

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA.

UNAN-LEÓN.



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

TEMA: Rol del Defensor Público en el Proceso de Mediación Previa, en el periodo Junio 2010 a julio 2011 y junio a julio 2013.

Trabajo de Investigación Presentado Para Optar al Título de Licenciado en Derecho.

ELABORADO POR:

-Br. OCAMPO CACERES GERALD BAYAME.

- Br. RUBÍ OLIVAS ERICK ANTONIO.

- Br. TOVAL HERNÁNDEZ LESTHER ANTONIO.

Tutor: Msc. Marvín Palacios.

León 17 de septiembre del año 2013.

DEDICATORIA

Queremos dedicar este trabajo a Dios, que fue el creador de todas las cosas, por habernos dado la salud y ser el manantial de vida, darnos lo necesario para seguir adelante día a día y alcanzar nuestros objetivos, además por su infinita bondad y amor.

A nuestros padres expresión exacta de amor, cariño y comprensión quienes nos dieron todo lo necesario y supieron formarnos para salir siempre adelante, pero sobre todo por sus ejemplos, sus consejos, sus valores, por la motivación constante para seguir siempre en el mejor camino.

Y por último a nuestros maestros, por su tiempo y apoyo así como por los conocimientos transmitidos y por habernos llevado paso a paso en el proceso de aprendizaje, en especial a nuestro tutor Msc. Marvin Palacios, por habernos guiado en el desarrollo de este trabajo y llegar a la culminación del mismo.

AGRADECIMIENTOS

Primero y antes que nada, queremos dar gracias a Dios, por estar con nosotros en cada paso, por fortalecer nuestro corazón e iluminar nuestra mente y por haber puesto en nuestro camino a aquellas personas que han nuestro soporte y compañía durante todo este periodo de estudio

Agradecer hoy y siempre nuestras familias, por el esfuerzo realizado por ellos y el apoyo en nuestros estudios, de ser así no hubiese sido posible alcanzar esta meta. A nuestros padres especialmente ya que me nos brindaron el apoyo, la alegría y nos dieron la fortaleza necesaria para seguir adelante.

A nuestros docentes, por brindarnos su guía y sabiduría en el desarrollo de este trabajo.



INDICE

□ INTRODUCCIÓN.....	Pág. 1-2
□ OBJETIVOS.....	Pág. 3
CAPITULO I. LA MEDIACION.....	Pág. 4
1.1 Antecedentes Históricos y Evolución de la mediación.....	Pág. 4
1.2 Antecedentes Históricos de la Mediación en Nicaragua.....	Pág. 6-7
1.3 Conceptos de Mediación.....	Pág. 7-10
1.4 Principio en que se basa la Mediación.....	Pág. 10-13
1.5 Principios que rigen el proceso de Mediación.....	Pág. 13-15
1.6 Características Generales de la Mediación.....	Pág. 15-18
1.7 Características Propias de la Mediación Penal.....	Pág. 18-20
1.8 Naturaleza Jurídica de la Mediación.....	Pág. 20-21
1.9 Etapas del Proceso de Mediación.....	Pág. 22-30
1.10 Procedimiento de mediación previa.....	Pág. 30-32
CAPITULO II. Finalidad de la mediación.....	Pág. 32
2.1 Ventajas y desventajas del litigio frente a los métodos de resolución pacífica.....	Pág. 33
2.2 Limitaciones a la Mediación en el Proceso Penal Nicaragüense.....	Pág. 33-39
2.3 Otros aspectos a tomar en cuenta en la utilización de la mediación previa al proceso.....	Pág. 39
2.4 Aplicación especial de la mediación previa al proceso.....	Pág. 39-40
2.5 La mediación y el principio de legalidad.....	Pág. 40-43
2.6 Ventajas de la mediación.....	pág. 44-46



CAPITULO III. EL MEDIADOR.....	pág. 46
3.1 Definiciones de Mediador.....	pág. 46
3.2 Características del Mediador.....	Pág. 47-49
3.3 El Rol del Mediador.....	Pág. 49-50
3.4 Deberes del Mediador.....	Pág. 50-51
3.5 Funciones del Mediador.....	Pág. 51-52
3.6 Atributos personales del mediador.....	Pág.52-53
3.7 Papeles que debe representar el mediador.....	Pág. 53-54
CAPITULO IV. LA DEFENSORIA PÚBLICA.....	Pág. 54
4.1 Antecedentes.....	Pág. 54-56
4.2 Características de la Defensoría Pública.....	Pág. 56
4.3 Principios de la Defensoría Pública.....	Pág. 56-57
4.4 Bases Constitutivas.....	Pág. 57
4.5 Misión.....	Pág. 57
4.6 Visión.....	Pág. 58
4.7 Derecho a la defensa.....	Pág. 58-62
4.8 El Defensor Público.....	Pág. 62-74
CAPITULO V. El del Rol del Defensor Público en la Mediación previa.....	Pág. 74
5.1 Análisis de la Parcialidad de Defensor Público, basado en la observación de la aplicación de los principios de mediación, durante el proceso de mediación previa.....	Pág. 74-76



CONCLUSION.....Pág. 77-78

RECOMENDACIONES.....Pág. 79

BIBLIOGRAFIA.....Pág. 80-83



INTRODUCCIÓN.

La mediación es uno de los formas más comunes y utilizadas para resolver conflictos de menor relevancia jurídica dentro del sistema de justicia penal, esto debido a sus pocos formalismos y su característica propia de resolverlos de manera rápida y eficaz, a este carácter hay añadir el protagonismo de las partes para resolver por sí mismos sus diferencias, lo que también ayuda a descongestionar las cedes judiciales que tendrían que dedicar más tiempo y recursos de los necesarios para dar solución a estos problemas.

De este modo la mediación se ubica como uno de los métodos alternos de resolución de conflictos más frecuente que se usan en defensoría pública para resolver casos de faltas y delitos menos graves. Los defensores públicos son los encargados de realizar estas mediaciones y en ellos se encuentra la responsabilidad de dar cumplimiento a los principios de mediación, para lograr este fin deben de separarse de su papel de defensor de la parte acusada y ubicarse como una persona neutral en el conflicto, es decir; atender, escuchar y tratar a las partes por igual de tal manera que estas sientan un trato neutral.

La problemática que nos planteamos acerca de que los defensores públicos realicen o no mediaciones, radica en que podría violarse principios como el de autonomía de la voluntad de las partes, igualdad, privacidad, principalmente, ya que de cierto modo el defensor se parcializa, puesto que la ley lo faculta para defender los intereses de la parte acusada en un proceso y no así de la parte afectada (la víctima).

Este es un tipo de investigación teórico jurídica, en donde empleamos el método exegético en su procedimiento gramatical, lógico y teleológico, para desentrañar los alcances y límites de la norma jurídica en cuestión, pero al mismo tiempo, tomamos en cuenta elementos empíricos producto del quehacer mismo de los defensores públicos en su rol como defensores. Hay que entender de antemano que la principal función de este defensor público, es precisamente defender a una persona a la que se le imputa la supuesta



comisión de un delito pero al momento de realizar una mediación debe ubicarse como un tercero neutral y facilitar a ambas partes los elementos jurídicos necesarios para resolver su conflicto.

La función del mediador es de ser un tercero neutral, una especie de moderador en la toma de decisiones y los acuerdos a que puedan llegar las partes en conflicto, sin embargo el defensor al realizar las funciones de mediador por la misma naturaleza de su trabajo que está orientado a garantizar al máximo dentro de lo que la ley le permite el bienestar de su patrocinado, puede inclinar su criterio favoreciendo a su defendido.

El defensor en el rol de mediador debe guiarse por las etapas del proceso de mediación, las que desarrollamos en este trabajo con amplitud, también las tiene que adecuar al procedimiento establecido en el código procesal penal, y además debe poseer atributos personales que le permitan captar la atención de las partes y lograr que ellos busquen la solución a sus problemas de una manera pacífica donde los únicos ganadores sean ellos (las partes).



OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

- Determinar la parcialidad o imparcialidad de los defensores públicos durante el proceso de mediación previa.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Describir el procedimiento de mediación según la legislación Nicaragüense.
- Mencionar las tareas y funciones de un mediador.
- Explicar el rol del defensor público según la legislación Nicaragüense.
- Analizar la parcialidad o imparcialidad de los defensores públicos basados en la observación de la aplicación de los principios de mediación, durante el proceso de mediación previa.



CAPÍTULO I.

LA MEDIACIÓN.

1.1 Antecedentes históricos y evolución de la mediación.

Las raíces de las destrezas de la resolución alterna de conflictos se remontan a la tradición judaica-cristiana. Sus escrituras señalan que Jesús fue un mediador en sus esfuerzos por resolver conflictos entre sus seguidores y los enemigos de estos; y entre Dios y el hombre. Lo mismo puede decirse del rey Salomón entre otros ejemplos bíblicos. En las culturas occidentales y orientales, estas raíces están definidas y reconocidas como parte del sistema legal de Europa medieval y la cultura oriental.

En el hemisferio occidental, existe una tradición cultural de los antiguos rituales de los nativos americanos en la que formas únicas de mediación, arbitraje y conciliación han resuelto conflictos tribales, familiares y culturales, mientras que en África, China y Japón, la mediación ha sido valorada por su énfasis en el consenso, la persuasión moral, y el mantenimiento del paradigma cultural de armonía en las relaciones humanas.

Es posible que la mediación haya llegado a los Estados Unidos de Norteamérica a través de las colonias religiosas cuyos estatutos prescribían la mediación de disputas que surgían entre sus miembros. Donde un miembro de confianza de la congregación ayudaba a otro a que resolviera sus disputas en una forma consistente con las creencias religiosas de la colonia.

Las diferentes tribus norteamericanas han utilizado métodos propios de resolución de conflicto que no se asemejan a los de sus colonizadores. Con lo que afirman que los grupos humanos tienen la capacidad para resolver sus propios conflictos y salvaguardar la estabilidad social de la población.

La mediación es un proceso antiguo de resolución de conflicto y ha sido utilizada en el continente Americano antes y después de la época colonial, el mayor apoyo institucional recibido en los Estados Unidos ocurrió en el siglo veinte. En el año 1926, la Asociación Americana de Arbitraje, una



organización de solución de disputas del sector privado, comenzó a ofrecer servicios de mediación y arbitraje a querellantes que prefirieron una resolución privada y voluntaria en vez del uso del litigio público. En la actualidad, cuenta con organizaciones de resolución alterna de conflictos en cada uno de los cincuenta estados de la unión.

En la Antigua China, la medición fue utilizada como el principal medio de resolución de disputas (Brown, 1082), y continua siendo practicado hoy día en la República Popular China por medio de la instituciones de los comités populares de conciliación. Las creencias confucianas propusieron la existencia de una armonía natural en los asuntos humanos que no podían ser interrumpidos.

La mediación al igual que la conciliación, tienen una historia rica en las leyes y costumbres japonesas (Henderson, 1965). Se esperaba que el líder de la comunidad de la aldea ayudara a los miembros a resolver sus disputas. La tradición de conciliación y mediación esta interiorizada en la población de tal manera que existen no solo escasos litigios, sino también pocos a diferencia de países como Nicaragua.

El continente Africano ha sido una área de estudio de sociólogos, historiadores, antropólogos, y otros científicos, en algunas partes, la costumbre de reunir a los miembros de la comunidad ha producido un mecanismo informal para resolver una variedad de disputas interpersonales, la tradición de estas reuniones varían de una comunidad a otra, todas parecen perseguir una solución mutua, sin jueces, árbitros, o sanciones.

Los grupos étnicos religiosos, han establecido sistemas alternos propios para la resolución de disputas. Como resultado, la mediación, y hasta cierto punto, el arbitraje, representaron una forma personal, cultural y religiosa de facultar a las personas sin conceder el poder de decidir disputas personales al rey u otra autoridad.

En los Estados Unidos, el concepto de mediación no es nuevo, existe mucho antes de que la Corte Suprema confirmara un fallo de arbitraje en una disputa de deuda por cobrar en 1854. En 1920, la comunidad judía-americana estableció en la ciudad de Nueva York, su propio foro de mediación llamado



junta judía de conciliación (Yaffe, 1972). Los primeros Cuáqueros en los Estados Unidos, practicaron la mediación y el arbitraje como medios para resolver sus disputas comerciales y a los desacuerdos materiales sin recurrir al uso del litigio (Ordione, 1954).

En el año 1964, el acta de derechos civiles, estableció el servicio de resolución de comunidad del departamento de justicia en los Estados Unidos, cuya tarea consistía en ayudar al desarrollo y personas de la comunidad a resolver disputas y desacuerdos o dificultades como resultado de prácticas discriminatorias basadas en raza, color, u origen nacional (Titulo X Acta de los derechos civiles, 1964).

Muchas son las causas que han atribuido al desarrollo y expansión de varias alternativas no judiciales para resolver diversidad de disputas, entre ellas: el arbitraje, la mediación, la negociación, el mini-juicio, el juicio sumario y la evaluación neutral.

1.2 Antecedentes Históricos de la Mediación en Nicaragua.

Desde independencia en Nicaragua de la corona española en 1821 hasta la época actual, el país se ha caracterizado por tener la tendencia a usar el método de la violencia para resolver sus problemas fundamentales en los distintos órdenes de la sociedad, el cual tuvo su mayor expresión a través de la lucha, de forma intermitente, pero manteniendo su tendencia continuada al uso de dicha alternativa hasta 1989.

Nicaragua históricamente se ha caracterizado por resolver sus conflictos mediante el método de violencia y existe en la actualidad un atrofiamiento en el sistema formal para la resolución de conflictos, es decir, el sistema judicial de Nicaragua se ve saturado con la creciente demanda de justicia, lo cual tiene como efecto la retardación de esta lo que a su vez se traduce en un mayor costo económico, aumento en el tiempo invertido y la presión psicológica a que se ven sometidas las partes en disputa.

Las condiciones presentes se caracterizan por una crisis creciente en lo económico, lo político, lo ideológico, lo jurídico, lo moral y lo social. Toda



sociedad en crisis demanda soluciones y estas demanda a su vez mecanismos de resolución de disputas o conflictos, que sean viables y de carácter pacífico y que dichos acuerdos de resolución tengan su origen en las partes involucradas en las disputas. La mediación dentro de la administración de los conflictos es una alternativa que puede contribuir a la resolución de disputas.

El proyecto de mediación Nicaragua empezó en agosto de 1991, cuando el profesor Timothy Daniel Lytton¹, becado por la universidad de Harvard en el "program in ethtics and the professions", realizo las gestiones necesarias para un entrenamiento en la técnica de la mediación a personal nicaragüense. A través de una serie de capacitaciones en las que participaron abogados, jueces, pastores, religiosos, oficiales de policía, funcionarios del ministerio del tra bajo, trabajadores sociales, se vino dando forma a lo que entonces se le llamo, Centro de Mediación y Resolución de conflictos, ahora DiRAC. Cuya máxima expresión lo constituyo el establecimiento de un convenio de cooperación entre la Facultad de Derecho de la ciudad de la UNAN-León y Capital University de Columbus, Ohio, USA, el 31 de mayo de 1994, este convenio de cooperacion fue la base para fundar el Centro de Mediación y Resolución de Conflictos (CMRC).

Con la Ley de Mediación y Arbitraje (Ley 540), aprobada el 25 de mayo del 2005, las partes involucradas en una controversia tienen la oportunidad de llegar a un arreglo con la presencia de un mediador(a) y evitarse el engorroso trámite de ir a juicio. De allí que se hayan establecido Centros Alternativos de Resolución en diversas instituciones públicas y privadas.

1.3. Conceptos de mediación.

1.3.1. Mediación según la doctrina: Es un proceso de decisiones, voluntarias y privadas, en el cual una o más personas imparciales (mediador/es) asisten a las personas, organizaciones, y comunidades en conflictos a fin de que trabajen hacia metas variadas.



1.3.2. En sentido amplio: La mediación se concibe como la participación en un negocio ajeno, con el fin de prestar algún servicio a las partes o interesados.

