

# LA MEDIACIÓN PENAL: UN ANÁLISIS DESDE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL\*

*Édgar Joselito Arguello Saltos\*\**

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo valorar la regulación legal de la figura de los métodos alternos de resolución de conflictos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), específicamente desde la perspectiva de la mediación. El artículo se divide en dos partes. La primera dirigida al estudio y análisis de los beneficios y riesgos de los mecanismos de solución de controversias desde la perspectiva de la justicia restaurativa, la mediación y la conciliación. La segunda parte evalúa la regulación legal de estos procedimientos en el COIP desde tres aspectos fundamentales: el aspecto objetivo de la mediación (los delitos), el aspecto subjetivo (la figura del mediador) y el acuerdo. Para el logro de este objetivo se utilizaron los métodos de investigación científico histórico – lógico, exegético – analítico, jurídico comparado y la técnica de investigación, análisis de documentos. Su principal resultado el análisis de la regulación de la mediación en el COIP en Ecuador, sus principales

---

\* El artículo es resultado de un proyecto investigativo titulado: “La mediación desde el ámbito penal” dirigido por Joselito Arguello Saltos, MsC.

\*\* Docente e investigador de la Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Guayaquil, Ecuador. Correo-e: jarguellophdes@gmail.com.

Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2018. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: EDGAR JOSELITO ARGUELLO SALTOS. “La mediación penal: un análisis desde la regulación del Código Orgánico Integral Penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 108, enero-junio de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-36. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n108.02>

contradicciones y aportes positivos como un código moderno sustentado en el principio del debido proceso, el respeto de los derechos de las víctimas y garantías de los infractores.

**Palabras claves:** Mediación; Conciliación; Justicia restaurativa; COIP.

## **THE PENAL MEDIATION: AN ANALYSIS FROM THE REGULATION OF THE CODE ORGANIC PENAL INTEGRAL**

**Abstract:** The present work has as objective to value the legal regulation of the figure of the alternating methods of conflicts in the Code Organic Penal Integral (COIP), specifically from the perspective of the mediation. The article is divided in two parts. The first one directed to the study and analysis of the benefits and risks of the mechanisms of solution of controversies from the perspective of the restorative justice, the mediation and the reconciliation. The second part evaluates the legal regulation of these procedures in the COIP from three fundamental aspects, the objective aspect of the mediation (the crimes), the subjective aspect (the mediator's figure) and the agreement. For the achievement of this objective the methods of investigation historical scientist were used - logical, exegetic - analytic, juridical compared and the investigation technique, analysis of documents. Their main result the analysis of the regulation of the mediation in the COIP in Ecuador, their main contradictions and positive contributions as a modern code sustained in the principle of the due process, the respect of the rights of the victims and the offenders' guarantees.

**Keywords:** Mediation, Reconciliation, Restorative Justice, COIP

### **1. A MANERA DE INTRODUCCIÓN**

La Constitución de la República de Ecuador reconoce como un deber primordial del Estado garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz (art. 8.3 Constitución de la República del Ecuador). A estos efectos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por mandato constitucional se reconoce como procedimientos alternativos para la solución de conflictos el arbitraje, la mediación y otros procedimientos. Según el artículo 190 de la Carta Magna estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

La aplicación de estos mecanismos de solución de controversias dentro del ordenamiento penal, configura lo que se ha denominado justicia restaurativa. Tras la aprobación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) se introdujo el Título X "Mecanismo alternativo de solución de conflictos", regulándose en el capítulo II de este título "La Conciliación". No resulta del todo comprensible por qué el legisla-

dor nacional escogió el uso de la conciliación en el proceso penal, y no otras figuras como la mediación, cuando el propio cuerpo legal establece entre las disposiciones modificatorias del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (Décimo cuarta) la utilización de la mediación penal.

También resulta controversial que la Resolución 327-2014/ de 8 de diciembre, del Pleno del Consejo de la Judicatura y en virtud de la cual se expide el Reglamento para la Conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito, se utilicen de manera indistinta los términos mediación y conciliación. Estas y otras disquisiciones han motivado el estudio que se presenta sobre el uso de los métodos alternos de solución de conflictos en el COIP y preguntarnos si estamos en presencia de mediación o conciliación. Para alcanzar este objetivo, el presente trabajo se divide en dos partes; la primera dirigida al estudio de los aspectos teóricos de la mediación penal, su concepción como mecanismo alternativo de solución de conflictos dentro de la justicia alternativa, sus diferencias con la conciliación; y la segunda propone el estudio del método alternativo de solución de conflictos en el COIP a partir de tres aspectos fundamentales: los delitos que son objeto, el papel del mediador, y el acuerdo alcanzado. Para el logro de este objetivo se utilizaron los métodos de investigación científico histórico – lógico, exegético – analítico, jurídico comparado y la técnica de investigación, análisis de documentos.

El estudio de los métodos alternos de solución de conflictos en sede penal constituye un requerimiento constante de los ordenamientos jurídicos nacionales no solo desde el ámbito del Estado en este proceso, sino también como garantía para los derechos de las víctimas y los infractores.

## **2. JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL**

La justicia restitutiva no significa un menoscabo del derecho de los Estados de perseguir a los presuntos delincuentes. La Resolución 2002/12 de 24 de julio del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, contentiva de los “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, adoptada en la 37ª sesión plenaria ha reconocido que la justicia restitutiva, da origen a una serie de medidas flexibles que permiten su adaptación a los sistemas de justicia penal vigentes según las circunstancias jurídicas, sociales y culturales, al propio tiempo que complementan estos sistemas.

Para las Naciones Unidas, proceso restitutivo es:

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.

Según Dandurand y Griffiths, se concibe a la justicia restaurativa como un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto. La participación de las partes es esencial al proceso y enfatiza la construcción de relaciones y reconciliaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por las víctimas y los delincuentes<sup>1</sup>.

Se consideran procesos restitutivos la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas, entre otros. La negociación, la conciliación y la mediación son formas autocompositivas de resolución de conflictos, en los cuales las partes son las que resuelven este según su voluntad. En criterio de Lauría Masaro y Montenegro<sup>2</sup>, la incorporación de estos mecanismos de “Derecho privado” no solo son formas de reemplazar las sanciones penales, sino también constituyen mecanismos para dar un papel preponderante a la víctima, y coadyuvar a esta en la obtención de su reparación ante el daño sufrido.

En esta concepción de la justicia es tan importante el proceso como el resultado. Los procesos restitutivos se utilizan únicamente cuando existen pruebas suficientes para inculpar al delincuente. Muy relacionado con esto es que tanto la víctima como el delincuente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales del asunto. Se ha reconocido que estos mecanismos de justicia contribuyen a resultados beneficiosos, como la reparación del daño causado a las víctimas, la responsabilidad de los delincuentes en relación con sus actos y la implicación de la comunidad en la resolución de conflictos.

