrodomésticos. El joven pudo realizar una revisión de su conducta y se incorporó a un espacio terapéutico. El vínculo entre los dos adolescentes compañeros de escuela pudo recomponerse.

De no haberse realizado la mediación, la causa se hubiera archivado por la inimputabilidad del joven, atento su edad, sin haber sido siquiera llamado por el sistema judicial (probablemente se hubiera seguido negando su responsabilidad en el hecho). La víctima tampoco habría sido convocada, ni reparada. No se hubieran escuchado. El vínculo en el ámbito escolar hubiera sido conflictivo y trasladado al resto de los compañeros, el rendimiento escolar posiblemente afectado, tal vez abandono de la escuela por parte del joven acusado del hecho, cambio de establecimiento de la adolescente víctima, o nuevos hechos de violencia como producto del conflicto no resuelto (peleas entre pares, justicia por mano propia, amenaza hacia la víctima, sensación de vulnerabilidad de ésta).

3. Tercer Caso

El hecho

Un adolescente de 15 años resulta imputado de un hecho, en el cual habría ingresado a una vivienda y sustraído una cantidad de dinero (\$200).

Se presenta el joven acompañado de su hermano mayor de 19 años con quien vive. No asiste a la escuela, lava autos en el centro de la ciudad junto a su hermano. Las víctimas del robo, un matrimonio conformado por un médico y una docente.

Aplicación de la Mediación

Luego de la intervención del Equipo de Mediación, el adolescente pide disculpas a los afectados, se ofrece para cortar el césped como forma de pagar. La pareja acepta las disculpas, se interesa en la situación del joven y se ofrece para gestionar al joven un trabajo en un club de actividades deportivas. De no haberse realizado la mediación, la causa se hubiera archivado atento la edad del joven, sin que este fuera llamado a la instancia judicial. Las víctimas tampoco habrían sido convocadas.