1.3.3. En sentido estricto: La mediación es la función o la intermediación de un tercero que debe limitarse a establecer comunicación entre las partes haciendo posible que estas puedan llegar a un acuerdo. La función que desempeña este tercero se denomina mediación.

1.3.4. Folbger Y Taylor: A través de este medio los participantes supuestamente tienen la capacidad, autoridad y responsabilidad para determinar en forma consensual lo que es mejor para ellos mismos y se alientan a evaluar, satisfacer sus propias necesidades y a resolver sus conflictos con responsabilidad, sin paternalismo o interferencia del estado¹.

1.3.5. Rafael De Pina: Dice que la medición es una acción de una a más potencias dirigidas a resolver amistosamente un conflicto existente entre otras, de oficio o a instancia de parte.

1.3.6. Diccionario jurídico español: Mediación o corretaje es un contrato en virtud del cual una persona se obliga a abonar a la otra (mediador o corredor) una retribución por indicarle la oportunidad de concluir un contrato con un tercero. El mediador no interviene en la conclusión de este contrato.

1.3.1.1 Concepto de mediación según la ley.

1.3.1.1.1. Ley 540, Ley de Mediación y Arbitraje: En el arto. 4 de esta ley se da una clara definición de lo que es la mediación y nos dice que: Se entenderá por mediación todo procedimiento designado como tal, o algún otro término equivalente, en el cual las partes soliciten a un tercero o terceros, que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

¹ Folbger y Taylor. Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio. Pág. 13



1.3.1.1.2. Mediación según El Código Penal Nicaragüense:

Art. 563. Mediación previa en las faltas penales:

Para interponer la acusación por faltas penales, deberá agotarse el trámite de mediación previa, de conformidad con lo establecido en el Código Procesal Penal, el que podrá ser realizado ante abogados y notarios públicos, defensores públicos, mediadores, facilitadores judiciales rurales, promotores o facilitadores de justicia de organizaciones de sociedad civil, centros de mediación, bufetes universitarios y populares, organismos de derechos humanos, y cualquier institución u organismo con capacidad de intermediar entre las partes en conflicto.

La mediación en las faltas penales tiene una finalidad restaurativa. En ella intervendrán el imputado y la víctima y, cuando proceda, otras personas o miembros de la comunidad afectados, éstos últimos como terceros interesados y participarán conjuntamente en la resolución y seguimiento de las cuestiones derivadas del hecho.

El derecho de acusar en las faltas se ejercerá indistintamente, por el directamente ofendido, por cualquier autoridad administrativa competente en razón de la materia, o en su defecto, por un representante de la Policía Nacional.

Sin perjuicio del control de legalidad y validez que corresponda, las autoridades judiciales facilitarán la aplicación de la mediación en cualquier estado del proceso, incluida la fase de ejecución.

1.3.1.1.3 Mediación según El Código Procesal Penal Nicaragüense:

El artículo 55 del CPP establece las manifestaciones del principio de oportunidad, entre las que se encuentran:

- La mediación
- La prescindencia de la acción



- El acuerdo
- La suspensión condicional de la persecución.

Así mismo el art. 56 CPP nos dice que la mediación procede en:

- Las faltas
- Los delitos imprudentes o culposos
- Los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación.
- Los delitos sancionados con penas menos graves.

1.4 Principio en que se basa la Mediación.

La mediación tiene como principio base, el principio de oportunidad, contemplado en el Arto. 14 del CPP. Entendemos por principio de Oportunidad aquel en virtud del cual el Ministerio Público puede legalmente dejar de ejercer la acción penal o desistir de su ejercicio. El Código Procesal penal tiene como principio prevalente el de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, esto se deduce de la circunstancia que el principio de oportunidad solo cabe en los casos expresamente señalados por la ley. (artos. 14,1, 59,1 y 89 CPP)

Como podemos ver el principio de oportunidad es la excepción que establece la ley ante la obligatoriedad que tiene el Estado de acusar a los individuos que comenten delitos y afectan los bienes jurídicos protegidos por la sociedad a través de la Ley Penal.

La aplicación de este principio se encuentra fundamentada en la incapacidad del sistema de justicia penal para perseguir todos los delitos, al ver rebasada esta capacidad es natural que el sistema busque otro criterio de selección para dar solución a estos conflictos, así surge la necesidad de establecer criterios de prioridad en la persecución de los delitos ante la imposibilidad de dar eficaz persecución a los todos delitos que se dan en el seno de la Sociedad.

El principio de Oportunidad se manifiesta como la posibilidad de llegar a acuerdos entre las partes o entre el MP y los acusados, estos acuerdos pueden



ser reparatorios o de colaboración del imputado con el MP, la aplicación de este principio es una forma legal y rápida de solucionar los conflictos, evitando un largo y costoso juicio, permitiendo a las partes tomar el control en la toma de decisiones y evitando resultados no deseados o no esperados en un juicio.

La Ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, establece la mediación en el Arto. 94, teniendo esta como objetivo que las partes se encuentren frente al juez, para solucionar mediante el diálogo y negociación una disputa.

En el Capítulo VII del reglamento a esta ley encontramos lo referido al trámite de mediación. El Arto 37 dice: que la mediación a la que hace referencia el Arto. 90 de la LOPJ, tiene por objeto que las partes encuentren frente al juez, solución a la disputa por medio del dialogo y la negociación. En el ámbito penal en los casos que procede, además se tenderá a lograr la reconciliación con la víctima y la reparación del daño causado.

El Arto. 38 establece taxativamente los casos en que la mediación no procede:

- Diligencias prejudiciales.
- Juicios ejecutivos singulares con renuncia de trámite y en los de ejecución de sentencias.
- En los casos que el ordenamiento especial ya prevé un trámite conciliatorio.
- La declaración de incapacidad y rehabilitación.
- Causas en que el Estado o sus entidades descentralizadas sean partes, salvo que actúen como personas de derecho privado.
- Interdicción civil.
- Quiebras y concursos.
- Aquellos otros casos que la ley expresamente lo prohíba.



De acuerdo al Arto. 40 del Reglamento a la misma ley, se convocará mediante cédula y deberá contener los requisitos señalados en dicho artículo.

También el Arto. 41 establece limitaciones al número de convocatorias que es de dos como máximo, sino se lleva a cabo la primera por motivos justificados, entonces se convoca a otra audiencia en un plazo no mayor de diez días.

El Arto. 43, dice que si no pudo efectuarse por una de las partes la segunda audiencia, el juez levantará acta dejando constancia de ello, entendiéndose esto como falta de acuerdo, esta acta debe llenar los requisitos establecidos en el Arto. 45 del Reglamento a la Ley.

El mismo órgano judicial que haya conocido de la mediación ordena la ejecución de la misma cuando se incumpla lo acordado arto. 47.

El Arto. 48 dice que los plazos del trámite de mediación puede ser prorrogado por los participantes y una vez alcanzado un acuerdo se inscribirá en el libro de inscripción de actas del juzgado respectivo, Arto 49.

En el Arto. 14 del Código Procesal Penal se encuentra regulado el Principio de Oportunidad, el cual ofrece medidas alternas a la persecución penal; estableciéndose como manifestaciones de este principio: la mediación, la prescindencia de la acción, el acuerdo y la suspensión condicional de la persecución penal.

Arto. 14 CPP, Principio de Oportunidad: En los casos previstos en el presente Código, el Ministerio Público podrá ofrecer al acusado medidas alternativas a la persecución Penal o limitarla a alguna o algunas infracciones o personas que participaron en el hecho punible. Para la efectividad del acuerdo que se adopte se requerirá la aprobación del Juez competente.

En el Arto. 55 CPP, nos dice que: Son manifestaciones del principio de oportunidad las siguientes: La mediación, la prescindencia de la acción, el acuerdo, y la suspensión condicional de la persecución. No se aplicara el principio de oportunidad cuando se trate de delitos contra el Estado o cometidos con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios



nombrados por el presidente de la República o la Asamblea Nacional o por los que haya sido electos. En todo caso la aplicación del principio de oportunidad dejara a salvo el derecho al ejercicio de la acción civil en sede penal o sede ordinaria.