No han sido pocos quienes ven en la utilización de este tipo de instrumentos un carácter utilitario<sup>3</sup>. En criterio de Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta<sup>4</sup>, estos beneficios se traducen en las “3 r’s” que significan responsabilidad por parte del ofensor, restauración de la víctima y de la sociedad, y reintegración del infractor. Existen autores que ponen en las víctimas el principal fundamento de la utilización de estos mecanismos de justicia alternativa, en especial en el hecho de que esta pueda ser

---

1 Dandurand, Y. y Griffiths, C. *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal*. Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006, p. 6.

2 Lauría Masaro, M. y Montenegro, L. *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*. Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa, 2016, p. 59.

3 Butrón Baliña, P. M., *La mediación penal. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (Internacional)*, La Coruña, 2011, p. 44.

4 Pérez Saucedo, J. B. y Zaragoza Huerta, J. “Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación” en F. G. Campos Domínguez, D. Cienfuegos Salgado, L. Rodríguez Lozano y J. Zaragoza Huerta (coord.), *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. Ciudad de México, Facultad de Derecho de la UNAM. Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri, 2011, pp. 640-654.

reparada de acuerdo con sus necesidades y no las necesidades que un juez cree que el ofendido pueda tener<sup>5</sup>. De hecho, la Unión Europea<sup>6</sup> configura este mecanismo como un derecho de la víctima, lo que deviene lógico, pues, como precisa Cuadrado Salinas: al focalizar la atención en la reparación a la víctima por el daño sufrido y no en la condena del autor del acto delictivo, la mediación penal otorga una participación activa tanto a la víctima como al autor del hecho<sup>7</sup>. Esta concepción es precisamente la que garantizará la efectividad de la utilización de este mecanismo de solución de controversias.

En el supuesto específico de la mediación como mecanismo alternativo de justicia, no contraviene los propios principios y disposiciones de la justicia restaurativa. El valor que la mediación le concede a la decisión de las partes en la solución del conflicto, solo puede ser viable a partir de la cooperación y el compromiso mutuo entre estas, el reconocimiento de sus responsabilidades y la evitación de futuros litigios. Para Canizzaro, este es un instituto propio de un sistema judicial adversarial –en tanto permite que las partes resuelvan la contienda– de modo tal que el Estado prescinda de la persecución en carácter de afectado por la infracción y, en consecuencia, también de su voluntad de arribar a la verdad histórica de los hechos<sup>8</sup>.

## 2.1 La mediación penal. Concepto y alcance

La mediación es considerada como el primer proceso restaurativo contemporáneo. Consiste, según Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta, en la reunión voluntaria de la víctima y el infractor, buscando animar a este último a comprender las consecuencias de sus acciones, tomando responsabilidad del daño ocasionado y otorgando a las partes la oportunidad de desarrollar una forma para su reparación<sup>9</sup>.

El Consejo de la Unión Europea concibió en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, como mediación en causas penales, “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

5 Becerra, D. “La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, N.º 24, julio-diciembre de 2009, 169-187.

6 García-Rostán Calvín, G. “Víctima y mediación penal”, *Anales de Derecho*, n.º 26, 2008, 445-456.

7 Cuadrado Salinas, C. “La mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]*, n.º 17-01, 2, 2015, disponible en [criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf) [consultado el 20 de enero del 2018].

8 Canizzaro, C. M. “Conciliación. Problemas e incongruencias del nuevo Código Procesal Penal de la Nación”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 95, 2015, pp. 215-245.

9 Pérez Saucedo, J. B. y Zaragoza Huerta, J. “Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación” en F. G. Campos Domínguez, D. Cienfuegos Salgado, L. Rodríguez Lozano, y J. Zaragoza Huerta (coord.), *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. Ciudad de México, Facultad de Derecho de la UNAM. Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri, 2011, p. 642.

Para otros autores, no es más que un instrumento al servicio de una concepción de la justicia penal caracterizada por buscar la pacificación del conflicto que subyace a la comisión del delito (lo que es propio de la conciliación) y reparar a la víctima de los daños ocasionados (lo que es propio de la reparación). De aquí que a la mediación penal se le conozca también bajo la expresión de mediación penal reparadora<sup>10</sup>.

Según Márquez Cárdenas, no es más que un mecanismo no adversarial, donde un tercero neutral, llamado mediador, lleva un asunto de negociación asistida, con la finalidad de que los participantes logren un arreglo (es otro camino, totalmente diferente al tradicional, para gestionar y resolver conflictos penales entre víctimas y agresores)<sup>11</sup>.

Es importante comprender que no se puede tratar la mediación como si fuera un simple procedimiento procesal cuyo objetivo es terminar un asunto jurídico, sino que va mucho más allá, así como tampoco es factible esgrimir su inutilidad dentro de los estrechos márgenes de la responsabilidad penal del imputado y del *ius puniendi* como facultad exclusiva del Estado, dado que se trata precisamente de cambiar la forma en que este enfrenta el delito y tiene en cuenta los disímiles intereses que concurren en relación con este. Además, el uso de esta concepción no implica un menoscabo de dicho poder; todo lo contrario, se trata de buscar alternativas viables. Mientras no se logre comprender estas diferencias será muy difícil que existan procesos de mediación exitosos. Como refiere Díaz Madrigal<sup>12</sup>, lo primordial no es llegar a un acuerdo, sino la gestión del conflicto, conciliar diferencias con base en el respeto y el reconocimiento.

Hay que tener en cuenta que si bien la mediación como mecanismo es por naturaleza informal, ello no significa que no se encuentre reglado el procedimiento para su realización. De hecho, esta es la posición más común que adoptan los ordenamientos jurídicos que reconocen a este mecanismo de solución de controversias en sede penal. El carácter penal del proceso de mediación no puede ir en contra de los principios de este mecanismo alternativo de solución de controversias.

De hecho, son precisamente estos principios los que llevan a considerar este mecanismo como parte de un sistema integral de justicia alternativa. Ello discurre por el propio reconocimiento de la voluntariedad de las partes de someterse de manera libre y consciente a este proceso, retirándose del mismo en cualquier momento por su propia y libre voluntad.

---

10 Aguilera Morales, M. "La mediación penal: ¿quimera o realidad?", *REDUR* 9, diciembre de 2011, pp. 127-146.

11 Márquez Cárdenas, Á. E. "La mediación como mecanismo de solución de justicia alternativa". *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 2012, pp. 149-171.

12 Díaz Madrigal, I. N. "La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España. Serie Juicios Orales", Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

El uso de la mediación en sede penal implica además una certeza absoluta, pues constituye una prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales; así como tampoco el hecho de retractarse pueda ocasionar o provocar consecuencias de índole negativa. Es imprescindible que el uso de la mediación en sede penal revista un especial carácter de confidencialidad, puesto que en caso de fracaso, la información aportada no podrá ser utilizada posteriormente.

En el COIP, son claras las normas que regulan estos principios, en especial aquellos relacionados con la libertad en la emisión del consentimiento, su carácter voluntario, la posibilidad de que las partes puedan retirar dicho consentimiento en cualquier momento de la actuación (art. 662.1 del COIP). La participación del procesado tampoco podrá ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores (art. 662.3 COIP).

## **2.2 Beneficios y riesgos de los mecanismos alternativos de solución de controversias en sede penal**

La utilización de la mediación no solo debe ser vista como un medio informal o alternativo para resolver los conflictos originados de la comisión de un delito de menor gravedad entre las partes, sino también como una forma de reducir el hacinamiento en las cárceles. Así al menos fue recomendado por el Consejo Económico y Social en virtud de su resolución 1998/23 de 28 de julio sobre “Cooperación internacional para reducir el hacinamiento en las cárceles y promover la aplicación de condenas sustitutorias del encarcelamiento”, instrumento en virtud del cual se recomendaba recurrir a estos mecanismos, al igual que a la aceptación de una reparación civil o un acuerdo de indemnización de la víctima con parte de los ingresos del delincuente o con su trabajo.

También constituye un medio para contrarrestar, en cierta medida, las ineficiencias que son propias del sistema de justicia penal, dentro de las que sobresalen la ineficacia y lentitud de los juzgados, la revictimización, entre otros. Como reconoce Martínez Solís, es necesario que exista la menor violencia en el sistema de justicia penal; por lo que la justicia alternativa es una opción para reducirla y minimizarla<sup>13</sup>. El uso de la mediación, y de manera general de los mecanismos de solución de controversias en el marco de la justicia alternativa, no significa que se justifique el daño cometido ni la justificación del daño, solo basta la comprensión del infractor y la reparación del daño como acertadamente afirma Álvarez<sup>14</sup>.

Así como deben ser tomados en cuenta los beneficios de este mecanismo de solución de controversias, también es necesario que se hable de los riesgos que se corren con

---

13 Martínez Solís, D. “La difusión de la mediación en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio”. *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, vol. 4, n° 8. (julio-diciembre de 2017).

14 Sánchez Álvarez, M. P. “Experiencias prácticas de la mediación penal”, *Familia*, 2010, 79-84.

su utilización. Al respecto, Cuadrado Salinas<sup>15</sup> enuncia como principal riesgo el abandono del derecho al debido proceso. Este debe ser analizado teniendo en cuenta la igualdad de las partes en el proceso, la libre determinación del número de asuntos que las partes consientan de manera libremente tratar; la asistencia jurídica de las partes para comprender el alcance del proceso y las decisiones adoptadas en el mismo; la proporcionalidad del acuerdo adoptado y el delito cometido, entre otros aspectos. Otros autores analizan los riesgos de la utilización de estos mecanismos desde la perspectiva de las características del proceso de mediación y su utilización dentro del proceso penal. En palabras de Butrón Balaña<sup>16</sup>, la flexibilidad de los tiempos del proceso de mediación no guarda correspondencia con la de los procesos penales; así mismo, a juicio de este autor, no es realista ni factible hablar de reparación en el plano afectivo y moral en este tipo de proceso. Las preocupaciones de este tipo de autores no son poco significativas; sin embargo, ello no puede implicar demeritar el uso de este tipo de mecanismo como parte de un sistema de justicia alternativa; todo lo contrario, implica tomar en cuenta estos riesgos para tenerlos en cuenta a la hora de configurar este sistema.

Como analizaremos a lo largo de este trabajo, muchas de estas preocupaciones solo parten de concepciones erradas de la mediación; sin embargo, hay otras que sí son preocupaciones válidas. El uso de este mecanismo no puede devenir en una expresión de las desigualdades económicas que existen entre los diferentes implicados en estos procesos, como si fuera una opción válida solo para quienes puedan satisfacer los requerimientos económicos de la reparación, así como tampoco un mecanismo de privatización de la justicia a la que tengan acceso solo quienes poseen dichos recursos. Su configuración debe estar necesariamente en la previsión, el control y el respeto de los derechos y garantías de las partes.

Teniendo en cuenta precisamente estos beneficios y riesgos, los ordenamientos jurídicos nacionales han recibido de manera diferente los mecanismos alternos de solución de controversias. En Perú, la figura se utiliza a partir de la regulación de la Audiencia de Conciliación o “Diligencia de Acuerdo”, según se denomina en el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo n.º 957, publicado el pasado 29 de julio del año 2004 en el Diario Oficial *El Peruano*). Esta audiencia se realizará conforme lo establecido en la Ley n.º 26872 – Ley de Conciliación, modificada por Ley n.º 27398, en virtud de la cual se regula el uso facultativo de este método alternativo de solución de controversias en sede penal para aquellos asuntos relacionados con la forma de pago o cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos y faltas que no hubiere sido fijada por resolución judicial firme.

---

15 Cuadrado Salinas, C, “La mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]*, n.º 17-01, ,19-25. 2015, disponible en [criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf) [consultado el 20 de enero del 2018].

16 Butrón Balaña, P.M, *La mediación penal. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal Internacional*, La Coruña, 2011, p. 45.



En Argentina, la cuestión resulta más controvertida, sobre todo a partir de la reforma del Código Procesal de la Nación (Ley 27.063) adoptada en diciembre de 2014, la cual introdujo como causales de sobreseimiento la conciliación y la reparación. Sin embargo, lo cierto es que hoy existe polémica en el ordenamiento jurídico argentino en relación con la aplicación de esta figura. El Código Procesal Penal de la Nación fue suspendido en virtud del Decreto 257/15, publicado en el Boletín Oficial el 29 de diciembre de 2015. El código entrará en vigencia solo cuando se establezca la correspondiente ley de implementación con las previsiones orgánicas establecidas por la Comisión Bicameral de monitoreo e implementación. Ante la suspensión, la doctrina argentina se pregunta la viabilidad o no de aplicar la conciliación, máxime si se tiene en cuenta que en el Código Procesal vigente no existe la audiencia de control de la acusación, momento procesal concebido para la realización de este mecanismo alternativo de solución de controversias.

Para autores como Lauría Masaro y Montenegro<sup>17</sup>, el hecho de que no exista este momento procesal no es impedimento para realizar este proceso, el cual puede tener lugar en la oportunidad en la que se requiere la suspensión del proceso a prueba, dado que, a juicio de los autores, esto no altera el espíritu de la norma. También fundamentan su postura en diversas opiniones jurisprudenciales que han sostenido los tribunales a pesar de que la reforma procesal no ha sido implementada.