El artículo 56 del CPP. Establece en qué delitos procederá la mediación, así como también se debe tener en cuenta que el Código regula dos tipos de mediación; Mediación Previa y la Mediación durante el proceso (Se debe tener presente que este ultimo tipo de mediación se puede solicitar hasta antes de la sentencia o veredicto).

El Art. 57 CPP. Establece la Mediación Previa: En los casos en que la mediación proceda, de previo a la presentación de la acusación o querrela, la víctima o él imputado podrán acudir en procura de un acuerdo total o parcial ante un abogado o notario debidamente autorizado, o ante la Defensoría Pública, o un facilitador de justicia en zonas rurales, acreditado por la Corte Suprema de Justicia para mediar.

En el Arto. 58 CPP se define la Mediación durante el proceso: Una vez iniciado el proceso penal y siempre que se trate de los casos en que el presente Código autoriza la mediación, el acusado y la víctima podrá solicitar al Ministerio Público la celebración de un trámite de mediación. De lograrse acuerdo parcial o total, el fiscal presentará el acta correspondiente ante el Juez de la causa. Estos acuerdos pueden tomar lugar en cualquier etapa del proceso hasta antes de la sentencia o del veredicto en su caso. Cumplido el acuerdo preparatorio, el Juez a instancia de parte decretará el sobreseimiento correspondiente.

1.5. Principios que rigen el proceso de la mediación.

Los principios también son llamados Garantías en la doctrina del derecho penal y del derecho internacional.

Los Principios o Garantías en nuestro sistema jurídico penal se recogen en tres fuentes principales:



- La norma constitucional (Constitución Política de la República de Nicaragua)
- Los instrumentos internacionales (Declaraciones, Tratados, Pactos, Convenciones, Acuerdos)
- La norma legal procesal (CPP, CNA) o sustantiva (CP)

1.5.1. Preeminencia de la autonomía de las partes: La mediación es un proceso voluntario, ni los participantes, ni los abogados de parte, ni los mediadores pueden ser obligados a transitar por un proceso de mediación. En todas las mediaciones la voluntariedad de las partes para estar en el proceso es un requisito indispensable. Nadie puede ser obligado a negociar, la voluntariedad es a su vez uno de los límites de la mediación pues si esta falta, no puede realizarse mediación alguna.

1.5.2 Igualdad: Significa que ninguna de las partes puede abusar de la situación de inferioridad de la otra, de su error o ignorancia pretendiendo lograr un acuerdo desequilibrado o manifiestamente injusto. En virtud de este principio el mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. De no ser ello posible, declarará terminada la mediación.

1.5.3. Confidencialidad: Está referida principalmente al mediador el que debe ser profesional en cuanto al manejo de toda la información que obtenga de los participantes. La información obtenida no podrá ser revelada a terceras personas ajenas al ámbito de la mediación, para darle mayor seguridad al cumplimiento de esta característica se deberá formar un acuerdo.

Estos procedimientos no son públicos son privados, son a puertas cerradas y de carácter confidencial.

La confidencialidad ha traído ventajas y desventajas. La mayor ventaja es para los mediadores que están explícitamente protegidos para no tener que actuar como testigos en los asuntos que median, si estos no llegaren a resolverse y continuaren en sede judicial. La desventaja que ha traído para el



desarrollo de la institución es la dificultad para compartir experiencias y realizar investigaciones.

1.5.4. Privacidad: La Mediación respeta la privacidad de las partes, muchas personas eligen a la mediación por ser un proceso en el que las reuniones no son públicas y únicamente pueden intervenir terceros cuando todos están de acuerdo en que sea así. La privacidad propicia que las partes se sientan cómodas en expresar ideas, sentimientos, emociones que en un proceso público no harían.

1.5.5. Informalidad: La informalidad está referida en cuanto a su forma de ser, es decir si bien existen procedimientos estos están pregnados o regidos por escasos formalismo.

1.5.6. Flexibilidad del procedimiento: Las soluciones a que se llegue no están predispuestas o establecidas por precedentes legales, ya que es posible que se medie o se haga justicia, basados en hechos únicos o exclusivos del caso en mediación también las partes deben ser flexibles para encontrar la solución a la problemática planteada.

1.5.7. Celeridad: Se realiza en poco tiempo, no se destinan grandes cantidades de dinero para su resolución, y se reduce el desgaste de energía.

1.5.8. Concentración: La concentración supone el examen de toda la causa en un período único que se desarrolla en una audiencia (debate) o en pocas audiencias muy próximas, de tal modo que los actos se aproximan en el tiempo y se suceden ininterrumpidamente.

Este principio está relacionado con el de celeridad, y tiene como finalidad reunir actividades procesales en un espacio de tiempo lo más corto posible.

1.6. Características generales de la mediación.

La mediación como una de las expresiones del criterio de oportunidad en la búsqueda de la solución de conflictos, se caracteriza principalmente por ser un proceso informal y flexible, esto no significa que no tenga un protocolo a seguir con estructura y técnicas específicas, es una especie de negociación



asistida al que las partes se someten voluntariamente estas no están obligadas a llegar a un acuerdo, el principio de la mediación es un resultado ganar-ganar, en el que los involucrados negocian y proponen soluciones a la controversia.

Entre las principales características de la mediación, podemos mencionar las siguientes:

1.6.1. Ideología: La palabra ideología tiene distintas interpretaciones, ideología es ``un sistema de ideas, creencias y valores sobre el hombre y la sociedad``.

La mediación es un método no adversarial de resolución de disputa que incluye un tercero ``neutral`` cuya función es ayudar a que las partes estén ``empatadas`` y puedan negociar en forma colaborativa y alcanzar una resolución de la misma, en la base de esta definición se encuentra un conjunto de ideas, creencias y valores acerca de los seres humanos, de la disputa y de la sociedad. La mediación considera que los seres humanos son capaces por si mismos de resolver sus conflictos en forma efectiva.

La sociedad actual necesita para su supervivencia gestar otros medios para resolver conflictos, lleva a mejores y más creativas soluciones. Lo alternativo no es la negociación, la mediación, estas deberían ser las formas normales de resolución, lo alternativo debería ser el litigio, los valores en los que se asienta la mediación son: buena fe, la colaboración, el crecimiento de todos los individuos y sobre todo la paz.

1.6.2. Protagonismo: Ser protagónico implica considerarse autor, agente de las acciones que se desarrollan de los discursos y narrativas que se construyen. Pero además, implica sentirse responsable por las consecuencias buenas o malas de las acciones y de los discursos que se realizan. El concepto de responsabilidad está connotado dentro del vocabulario psicológico y no desde el vocabulario jurídico. Dentro de la jerga psicológica la responsabilidad está relacionada con la idea de ``sujeto de la acción`` y no está asociado (como la jerga jurídica) culpa o castigo.

La mayoría de las veces en las mediaciones el protagonismo no está presente. Las personas suelen comenzar las mismas con una queja, alguien o algo les ha hecho o les hace algo. Parte de la tarea de la mediación es llevar a



que los participantes reflexionen sobre esto y a que alcancen un alto grado de protagonismo.

1.6.3. Co-Protagonismo: Dado que los conflictos y las disputas se generan entre por lo menos, dos partes, el protagonismo debe estar acompañado del co-protagonismo.

Las disputas se desarrollan entre por lo menos dos personas, reconocer la co-participación del otro en la construcción de la disputa es relativamente sencillo, reconocer que el otro tiene un punto de vista diferente al de uno, pero que tiene sus razones es más difícil. Y aceptar que el otro no debe perder, sino salir ganando parte del proceso de mediación es una de las tareas más validas, pero también más difíciles del proceso de mediación.

1.6.4. Neutralidad: El proceso de mediación debe ser realizado de forma tal que asegure la neutralidad, pero al mismo tiempo reconozca la involucración del mediador en la conducción del proceso. Ya no podemos hablar más de neutralidad o involucración, sino de neutralidad e involucración.

Ningún mediador discute su función en cuanto a la conducción del proceso, cuando esta se pierde se considera un error del mediador. Aun en este tema de la conducción del proceso hay grandes diferencias entre los mediadores en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. Pero en cuanto a lo que no hay en absoluto acuerdo y hay estilos muy diferentes, algunos conscientes teóricamente sustentados y otros no tan conscientes, es en cuanto a la involucración del mediador en el ``contenido`` y a su ``autoridad`` con relación a las sugerencias o directivas.