En Alemania, si bien no se utiliza el término de mediación o conciliación, sí existe un mecanismo denominado Autor-Víctima-Compensación (TOA, por sus siglas en alemán), que no es más que un “Instrumento en el ámbito de la justicia criminal, que ofrece al autor y a la víctima de un hecho delictivo una oportunidad de alcanzar un resolución pacífica del conflicto, de manera extrajudicial y con la intervención de un tercero imparcial”<sup>18</sup>.

Constituyen presupuestos necesarios para acudir a este mecanismo: 1) que el autor se haya esforzado seriamente por acordar una compensación con el perjudicado (compensación autor –víctima), le haya restablecido en su mayor parte en la situación jurídica anterior, o 2) que el autor haya indemnizado totalmente o en su mayor parte a la víctima, en una situación en la que la reparación de los daños exija notables prestaciones o renunciaciones personales.

En Colombia, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en su artículo 524 establece los requisitos para acudir a la mediación penal, los cuales son: (i) Que se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años

---

17 Lauría Masaro, M. y Montenegro, L. *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*, Buenos Aires, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Ministerio Público de la Defensa, 2016, p. 60.

18 Catalina Benavente, M. A., “Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania”. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n.º 3, diciembre de 2014, pp. 47-58.

(en el supuesto que exceda este número de años cambia la competencia del fiscal); (ii) que el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y (iii) que la víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

### 2.3 Diferencias entre mediación y conciliación

Para Salas Beteta, la conciliación es una negociación asistida donde las partes buscan resolver los conflictos originados por la comisión de un delito de menor gravedad mediante una solución satisfactoria, permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias que fomenten en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes<sup>19</sup>.

Como se puede apreciar, las diferencias entre conciliación y mediación parecen prácticamente imperceptibles. Ambos procedimientos tienen como fin lograr la existencia de un acuerdo reparatorio. En ambos procedimientos, la comunicación, el acercamiento entre las partes es necesario y esencial. Sin embargo, se pone mucho énfasis en la figura del mediador, el papel del tercero en ambos procesos.

El conciliador tiene mayor relevancia en la solución, en su función está el sugerir alternativas, en tanto que el mediador se pone al servicio de los mediados, colaborando con ellos para que puedan lograr la solución<sup>20</sup>. En similar sentido, Salas Beteta apunta que en la conciliación interviene un tercero que puede sugerir fórmulas conciliatorias no vinculantes ni obligatorias a las personas en conflicto, quienes tienen la libertad de arribar o no a un acuerdo.

En similar sentido, otros autores, como Aguilera Morales, opinan que aun cuando entre la mediación y la conciliación existe una relación de medio a fin, no es dable confundir uno u otro proceso, pues cabe que la mediación no logre ni la conciliación ni la reparación; que la conciliación o la reparación se produzca sin previa mediación, o que se dé conciliación sin reparación, y al revés: reparación sin conciliación<sup>21</sup>.

En palabras de Liébana Ortiz<sup>22</sup>, la diferencia entre mediación y conciliación no es absoluta; de hecho, reviste un carácter más formal que sustantivo. A juicio de este autor, mientras en la mediación el tercero es el mediado, en la conciliación, ya sea

---

19 Salas Beteta, C., "Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 19, enero-junio de 2007, p. 3.

20 Díaz Madrigal, I. N., "La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España. Serie Juicios Orales", Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 48.

21 Aguilera Morales, M., "La mediación penal: ¿quimera o realidad?", *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 131.

22 Liébana Ortiz, J. R., "Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática". *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 160.

realizada de forma preprocesal como intraprocésal, el tercero forma parte del órgano jurisdiccional. En este sentido, la distinción está dada a partir de lo que apunta este autor en la configuración que adquieren estos mecanismos en su ordenamiento jurídico, que en este caso es el español; sin embargo, coincidimos que más allá de esta diferencia, la principal sigue recayendo en el papel que aborda este tercero dentro del proceso, aspecto que es más importante incluso que el referido a la distinción formal de quién es el encargado de realizar la mediación o conciliación.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación argentina configura la conciliación como una forma de satisfacer las consecuencias del delito a partir de un acuerdo entre las partes. Para ello, el artículo 34 de la norma establece como principales condiciones: a) La existencia de un acuerdo entre el imputado y la víctima; b) el contenido patrimonial del delito; c) los delitos dolosos deben haber sido cometidos sin grave violencia sobre las personas, mientras que en los delitos culposos no se deben haber producido lesiones gravísimas o resultado de muerte, y d) los acuerdos deben ser homologados judicialmente.

### 3. EL PROCESO ALTERNO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL COIP

Hay que tener en cuenta que la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos no significa en todos los casos que existirá una alternativa al proceso en sí mismo considerado y a la pena que se derive del mismo. Para ello, hay que tener en cuenta cuáles son los efectos que el legislador le ha otorgado a este mecanismo y el momento en el que se adopta el acuerdo de mediación. La mayoría de las legislaciones, como hemos podido ver, consideran que como mecanismos *alternos* es necesario para evitar el proceso penal, pero ello es posible siempre y cuando el acuerdo de mediación se alcance antes de iniciado el juicio.

En el caso de que ya el juicio se haya iniciado, la única finalidad que tendrá la realización de este acuerdo será a los efectos de, bien mitigar la pena o medida de seguridad que deba imponerse, bien suspender su aplicación, bien incluso a excluir aquélla<sup>23</sup>. Para Pérez Saucedo y Zaragoza Huerta<sup>24</sup>, este proceso puede tener lugar en cualquier momento del proceso penal o de manera alterna al mismo, e incluso es posible luego de dictada la condena aun cuando el resultado del proceso no influya en la pena impuesta. Posición contraria sostiene Butrón Baliña, para quien la adopción de un acuerdo de mediación luego de la sentencia no debería permitirse, puesto que

23 Aguilera Morales, M, “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 133.

24 Pérez Saucedo, J. B. y Zaragoza Huerta, J. “Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación” en F. G. Campos Domínguez, D. Cienfuegos Salgado, L. Rodríguez Lozano y J. Zaragoza Huerta (coord.), *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz*. Ciudad de México, Facultad de Derecho de la UNAM, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri (coeditor), 2011, p. 643.

aparecería como un medio para no cumplir lo resuelto por un órgano jurisdiccional<sup>25</sup>. Sin embargo, como tenemos posibilidad de ver, ello no es del todo así.

En el ordenamiento jurídico colombiano, por ejemplo, la mediación puede tener lugar en cualquier momento del proceso judicial; sin embargo, como explica Márquez Cárdenas, los límites son disímiles en uno u otro caso, distinguiéndose al menos tres momentos importantes en los cuales realizar: en la etapa de investigación (desde la formulación de la imputación hasta que el fiscal presenta el escrito de acusación al juez); la etapa del juicio (desde que se presenta el escrito anteriormente referido hasta la celebración del juicio oral) y la etapa de prisión.

En la primera de estas etapas corresponde valorar la aplicación del principio de oportunidad; mientras que en la segunda etapa, el acuerdo de mediación puede ser tenido en cuenta al momento de individualizar la pena; por último, en la etapa de prisión, a juicio de este autor, es factible hablar de mediación para valorar la oportunidad de la libertad y la posibilidad de que el prisionero sea beneficiado con un subrogado penal<sup>26</sup>.

Cuadrado Salinas<sup>27</sup> identifica al menos tres tipos diferentes de mediación: a) independiente; b) relativamente independiente y c) dependiente. Esta clasificación toma como principal criterio de distinción la posición que adopta el proceso de mediación en relación con el proceso penal. A juicio de este autor, cuando el mecanismo es independiente del proceso penal, el asunto es desviado de este último y precluye su posibilidad de uso cuando se ha arribado a un acuerdo. Sin embargo, será considerado relativamente independiente cuando el mecanismo de solución de controversias es ofrecido como parte del proceso penal a los efectos de reducir la condena del autor del hecho; por último, este autor habla de mediación dependiente en aquellos casos en los cuales la mediación es empleada en el contexto penitenciario.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la solicitud de conciliación se puede presentar hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal. Puede ser durante la fase de investigación o durante la etapa de instrucción. En la primera, la víctima y la persona investigada deben presentar ante el fiscal la petición escrita de conciliación. Según lo establecido en el artículo 665.1 del COIP esta solicitud debe contener los acuerdos. Al respecto, la regulación normativa es muy oscura, puesto que no es claro si la solicitud contiene el acuerdo de las partes en realizar la conciliación, y los

---

25 Butrón Baliña, P. M., *La mediación penal, Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (Internacional)*, La Coruña, 2011, p. 48.

26 Márquez Cárdenas, Á. E. “La mediación como mecanismo de solución de justicia alternativa”. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 2012, pp. 162-171.

27 Cuadrado Salinas, C., “La mediación ¿Una alternativa real al proceso penal?” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]*, n.º 17-01, 9, 2015, disponible en [criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf) [consultado el 20 de enero del 2018].

principales puntos a tratar en este, o si ya en la propia solicitud se presenta el acuerdo de conciliación al que han arribado las partes. El apartado 2 del propio artículo tampoco arroja más luces sobre el tema; al contrario, en este acápite se establece que el fiscal realizará un acta en la que se establece el acuerdo y sus condiciones, y suspenderá la actuación hasta que se cumpla con lo acordado.

Un poco más claras en cuanto a técnica legislativa resultan las regulaciones realizadas en el supuesto de que el pedido de conciliación se realice en la etapa de instrucción. En este caso, el fiscal, una vez recibido el pedido de conciliación, debe solicitar al juez la convocatoria a una audiencia en la que se escuchará a las partes y aprobará la resolución. La resolución que apruebe el acuerdo debe ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado; además, debe disponerse el levantamiento de las medidas cautelares o de protección que se hayan dictado (art. 665.4 del COIP).

En este sentido, la mayor claridad es aportada por la Resolución 327-2014/ de 8 de diciembre, del Pleno del Consejo de la Judicatura en virtud de la cual se expide el Reglamento para la Conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito. En este supuesto, la norma es más clara en relación con el pedido de conciliación durante la fase de investigación. En este caso, el pedido es presentado ante el respectivo fiscal, quien dispondrá la intervención de un facilitador habilitado para participar en el proceso conciliatorio y en la determinación de los acuerdos. Luego de la firma del acta, el fiscal remitirá expediente al juez competente.

Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, corresponde a fiscal, según lo que dispone el propio reglamento, disponer la intervención de un facilitador habilitado para participar en el proceso conciliatorio y en la determinación de los acuerdos. Una vez suscripta el acta respectiva, el fiscal deberá solicitar al juzgador la convocatoria de una audiencia para escuchar a las partes y aprobar la conciliación.

### **3.1 La figura del mediador**

A partir de las propias características de la mediación se colige entonces que la función del mediador es precisamente generar las condiciones que hacen efectiva la comunicación y el entendimiento entre las partes. El mediador debe ser necesariamente un experto en técnicas de comunicación, pues es precisamente esto lo que debe lograr entre las partes que intervienen en el conflicto. Esto a su vez genera otros tipos de disquisiciones para poder determinar si debe prevalecer una persona que domine técnicas de comunicación o sea un profesional competente en la materia objeto de la mediación, aun cuando no se encuentre especializado o domine estas técnicas.

En Perú, por ejemplo, el fiscal es quien convoca a la audiencia única de conciliación, explica los alcances de la misma y, si las partes están de acuerdo, guía a las partes para que adopten un acuerdo sobre el monto de la reparación, la forma de pago u

otro tipo de compensación. Incluso el fiscal puede fijar el monto y demás extremos pendientes. Le corresponde al fiscal archivar de manera definitiva el expediente dictando la conocida como *Disposición de abstención*, en virtud de la cual cualquier fiscal queda imposibilitado para promover la acción penal por los mismos hechos. En el supuesto en el cual exista un plazo para el pago de la reparación civil, los efectos de esta disposición quedan suspendidos hasta su efectivo cumplimiento.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, en la previsión realizada en el argentino, el Ministerio Fiscal no tiene ninguna participación, por lo cual no cuenta con facultades de disposición de la acción, es decir, no aplica el principio de oportunidad. Ello se debe a que la conciliación extingue la acción penal por disposición legal, y tiene lugar en la audiencia de control de la acusación, según lo previsto en el artículo 246 inciso d.

La intervención del fiscal o los jueces significa, en relación con la accesibilidad y autonomía que debería caracterizar la solución de controversias con respecto al sistema de justicia penal, que no solo porque se pudiera poner en tela de juicio la imparcialidad de quien debe realizar la conciliación; sino también la flexibilidad o informalidad que debe primar en el proceso. De hecho, la participación de estas figuras dentro del proceso de justicia restaurativa se justifica en el supuesto o caso de la conciliación penal intraprocesal, no así en el caso de la mediación penal, precisamente por el papel que desempeña el tercero en uno u otros procesos.