Tampoco hay acuerdo acerca de en qué momento se podría utilizar una sugerencia, consejo o directiva, y cuales tendrían que ser las condiciones o situaciones que tendrían que haberse dado para que el mediador utilice alguna de estas herramientas.

1.6.5. Imparcialidad: En el caso del mediador significa que este debe actuar dejando de lado sus valores, sus sentimiento y su necesidad de protagonismo. Sabemos que esto no es posible, ya que nuestros valores forman parte de nosotros mismos y no podemos dejarlos por fuera. No obstante, es necesario que el mediador tenga claro cuáles son sus valores, sus sentimientos, etc. y



que reflexione sobre ellos, para que no se transformen en un obstáculo para el proceso que normalmente terminara en un acuerdo que debe ser cumplido por los participantes y no por él.

Desde el punto de vista de los participantes estos necesitan que se les asegure la imparcialidad. Esta es entendida como la seguridad de que el mediador no realizara coaliciones, es decir uniones con uno de los participantes en contra del otro. En otras palabras el mediador debe mantener el caso sin favorecer ni sostener a una parte, para seguridad del proceso.

1.6.6. Equidistancia: La equidistancia identifica la habilidad del mediador para asistir en igual forma a los disputantes para que estos puedan expresar su posición en el asunto. Dentro del contexto de la mediación se ha entendido que una forma de mantenerse equidistante es otorgar las mismas posibilidades a las dos partes, y esta se podrá medir computando si el mediador organiza correctamente el ``hablar por turnos`` de los participantes; el mismo tiempo en las reuniones o entrevistas individuales; una proximidad física semejante, el mismo lenguaje etc.

1.6.7. Equidad: Sabemos que el principio básico de la justicia es la equidad, entendida como el concepto fundamental de la misma, que va más allá de lo legal. Así, al mediador se le solicita que actúe con equidad.

1.6.8. Gratuidad: Esta característica, se refiere, cuando la mediación es realizada por empleados del Poder Judicial, Defensoría Pública y Ministerio Público, es realizada completamente de forma gratuita.

1.7 Características Propias de la Mediación Penal:

1.7.1. Inexistencia de relación previa: En principio, aunque no siempre, ocurre entre extraños que no tienen relación previa.



- 1.7.2. Desequilibrio de poder:** Es habitual el desequilibrio de poder inherente a la relación víctima-victimario: hay una persona perjudicada y un infractor.
- 1.7.3. Reuniones preliminares separadas:** Estas reuniones se realizan separadas a fin de explicitar el procedimiento, obtener credibilidad y asistirlos en prepararse para el encuentro frente a frente. En definitiva se busca crear alianzas y una relación de confianza de ambos partícipes con el mediador antes de tener la reunión conjunta para lograr una mejor comunicación y que disminuyan las sesiones separadas una vez comenzada la misma.
- 1.7.4. Modo de estar en disputa:** La cuestión de la inocencia o culpabilidad no se media ni hay expectativas de que las víctimas del delito acuerden por menos de lo que necesitan para equilibrar sus pérdidas.
- 1.7.5. Acento en el diálogo y la empatía:** La investigación llevada a cabo ha demostrado que los acuerdos de restitución son menos importantes para las víctimas de delitos que la oportunidad de hablar directamente con el ofensor para explicar cómo se sintieron en relación al crimen.
- 1.7.6. Neutralidad- Imparcialidad:** Se ve morigerada en este caso en función de la particular situación de una de las partes que en este caso es la víctima.
- 1.7.7. Confidencialidad:** Toda la información obtenida por los mediadores se mantendrá en forma confidencial no pudiendo revelarla a terceras



personas ajenas al ámbito de la mediación, para cumplir con dicho compromiso se firmará un acuerdo.

1.7.8 Voluntariedad: Las partes deben acceder y continuar en el proceso libremente y habiendo el ofensor comprendido la acción delictiva.

1.8. Naturaleza jurídica de la mediación.

La mediación a diferencia de otros métodos alternativos de solución de conflictos tiene la particularidad de ser pacífica y ágil que a su vez constituye una de sus mejores ventajas y poder ser utilizada dentro de la misma esfera judicial, como fuera de ella. De aquí el que podamos entender con precisión su naturaleza jurídica, pues como muchos otros, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la mediación puede ser institucional jurídica (mediación judicial) o independiente (mediación extrajudicial) esto es atendido a la procedencia del conflicto; según los casos planteados.

Lo anterior explica que nuestra legislación incorporo en muchos procesos jurisdiccionales el trámite de mediación y del arbitraje como una respuesta complementaria al sistema de la administración de justicia, buscando el fortalecimiento y agilización del sistema judicial, así como la generación de opciones para la ciudadanía al momento de solucionar sus conflictos.

Sin embargo no todas las mediaciones surgen dentro de un proceso judicial así lo establece la ley 540 ley de mediación y arbitraje en su artículo primero: “ se puede someter tanto a mediación como arbitraje, diferencia de naturaleza patrimonial o extra patrimoniales si ya se trata de personas naturales o jurídicas, el derecho privado y derecho público, incluyendo al estado”, lo cual constituye una novedad en la cultura del manejo de los conflictos, con la que hablaremos de familiarizarnos para dirimir nuestras



controversias en una forma privada, con economía de tiempo y dinero, y primordialmente en manos de las propias partes.

Se dice que es de naturaleza privada, porque la voluntad del ser humano radica en la voluntad libre, y espontanea, en la decisión que tienen sobre su patrimonio, tanto de querer hacer o no querer hacer, es decir que las personas pueden disponer de todo lo que les pertenece, incluso pueden renunciar a todo aquello que tengan derecho, pero no pueden renunciar a una obligación o un deber.

Respecto a la legalidad, la constitución política de Nicaragua en su Arto. 32 dice: ``ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no manda, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe'' es por eso que cada persona dispone de lo suyo y recurre a cualquier medio para solucionar sus diferencias, pero a su vez, la escogencia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tienen un procedimiento establecido para cada tipo.

Sin embargo en la ley orgánica del Poder Judicial se regula la mediación como una manifestación del principio de oportunidad y se refiere de manera general, es decir no especifica a que ámbito del derecho se puede aplicar la mediación, teniendo esta como objetivo que las partes se encuentren frente al juez, para solucionar mediante el diálogo y negociación una disputa, estableciendo la misma ley los casos a los cuales no es aplicable la mediación.

Por otro lado en el Código de Procedimiento Penal se encuentra regulado el principio de oportunidad en el Arto.14. el cual ofrece medidas alternativas a la persecución penal.

Estableciéndose como manifestación de este principio: la mediación, la prescindencia de la acción, el acuerdo y la suspensión condicional de la persecución; a tal principio se le establece un ámbito de aplicación.



1.9. Etapas del Proceso de Mediación.

1.9.1 Para Highton existen diversos pasos, pero dentro del modelo tradicional de mediación víctima-victimario puede resumirse el procedimiento del siguiente modo

- a) Fase de admisión: Tiene por objeto identificar qué casos son apropiados para la mediación víctima-victimario. La víctima tiene que estar dispuesta a participar y enfrentar la situación estableciendo un vínculo con el autor del hecho y el victimario tiene que ser una persona susceptible de rehabilitación. Debe existir cierto marco de seguridad para la víctima.

- b) Fase de preparación de la mediación: El trabajo preparatorio puede ser arduo y llevar varias sesiones de pre-mediación a fin de que cada uno piense, explore sus sentimientos y sepa que va a querer decir cuando este frente al otro; se tiende a lograr que los participantes entiendan el sentido de hacerse cargo y a tomar responsabilidades.