Para autores como Becerra<sup>28</sup>, la intervención del fiscal en el proceso conciliatorio no incide en la imparcialidad, siempre y cuando este mecanismo tenga lugar antes de la imputación, es decir, cuando el agresor tiene el carácter de indiciado, concretamente el autor se refiere a la conciliación preprocesal. En palabras de este autor, el fiscal puede incluso proponer arreglos imparciales que benefician a las partes y aprobar el acuerdo de conciliación, incluso en aquellos supuestos en los cuáles esta haya tenido lugar en un centro de conciliación distinto al establecido por el órgano jurisdiccional. En sentido contrario opina García-Rostán Calvín, para quien la inserción de la mediación en la fase de instrucción del proceso penal resulta cuando menos peligrosa desde el punto de vista de la presunción de inocencia, en especial si se decide finalmente atribuir la dirección de esta al Ministerio Fiscal<sup>29</sup>.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es claro que ni el fiscal ni el juez concilian; todo lo contrario, se apoyan en el ejercicio de estas funciones de los facilitadores o también denominados mediadores. Estos deben ser autorizados por los mediadores debidamente habilitados por los centros de mediación que se encuentren registrados

---

28 Becerra, D, “La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 24, julio-diciembre de 2009, pp. 175 y 176.

29 García-Rostán Calvín, G. “Víctima y mediación penal”. *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, pp. 445-456.

en el Consejo de la Judicatura. Según el Código Orgánico de la Función Judicial que reconoce que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, “constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades”.

Controvertido resulta que el tercero que intervenga en el proceso pueda imponer una sanción adicional a la que han arribado las partes en el acuerdo, tal como acontece en Perú. Esta posibilidad desvirtúa, a nuestro juicio, la naturaleza del procedimiento, dado que aun cuando se solicite la autorización del juez competente, es, sin dudas, como afirma Salas Beteta, una posibilidad que va más allá de la voluntad de las partes y la posibilidad de que entre estas encuentren una solución al conflicto<sup>30</sup>. Aun cuando esta posibilidad se deba al grado de responsabilidad del agente y la tutela del interés público, como algunos autores tratan de justificar<sup>31</sup>.

### 3.2 Delitos susceptibles de ser objeto de mediación

El Consejo Económico y Social, en su Resolución número 1999/26 de 28 de julio, relativa a la “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal”, acogió con beneplácito la experiencia de la mediación y justicia restitutiva en la esfera de la justicia penal, cuando proceda en delitos leves, problemas familiares, problemas escolares y comunitarios, y los problemas relacionados con niños y jóvenes.

La necesidad de promover una cultura favorable a la mediación y a la justicia restitutiva entre las autoridades competentes en los ámbitos de aplicación de la ley, judicial y social, así como entre las comunidades locales conminó al Consejo Económico y Social a recomendar la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restitutiva destinadas a garantizar la resolución justa de los delitos leves.

En Ecuador solo procede la conciliación en 1) los delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; 2) los delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte; 3) los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Quedan excluidas las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad

---

30 Salas Beteta, C, “Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 19, enero-junio de 2007, p. 6.

31 Entre las sanciones que puede adoptar el fiscal se encuentran el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado, la aplicación de las reglas de conducta, como: la prohibición de frecuentar determinados lugares, prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez, comparecencia mensual, entre otras previstas en el artículo 64º del Código Penal.

personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (art. 663 del COIP). En el caso de la regulación del denominado “Procedimiento expedito” para las contravenciones penales y de tránsito, también en la audiencia celebrada por el juzgador la víctima y el denunciado pueden llegar a conciliación según lo previsto en el artículo 640 del COIP.

En el ordenamiento jurídico español, el único supuesto en el que está permitida la mediación es en el caso de los delitos cometidos por jóvenes y adolescentes; sin embargo, resulta llamativo que pese a no estar contemplados otros supuestos de mediación, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece de manera clara que se proscribe su aplicación en los hechos constitutivos de violencia de género y respecto a cuantas materias entran dentro del ámbito de la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Similar previsión se encuentra en el Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador el cual, en su artículo 17, establece que en los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicarán la mediación y el arbitraje. Posición que fue confirmada tras la aprobación del COIP. En este cuerpo normativo se establece de manera clara en el artículo 641 que la conciliación en el procedimiento expedito no tendrá lugar en el caso de violencia contra la mujer o miembros del grupo familiar. En Perú, la norma prevé la conciliación solo cuando la comisión de los delitos no afecte el interés público y exista una mínima culpabilidad o participación del agente. En Colombia, todos los delitos son susceptibles de ser objeto de mediación; lo que sucede es que en dependencia de su complejidad así serán las consecuencias que existan. Al igual que se ha reconocido en otros ordenamientos jurídicos los delitos típicos que son objetos de mediación o conciliación son los delitos de querrela, en estos delitos se ha entendido que, dado su carácter privado, serán las partes las que deben decidir por su perseguibilidad o no y la mejor forma de reparación.

En el caso de los delitos perseguibles de oficio cuya pena no exceda de los cinco años, es posible acudir a la mediación siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado. Si la pena por el delito perseguible de oficio excede los cinco años, en este caso también es posible hablar de mediación, aunque cambia la competencia del fiscal. En este caso, se mantienen los requerimientos expuestos en relación con la órbita personal del perjudicado y, por supuesto, la voluntad de ambas partes de someterse a la mediación como mecanismo de solución de controversia de la justicia alternativa.

Es lógico que, desde un punto de vista objetivo, es decir, desde la perspectiva del delito, deben excluirse algunos tipos penales que por su trascendencia no pueden ser objeto de este mecanismo alternativo de solución de controversias. En especial



aquellos que se configuran como delitos graves contra el orden social o la colectividad, o que tienen una naturaleza de delitos abstractos o de peligro. La aceptación de utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias depende en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos que así lo han reconocido, de la existencia de una serie de factores o requerimientos como la entidad del delito cometido, su carácter público o privado, circunstancias de comisión, entidad del daño causado, infractores y víctimas, entre otros criterios.

A nuestro juicio, no es dable establecer una relación directa entre el carácter público o privado del delito que se somete a mediación, del carácter privado de este mecanismo alterno de solución de conflictos. En otras palabras, el hecho de que este mecanismo se considere privado puesto que su gestión se encuentra a cargo de las propias partes, no significa que delitos públicos no puedan ser objeto de mediación<sup>32</sup>.

### 3.3 El acuerdo de mediación: aspectos controvertidos

Según el artículo 10 del estatuto de la víctima en el proceso penal, los Estados de la Unión Europea deberán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida, debiéndose tomar en consideración el acuerdo alcanzado entre la víctima y el inculpado en ocasión de realizarse la mediación.

La adopción de acuerdos es de forma voluntaria y solo contienen obligaciones razonables y proporcionadas. La proporcionalidad del acuerdo y su razonabilidad constituyen una cuestión siempre presente en los procedimientos alternativos de solución de controversias, en especial en materia de Derecho penal. En este sentido, el artículo 662.2 del COIP establece que “Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción”.

Según la Resolución de las Naciones Unidas 1999/26 ya comentada, dichos acuerdos deben ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Similar disposición existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El artículo 641 del COIP establece que el acuerdo al que arriben las partes durante la conciliación realizada en audiencia se debe poner en conocimiento del juez para que este ponga fin al proceso. Ello en parte obedece, a nuestro juicio, a que se debe realizar por parte de estos sujetos que participan dentro del proceso (juez o fiscal) una especie de control en relación con la razonabilidad y proporción de las decisiones adoptadas en el acuerdo, y el cumplimiento de las garantías jurídico penales que deben estar previstas en el propio ordenamiento jurídico.

---

32 Liébana Ortiz, J. R.; *Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática*. REDUR 9, diciembre de 2011, p. 154.

El contenido del acuerdo es disímil para Dandurand y Griffiths<sup>33</sup>; este puede incluir desde la remisión a programas como el de reparación, el de la restitución y el de los servicios comunitarios, con el fin de atender las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente. Para Aguilera Morales, puede ser desde la reparación económica de los daños patrimoniales ocasionados por el delito, la reparación de los daños morales ocasionados a la víctima, o pautas de conducta dirigida a solventar la situación conflictiva que subyace a la comisión del hecho delictivo<sup>34</sup>. Estas posibilidades pueden incluso aparecer combinadas.

Y es que para la combinación de diversas formas de reparación es necesario tener en cuenta que además de la indemnización de manera económica debe proceder una reparación integral. Como acertadamente reconoce Becerra, refiriéndose a este particular, aun cuando la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización) es la más conocida, existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original<sup>35</sup>. Nada dispone el COIP con respecto al contenido del acuerdo. Todo parece indicar que su contenido puede ser amplio según la voluntad de las partes, y en él se puede incluir desde la restitución de los objetos pertenecientes a la víctima y aprehendidos durante las actuaciones, hasta el acuerdo sobre el monto de la reparación civil. La única limitación que existe en cuanto al contenido de este es la que establece el artículo 7 de la Resolución 327-2014 en relación a que no procede el acuerdo conciliatorio sin la aceptación de responsabilidad. Le atañe al fiscal dejar constancia de dicho reconocimiento en el acta correspondiente. En ningún caso el acuerdo exime la pérdida de puntos en la licencia de conducir, la cual se deberá aplicar de conformidad a la infracción que motivó la apertura de la fase de investigación previa o instrucción fiscal según corresponda.

Uno de los principios que informa este sistema de justicia es precisamente que los resultados tendrán la misma categoría de cualquier decisión judicial, lo que excluye la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos; en otras palabras, adquiere la categoría de cosa juzgada; lo cual justifica también la aprobación por parte de los jueces del acuerdo de mediación y la exclusión del carácter ejecutivo, dado que estos efectos, similares a los de cosas juzgadas, solo pertenecen a las resoluciones de carácter jurisdiccional; y considerar lo contrario implicaría conferir dicho carácter a un acuerdo que no se halla investida de dicha potestad<sup>36</sup>.

---

33 Dandurand, Y. y Griffiths, C, *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2006, 7.

34 Aguilera Morales, M, “La mediación penal: ¿quimera o realidad?”, *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 133.

35 Becerra, D, “La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n. ° 24, julio-diciembre de 2009, p. 175.

36 Liébana Ortiz, J. R, “Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática”. *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 156.

Surge la duda de si considerar este acuerdo como una forma de cumplir con la responsabilidad civil derivada del delito. La indemnización en el marco del proceso penal constituye un derecho, según se reconoce en el propio artículo 9 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Esta indemnización deberá ser obtenida en un plazo razonable en el marco del proceso penal, salvo que los ordenamientos jurídicos nacionales dispongan la indemnización por otra vía. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, consideraba que las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan las soluciones propias del proceso civil.

Al respecto, existen posiciones controvertidas. Para Aguilera Morales<sup>37</sup> el acuerdo reparador no es un acuerdo de responsabilidad civil, dado que el primero puede tener carácter simbólico e incluso existir aun cuando del hecho ilícito no se derive responsabilidad civil alguna. Opinión contraria sostiene Márquez Cárdenas<sup>38</sup> para quien, desde el ordenamiento jurídico colombiano, parte de los efectos vinculantes del acuerdo de mediación es precisamente la exclusión del ejercicio de la acción derivada del delito y la reparación integral.

Como ya hemos afirmado, nada dice la regulación del COIP al respecto en el supuesto específico de los medios alternativos de solución de controversias. Todo parece indicar que serán las partes las que deberán adoptar una decisión al respecto, sin perder por ello de vista la disposición establecida en el artículo 11.2 del propio cuerpo legal, cuando en relación con los mecanismos para reparación integral de los daños sufridos por la víctima se debe reconocer el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso. Disposición legal que, además, puede servir de referente en relación al contenido del acuerdo entre las partes.

Uno de los mayores dilemas que surge con respecto a la mediación y su uso en sede penal es precisamente lo relativo al acuerdo de mediación, su valor como acuerdo de las partes y el procedimiento a utilizar cuando el mismo es incumplido, es decir, todo lo relacionado con su eficacia. Hay que tener en cuenta que pese a la voluntad de las partes no siempre es factible que estas arriben a un acuerdo, que por demás debe ser razonable y con obligaciones proporcionadas. En el supuesto de que no se llegue a ningún acuerdo, la Resolución 2002/12 de 24 de julio del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, comentada atrás, establece que en este caso debe someterse el proceso a la justicia penal, y si bien el hecho de no llegar a acuerdo no

---

37 Aguilera Morales, M. "La mediación penal: ¿quimera o realidad?", *REDUR* 9, diciembre de 2011, p. 133.

38 Márquez Cárdenas, Á. E. "La mediación como mecanismo de solución de justicia alternativa". *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 2012, p. 153.

puede ser invocado en posteriores procesos, lo cierto es que no queda claro cómo proceder en estos casos.

Para las Naciones Unidas, el incumplimiento de un acuerdo de mediación tiene dos posibilidades: la primera, que se remita el proceso a un programa reformativo o, al proceso de justicia penal ordinaria. Empero, ello es una decisión que debe adoptarse según lo previsto en la legislación de cada país. Así como la participación en el proceso de mediación no puede ser tomada como indicio de la culpabilidad en un proceso posterior, tampoco el incumplimiento del acuerdo debe servir para imponer una condena más severa en un proceso posterior de justicia penal. Esta postura se halla expresamente reconocida en el artículo 662.4 del COIP.

En el ordenamiento peruano, si el acuerdo alcanzado a partir del proceso de conciliación no se cumpliera, el fiscal deberá promover la acción penal. Si por el contrario cumpliera con lo acordado en cuanto al monto a cancelar, se archivará el caso de manera definitiva. El COIP establece que el plazo máximo para cumplir con el acuerdo de mediación será de ciento ochenta días. Durante este período, se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente. No admitiéndose prórroga del término para cumplir el acuerdo (art. 665 8.9 y 10 del COIP).