- c) Fase de mediación: Es el momento del enfrentamiento cara a cara y es crucial para determinar si es conveniente completar el intento propuesto, ya que en los programas que reciben derivación de los jueces el acuerdo pasa a formar parte del expediente al integrar los registros oficiales del tribunal, el encuentro se lleva a cabo en un lugar neutral donde se sientan cómodos los intervinientes y luego de haber logrado la confianza y legitimación suficiente la mediación se llevara a cabo en reuniones conjuntas. La idea reconciliatoria parte de que debe darse un peso igual a los intereses y necesidades de las víctimas, de los victimarios y de la comunidad, y que deben reafirmarse y reconstruirse las relaciones. En esta fase se concluye con acuerdo o no. En el primer caso, el contenido del compromiso puede ser variado, así puede consistir en pago en dinero a la víctima, disculpas del victimario por la infracción realizada en contra de la víctima, inscripción del infractor en un programa de tratamiento, etc. Debe atenderse para ello a la situación



de la víctima y la evaluación del victimario, su situación social y personal. En definitiva el acuerdo se instrumenta teniendo en cuenta los intereses y requerimientos de la víctima y las posibilidades reparatorias del infractor, pues se trata de arribar a soluciones realistas y cumplibles.

- d) Fase de seguimiento: Cuando se arriba a un acuerdo se realiza un seguimiento posterior que tiene por objeto no sólo el control de cumplimiento sino que refuerza la responsabilidad de quien debe dar cuenta de lo hecho, humaniza más aún el proceso, permite la renegociación si existen problemas posteriores, da oportunidad de reconciliación, etc. Si el infractor no cumple con lo establecido en el acuerdo el proceso contra el victimario continuará y terminará con la sentencia correspondiente.

Neuman considera que “el autor del hecho cobra responsabilidad durante el proceso ya que con su reconocimiento asume el actuar delictivo. La víctima verbaliza su situación en la mesa de mediación. Se otorga importancia al hecho físico “de verse las caras frente a frente”.

El rol del fiscal en un proceso acusatorio va de la mano del principio de oportunidad y consiste básicamente en una comunicación directa del fiscal con la víctima, que por su modalidad deberá determinar los casos que podrán derivarse a mediación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial ha abierto nuevas brechas al institucionalizar en su artículo 94 la figura de la mediación creando la posibilidad de alcanzar la modernización y agilización de nuestro Poder Judicial haciendo por ende una administración de justicia más expedita y menos engorrosa para los participantes.

La ley de mediación y arbitraje contempla estas etapas procedimentales de la mediación entre los Artos. 5-19.



1.9.2 El trámite de mediación según nuestra legislación contempla las siguientes etapas:

- Apertura o introducción. **Arto. 5, 6,7, 20, 16, 19 y 20.**
- Definición de roles. **Arto. 5, 6, 7.**
- Planteamiento de los hechos. **Arto. 11.**
- Creación de alternativas. **Arto. 6**
- Negociación y selección de alternativas propuestas. **Arto 10, 11, 12.**
- Acuerdo. **Arto 16.**
- Cierre y levantado del acta. **Arto. 19 ley de mediación y 45 LOPJ.**

1.9.2.1 Apertura o introducción.

Esta primera etapa es de vital importancia ya que es el primer contacto formal entre los participantes, para iniciar el proceso el mediador debe identificarse ante los participantes y solicitar que ellos también lo hagan ya que estos datos quedaran registrados en el acta que se les hará al finalizar la mediación. Esta etapa sirve para el esclarecimiento de una relación que va a facilitar el resto del proceso de mediación, el mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza y cooperación de los participantes y fomentar su participación activa en el proceso.

La forma en que se inicia el proceso de mediación determina la cantidad de esfuerzo que requiere el mediador, para crear entendimiento y aceptación de la mediación. Una tarea importante es evaluar las actividades de los participantes acerca de la mediación así como su disposición hacia el proceso.

De inmediato procederá el mediador a explicar de forma clara los elementos principales que definen el contexto del trámite a desarrollarse, esto se hace necesario por la novedad de esta figura, ya que son pocas las personas que han experimentado la técnica de la mediación; por lo que hace al mediador este deberá orientar de forma sencilla, explícita y dinámica el marco normativo que rige el diálogo, aclarar que su papel es de un mediador, que su rol es de un tercero neutral e imparcial, que no es una autoridad que les vaya a imponer una resolución, por cuanto el acuerdo o solución a que lleguen debe ser producto del consenso o de las voluntades de los participantes.



El propósito de esta etapa es que los participantes comprendan la trascendencia, objeto y valor de la mediación y además comprendan que la actuación del mediador es de vital importancia, que los participantes sepan que el compromiso que ellos acuerdan tomara el valor de cosa juzgada, así mismo es importante destacar no solo lo bueno y ventajoso de la mediación; sino también sus límites y desventajas. En nuestra práctica ninguna de las alternativas de resolución de conflicto se puede decir que es totalmente injusta o desventajosa ya que la mediación es la meditación y acuerdo a que las partes han querido llegar.

El mediador debe destacar los beneficios y desventajas de la mediación como alternativa de resolución de conflictos que es más flexible con relación al sistema judicial clásico. Para motivar a los participantes que se beneficien al máximo del espacio y la oportunidad que ha creado la ley para consensuar un acuerdo, se les invitara a que solucionen amigablemente la pugna, haciendo uso del dialogo y de la reflexión acerca del tiempo y recursos que invertirán en el proceso clásico, que de llegar a un acuerdo se consignara por escrito y deberá cumplirse por las partes sin excusa alguna ni recurso posible para invalidar lo acordado.

El mediador debe dar a conocer y hacer saber que para poder efectuar la mediación deben los participantes comprometerse a respetar las reglas y acuerdos a que ellos mismos han llegado.

1.9.2.2 Definición de roles:

El mediador explica a las partes que él es un tercero neutral e imparcial y que se abstendrá de emitir opinión respecto a quien tiene o no la razón, que su labor es facilitar y controlar el proceso de mediación mediante el dialogo estructurado para propiciar una comunicación o intercambio de información eficaz que contribuya a alcanzar una solución amigable, viable y permanente del conflicto.

El mediador debe explicar las normas de conductas personales necesarias para ordenar el dialogo;

- Se debe hacer uso de la palabra en los turnos designado a cada parte por el mediador y sin interrupciones.



- Que la calidad, valor, alcance y forma para admitir la intervención en el proceso a terceras personas (personas con intereses legítimos abogados, técnicos, peritos, expertos, especialistas) dicha participación de previo deberá contar con el acuerdo consensuado de las partes.

1.9.2.3 Planteamiento de los hechos:

En esta etapa el mediador lo primero que hace es dar la información adecuada y por igual a los participantes sobre el problema que se suscite entre ellos, el mediador invita a los participantes a exponer en el orden que les corresponde su versión acerca del conflicto, con plena libertad, pero de manera respetuosa, generalmente el primero que expone es la parte ofendida ósea aquel que ha traído inicialmente la mediación, la que deberá relatar de manera clara precisa y respetuosa su versión de los hechos.

Esto es de vital importancia puesto que es la oportunidad que tiene el mediador para obtener la información como elemento esencial para administrar, descubrir, identificar y comprender la naturaleza y contexto del conflicto y definiendo la prioridad de los intereses primarios de las partes y poder entender así cual es específicamente su petición, su propuesta y por ende lo que pide, también es importante valorar el nivel de rigidez y flexibilidad de las posiciones al defender las pretensiones en pugna.

Como segundo paso el mediador oye lo que tenga que decir el procesado o reo, lo que propone y su versión de los hechos o si está o no de acuerdo con lo que ha propuesto y manifestado la víctima.

El propósito de esta etapa es que los participantes intercambien y obtengan información por igual y comprendan a fondo cual es el problema para poder llegar a tomar las decisiones adecuadas; así como descubrir los hechos importantes que permitan identificar y definir el verdadero problema para luego buscar una solución viable y eficaz.

Esta etapa de la mediación se usa para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas para que luego se presente a los participantes y vocal una la salida adecuada. El mediador debe ayudar a los participantes a que comprendan a fondo su área de acuerdo y conflicto. Durante esta etapa el mediador debe determinar la naturaleza de los conflictos



ocultos y manifiestos de los participantes lo que se puede hacer a través de los criterios de:

- Rigidez de las posiciones.
- Ubicación del conflicto.
- Duración del conflicto.

Esta etapa finaliza cuando el mediador encuentra el punto de equilibrio y desavenencia del conflicto, cuáles son los conflictos ocultos y que es lo que cada participante desea, así como aquellos aspectos de los cuales no se va a transar de forma alguna.