Los efectos del acuerdo de conciliación en Ecuador están determinados esencialmente por el momento en el que se adopte. Si en la fase de investigación se cumple con lo acordado, el fiscal archivará la investigación; si es en la fase de instrucción, cumplido el acuerdo, le corresponde al juzgador declarar la extinción del ejercicio de la acción penal. El uso de la mediación o la conciliación está relacionado con el principio de oportunidad, como facultad que tiene el titular de la acción penal para disponer de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado o no la comisión de un hecho punible.

De manera similar ocurre cuando se incumple el referido acuerdo. En la primera fase, 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 (art. 665.3). En el supuesto de que el incumplimiento del acuerdo se produjera durante la etapa de instrucción, las consecuencias serían diferentes, dado que cuando la persona procesada incumple las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, el juez o fiscal deberán pedir al juzgador convocar a una audiencia para discutir el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento. Si durante la audiencia el juzgador llega a la convicción de la existencia de un incumplimiento injustificado revocará el acuerdo y ordenará continuar el proceso conforme a las reglas del procedimiento ordinario. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela (art. 665. 6.7 y 11 del COIP).

#### 4. CONCLUSIONES

Tanto la mediación como la conciliación constituyen métodos alternos de solución de conflictos. Su utilización en sede penal es expresión de mecanismos de la justicia restaurativa, que pone su énfasis en la solución del conflicto desde el interés de cada una de las partes, en especial como derecho de la víctima a la reparación integral. La figura de la conciliación en el COIP tiene más rasgos comunes con la mediación que con un proceso de conciliación, al menos como se concibe a este en la doctrina y en los ordenamientos jurídicos nacionales de Derecho comparado que han sido consultados. Pese a ello, es desacertado denominar indistintamente a la conciliación y a la mediación. Estos métodos de solución de controversias presentan marcadas diferencias.

Lo más difícil es, sin duda, deslindar el proceso de mediación de las particularidades del proceso penal, sin olvidar que no puede existir una afectación a los derechos de los delinquentes y las víctimas reconocidos tanto en la legislación nacional de cada país como en las propias normas del Derecho internacional, todo ello en correspondencia con lo establecido en la cláusula de salvaguardia que se establece en los Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal. En el COIP, en su artículo 662, al regular el método alternativo de solución de conflictos, establece que este se regirá por los principios generales determinados en este código. Ello evidentemente implica que el uso de este procedimiento no puede bajo ningún concepto implicar una vulneración de los derechos ni de las víctimas ni de los detenidos, el respeto al debido al proceso.

#### REFERENCIAS

##### Fuentes doctrinales

Aguilera Morales, M. (diciembre de 2011). La mediación penal: ¿quimera o realidad? *REDUR* 9, 127-146.

Álvarez, M. P. (2010). Experiencias prácticas de la mediación penal. *Familia*, 79-84.

Becerra, D. (julio-diciembre de 2009). La conciliación preprocesal en el sistema penal acusatorio y sus principales aportes. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XII(24), 169-187.

Butrón Baliña, P. M. (2011). La mediación penal. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (Internacional), (pp. 43-49). La Coruña.

Canizzaro, C. M. (2015). Conciliación. roblemas e incongruencias del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. *Lecciones y Ensayos* (95), 215-245.

Catalina Benavente, M. A. (diciembre de 2014). Breve acercamiento a la mediación penal en Alemania. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos* (3), 47-58.

Cuadrado Salinas, C. (2015). La mediación ¿Una alternativa real al proceso penal? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (17-01), 1-25.

Dandurand, Y. y Griffiths, C. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Serie de manuales sobre justicia penal. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Díaz Madrigal, I. N. (2016). *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*. Serie Juicios Orales. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

García-Rostán Calvín, G. (2008). Víctima y mediación penal. *Anales de Derecho* (26), 445-456.

Lauría Masaro, M. y Montenegro, L. (2016). *Aplicación de la reparación y la conciliación en la jurisprudencia nacional*. Buenos Aires: Secretaria General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa.

Liébana Ortiz, J. R. (diciembre de 2011). Jurisdicción voluntaria, conciliación y mediación: notas para su delimitación dogmática. *REDUR* 9, 147-164.

Márquez Cárdenas, Á. E. (2012). La mediación como mecanismo de solución de justicia alternativa. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 149-171.

Martínez Solís, D. (julio-diciembre de 2017). La difusión de la mediación en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, 4(8).

Pérez Saucedo, J. B. y Zaragoza Huerta, J. (2011). *Justicia restaurativa: Del castigo a la reparación*. En F. G. Campos Domínguez, D. Cienfuegos Salgado, L. Rodríguez

Lozano, J.; Zaragoza Huerta, *Entre libertad y castigo: Dilemas del Estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la maestra Emma Mendoza Bremauntz* (pp. 640-654). Ciudad de México: Facultad de Derecho de la UNAM, LAGuna, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri.

Salas Beteta, C. (enero-junio de 2007). Principio de oportunidad: conciliación en el ámbito penal. *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (19).

Sánchez Álvarez, M. P. (2010). *Experiencias prácticas de la mediación penal*. Familia, 79-84.

## **Fuentes legales**

Consejo Económico y Social en virtud de su resolución 1998/23 de 28 de julio sobre “Cooperación internacional para reducir el hacinamiento en las cárceles y promover la aplicación de condenas sustitutorias del encarcelamiento”.

Consejo Económico y Social en su Resolución número 1999/26 de 28 de julio relativa a la “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal”.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Resolución 2002/12 de 24 de julio, contentiva de los “Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, adoptada en la 37ª sesión plenaria.

Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en Resolución 2016/17, aprobada en la 47ª sesión plenaria celebrada el 26 de julio de 2016 por recomendación de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal (E/2016/30).

Consejo de la Unión Europea. Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Constitución de la República del Ecuador (2008). Incluye las reformas aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011. Publicada en el *Registro Oficial* n.º 449. 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal (2014). Serie Justicia y Derechos Humanos Neconstitucionalismo y Sociedad. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos Subsecretaría de Desarrollo Normativo.

Código Procesal Penal de la República de Perú. Decreto Legislativo n.º 957, publicado el pasado 29 de julio del año 2004 en el Diario Oficial “El Peruano”.

Código de Procedimiento Penal de Colombia; Ley 906 de 2004, publicado por Defensoría del Pueblo de la República de Colombia, Bogotá D.C., Colombia, 2008.

Código Procesal Penal de la Nación. Ley 27 063. Sancionado el 4 de diciembre de 2014, promulgado el 9 de diciembre de 2014.

Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, Ley s/n, publicado en el Registro Oficial Suplemento 544 el 9 de Marzo de 2009.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Resolución 327-2014/ de 8 de diciembre, del Pleno del Consejo de la Judicatura y en virtud de la cual se expide el Reglamento para la Conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito se utilicen de manera indistinta los términos mediación y conciliación.