1.9.2.4 Creación de alternativas:

Una vez finalizados los alegatos de los participantes se deben buscar opciones o alternativas viables para la solución del conflicto y esto se logra mediante una lista de todas las opciones que se ha mencionado y enseguida recordar a los participantes cuáles son los criterios en los que se va a basar la evaluación de dichas opciones.

En esta etapa para ayudar a concretar las opciones el mediador hace una síntesis o resumen de los acontecimientos, hechos, sentimientos expresados e ideas que se han relatado, a través del cual se concreta el significado objetivo y complemento de lo expresado por los participantes. El esclarecimiento y verificación es la solicitud que debe ser el mediador a los participantes para confirmar, ampliar, anular, o reformar lo que han expresado.

Las palabras del mediador en la síntesis deben ser neutrales y sin perjuicios el resumen debe ser verdadero, completo, claro y breve debe eliminar las emociones, perjuicios e información conflictiva que constituirían obstáculos en la negociación y de esa manera ayudar a definir las intenciones o deseos de los participantes.

La síntesis es útil porque los participantes sienten que se les ha escuchado y entendido eficazmente lo expresado, también es una forma de recobrar el control del proceso después de una extensa exposición o bien como una forma de organizar la información que se relata de forma desorganizada.



Si el resumen no es correcto se puede corregir hasta que refleje verdaderamente las perspectivas de los participantes quienes con la ayuda del mediador identifican los elementos y factores considerados como causa fundamental del conflicto.

No obstante si los mediadores pusieran en juego su propio ego en las opciones propuestas se verá imposibilitado para actuar como el facilitador neutral del proceso de mediación. No debe permitirse que exista coacción, favoritismo perjuicio. Con los participantes esto facilitara que las partes comprendan que el único papel es de facilitador neutral.

Una vez identificado y aislado el conflicto se debe presentar a los participantes con el fin de identificar y confirmar si el mismo en su forma y contenido expresan sus verdaderas necesidades e intereses en pugna, es decir, legitimar el verdadero problema pendiente de solución.

Una vez definido y aceptados por los participantes las mismas cuestiones como objeto de sus negociaciones pueden resolver el conflicto a pesar de que no acepten las perspectivas de la otra.

El mediador deberá explicar que hay una salida para el problema, y de lo que se trata es de buscar una solución; y que no habrá que mirar hacia atrás, pues el acuerdo que se busca pondrá fin a los futuros problemas.

Se debe tener en cuenta que en esta etapa el mediador sólo facilita la negociación pero no la lleva a cabo, las alternativas tienen que ser específicas y producto de la voluntad de los participantes, en tanto y en cuanto a su negociación y ellos deben ser los autores de una solución si la van a aceptar y cumplir al final. El mediador perseverando su neutralidad de imparcialidad diseñará un proceso evaluativo sobre la base de criterio objetivo, neutrales, legalmente admisible y finalizada esta labor procederá a resumirla y comunicarla a los participantes.



1.9.2.5 Negociación y selección de alternativas propuestas:

Es esta una de las etapas más importantes de la mediación puesto que aquí se va a ver si el proceso que hasta aquí ha llegado ha tenido éxito o no; ya que en esta etapa se va a seleccionar una o varias de las alternativas que se hayan convenido mutuamente, aunque el hecho que se hayan presentado diversas opciones entre los participantes no necesariamente les ayudará a decidirse por alguna de ellas. Una de las formas que los participantes pueden aproximarse a una decisión adecuada es a través de la negociación.

El papel de mediador en esta etapa consiste en iniciar el intercambio entre los participantes de las propuestas hechas por ellos y posteriormente a revisar dichos intercambios de tal manera que cada persona tenga la oportunidad de hablar, hacer proposiciones y reflexionar respecto a ellas sin presiones indebidas.

Durante esta etapa los participantes tendrán la oportunidad de encontrar una solución definitiva a los problemas surgidos entre los participantes, la responsabilidad de seleccionar las alternativas más apropiadas para resolver el conflicto, estas alternativas deben ser concretas y viables para que cada uno de los participantes asuman su propia responsabilidad y no tenga alguna excusa para no cumplir con lo acordado y tratar de eludir su obligación.

Una vez que los participantes hayan seleccionado sus alternativas, el mediador deberá repetir el acuerdo y obtener de esta forma la reconfirmación de los participantes.

El mediador debe resumir las declaraciones de cada participante, cuando hayan terminado su relato, así mismo tendrá que responder a las informaciones importantes eliminando cualquier tipo de lenguaje hostil, sin embargo esto no significa que su relato deje a un lado los sentimientos y emociones expresada por cada uno de los participantes.

Al finalizar la selección de las alternativas el mediador debe preguntar a cada uno de los participantes si estas alternativas seleccionadas es el reflejo preciso de los intereses de los participantes es preciso aclarar que es normal que los hechos de los participantes difieran, porque la percepción personal de cada persona cambia.



Los mediadores asimismo pueden detener los comentarios o ademanes negativos recordando a los participantes lo referente a aquellos criterios definidos en la primera etapa y reflejar declaraciones anteriores sobre los verdaderos intereses de los participantes.

1.9.2.6 Acuerdo:

Alcanzar el acuerdo a través de la convergencia creciente de posiciones, de los saltos definitivos hacia los acuerdos globales, del desarrollo de una fórmula consensuada o la afirmación de un medio de procedimiento destinado a permitir un acuerdo sustantivo.

1.9.2.7 Cierre y levantado del acta:

Alcanzados los acuerdos y finalizada el acta, esta es firmada por las partes quedando aceptado todo lo pactado en esta.

1.10. Procedimiento de la mediación previa.

La Mediación como camino alternativo para lo solución de conflictos legales no está estrictamente sujeta a reglas procesales ni a las de derecho sustantivo, la única regla de valoración es lograr el acuerdo entre las partes.

La mediación previa establecida en el Arto. 57 CPP es la que se lleva a cabo antes de la presentación de la acusación o querrela ante el órgano judicial, esta es llevada a cabo en muchos casos por la policía y por centros de mediación debidamente autorizados por la DiRAC, para aligerar un poco la carga procesal de los juzgados. Este artículo también menciona que esta puede ser realizada por abogados o notarios, defensores públicos y facilitadores de justicia en las zonas rurales (acreditados por la CSJ). Procede en las faltas Arto. 21, 24, 49 inc. C Art.563 CP. Y 327CPP los delitos imprudentes o culposos; Arto 21. 22 CP, los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación y los delitos sancionados con penas menos graves.

En la mediación previa a diferencia de la mediación durante el proceso no existe sentencia de sobreseimiento, sin embargo el imputado tiene derecho a la



declaratoria de cumplimiento de acuerdo para poder demostrar la extinción de la acción penal que impedirá la ulterior persecución, por otro lado el juez, previa inscripción de acta deberá dictar un auto de lo referido.

1.10.1 Inicio del proceso de mediación previa:

El proceso de mediación inicia cuando una de las partes expone el conflicto ante el mediador, acto seguido se procederá a explicar de forma clara y sencilla los elementos principales que definen el contexto o marco normativo de la mediación para que esta pueda desarrollarse.

Para que la mediación previa se desarrolle debe observarse el siguiente procedimiento:

- El ofendido o imputado en su caso, asiste ante un abogado o notario debidamente autorizado, ante la Defensoría Pública, o ante un facilitador judicial rural en busca de un acuerdo total o parcial.
- Si se logro un acuerdo total debe redactarse un acta donde se plasme.
- Una vez elaborada el acta se somete a revisión del Ministerio Público, éste dentro de un plazo de 5 días se deberá pronunciar sobre si procede y su validez. Si transcurrido el plazo el Ministerio Público no se pronuncia se tendrá por aprobado el acuerdo reparatorio.
- Si el Ministerio Público considera válido el acuerdo, deberá presentarlo ante el Juez competente y solicitará su inscripción en el libro de mediación del juzgado y con ello la suspensión de la persecución penal en contra del imputado por el plazo requerido para el cumplimiento del acuerdo reparatorio durante el cual no correrá la prescripción de la acción penal. Si lo considera improcedente deberá ejercer la acción penal correspondiente.



- Si el imputado cumple con los compromisos acordados se extinguirá la acción penal y el Juez a solicitud de parte dictará auto con esas especificaciones.
- Si el imputado no cumpliera con los acuerdos alcanzados el Ministerio Público reanudará la persecución penal.
- Si se logra un acuerdo parcial; el acta se anotará en el libro de mediación del Juzgado y la acusación versará únicamente sobre los hechos en los que no hubo avenimiento (Art.57.CPP).

CAPITULO II

Finalidad de la mediación

Obviamente la primera finalidad perseguida en la implementación de la mediación penal, es el restablecimiento de la paz. Evitando simultáneamente que, con la realización de un juicio, se extienda en el tiempo la respuesta del servicio de justicia a los marginados sea por motivos de índole cultural, económico, geográfico, etc., dar una respuesta ágil a la comunidad al tomar el conflicto y brindarle alternativas de resolución, descomprimir el sistema penal, mejorar el servicio de justicia, y recuperar la confianza de la sociedad en el Poder Judicial.

Inclusive se logra la restauración de la norma vulnerada, ya que la respuesta dada por la mediación, devuelve la confianza en ella. Restaurar la norma vulnerada implica demostrar al ciudadano que la violación de ésta provoca una respuesta y una posible solución al conflicto. Ello sin perderse de vista, que la finalidad de la justicia es construir la paz. Por ello es que la mediación penal, debe considerarse como una nueva forma de política criminal, propia de un Estado democrático constitucional de derecho. Entonces sobresale como finalidad: la superación del conflicto y la recuperación de la paz, ya que como dice Jonathan Shailor "...la mediación



puede transformar a las personas que en ella participan...” acostumbrándolas al diálogo, no al intercambio de mensajes aislados, sino a entablar una comunicación, que “... La finalidad primaria de la mediación, no es llegar a un acuerdo sino el cultivo de la capacidad de los participantes para recuperar un poder, reconocer y reconocerse, y desarrollar su capacidad de concientización...”. Constituyendo de manera imprescindible, otra forma de abordaje del conflicto, la educación para la paz.

Aída Kemelmajer de Carlucci cuando en su obra expone acerca de los alcances de la mediación penal desde una perspectiva moderna, cita a Ceretti – Medizione penale e giustizia página 93-, quien considera que “el valor de la mediación no se limita a las relaciones entre individuos, a expresarse y responsabilizarse recíprocamente de lo sucedido; no opera sólo entre los sujetos sino entre ellos y sus formaciones sociales del entorno. Cuando se trabaja en mediación para gestionar los efectos de un conflicto que genera la violación de una norma penal, se asume que ella no opera únicamente entre dos sujetos; más aún, la mediación ni siquiera pretende aplicar directamente la ley violada, función que permanece y debe permanecer en manos de los jueces; la resolución alternativa del conflicto no se sitúa ni en la ley, ni fuera de la ley, sino bajo su enseña. La finalidad de la mediación es la de utilizar la ley como punto de referencia para favorecer el acercamiento de perspectivas diversas”.

2.1 Ventajas y desventajas del litigio frente a los métodos de resolución pacífica.

2.1.1 La cultura del litigio.

El sistema jurídico, especialmente en su faz judicial, tiene un objetivo abstracto como es el de "descubrir la verdad"; con lo que no siempre se soluciona el problema, menos aún en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común, al ciudadano, al hombre de negocios, quienes desean dejar el conflicto atrás, terminar con el mismo para poder así continuar con su vida normal, con mayor razón si el litigio es con alguien a quien deben



continuar viendo o con quien debe o le convendría seguir manteniendo relación

Es necesario, en consecuencia pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo. La ausencia de mecanismos diversos, adecuados y accesibles para resolver los conflictos hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional. Hay una cultura de litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor; y lo que permite calificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma controvertida del litigio

En adición a lo señalado anteriormente, nos encontramos en el caso particular de Nicaragua que la administración de justicia “manifiesta una crisis estructural que lo hace cada vez menos eficiente, cada vez más oneroso, crecientemente propensa a la corrupción e incapaz de dotarse, a través de su actuación de legitimidad”, esto sin tomar en cuenta que lejos de la “agilidad” que perseguía el sistema oral en su creación e implementación hace algunos años no se ha logrado, la retardación de justicia es de evidencia notoria, no solamente con las causas que están en la tubería de los procesos ya iniciados, sino que en aquellas causas que espera ser introducidas a la tubería del andamiaje judicial, que ante la avalancha de nuevas causas se traduce en el abandono y olvido de los funcionarios judiciales que duermen el sueño de los justos.

Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal más causas de las que salen; la duración de los procesos excede el tiempo razonable, a los que debe sumarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto no sólo en términos económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbre

Se colige de lo expuesto que esta situación exige que los abogados se reformulen su función como profesionales dentro de la sociedad de hoy, puesto que el sistema judicial cada vez es más adverso a los planteamientos del derecho y las personas no desean acudir a la justicia formal. Por lo tanto,



la cultura del litigio no es otra cosa que la creencia errada de que solamente existe el proceso judicial como mecanismo legal de disminución de la conflictividad entre las personas.

La optima directriz desde la cultura del litigio sería lograr el máximo posible de litigiosidad, de modo tal que la correlación entre agravio a un sujeto de derecho en intervención jurisdiccional fuera uno a uno. Dicho de otra manera, en este sencillo esquema, un sistema sería eficiente para cuando cada agravio proporcionara una intervención jurisdiccional, o sea, cuando para cada conflicto hubiese un litigio ante la judicatura.

Frente a este problema de una cultura litigiosa que frecuentemente no resuelve las disputas a fondo, es necesario la búsqueda de alternativas efectivas, en ese momento los juristas se encuentran con una cultura nueva, que favorece el diálogo y el entendimiento entre las partes.

2.1.2 Aspectos positivos y negativos del litigio.

Es evidente que el litigio como fuente de trabajo de los abogados, está en Nicaragua en una etapa de crecimiento acelerado, sino bastaría revisar las estadísticas de la Corte Suprema en este sentido, cada vez más los ciudadanos y ciudadanas de este país ocurren sin mayor problema, muchas veces incentivados por la propaganda de sectores específicos de la sociedad, tal es el caso de la violencia intrafamiliar y de los grupos que luchan contra este fenómeno social, que solamente visualizan la solución del conflicto mediante la judicialización de las causas y apartan la vista de soluciones alternas de tales conflictos, e incluso en el caso de la Ley 799, esos grupos propugnaron y así lo lograron, al prohibir la mediación en los casos de violencia contra las mujeres.

Además, es cada vez más creciente el fenómeno de la tergiversación de la finalidad de Defensoría Pública, que siendo ideada con la finalidad de ejercer su función en auxilio a las personas con escasos recursos, hoy nos podemos encontrar, que los Jueces en los casos de abandono de la defensa de los reos por sus abogados, ordenan a la Defensoría Pública que asigne un



Defensor Público que asuma dicha tarea, sin tomar en cuenta las posibilidades económicas del acusado.

Tales ejemplos, confieren a la judicialización de las causas una preponderancia sobre la solución amigable y alterna de los conflictos, además, es parte de la cultura percibir que la sentencia dictada por los Jueces tiene mucho más poder vinculante que el acuerdo firmado por las partes frente a un mediador.

Los aspectos del litigio que no se toman en cuenta como forma de solución de los conflictos, radican en que acarrear costos económicos no solamente para las partes involucradas, sino para el sistema que desde el punto de vista formal no cuantifica la cantidad de recursos que se invierten en la judicialización de las causas, lo que permitiría a las partes poder valorar dichos costos en relación a lo que se invertirían en buscar soluciones alternas, además los aspectos del largo tiempo que se invierte en el proceso judicial y la carga emocional del mismo.

Frente a estos argumentos, es fácil encontrar una clara desventaja del litigio frente a la solución alterna del conflicto, sin embargo, tal punto de vista no forma parte de la cultura nuestra, que encuentra en el litigio judicial una forma “segura” y “final” de solucionar los conflictos.

En otro sentido, se debe señalar que el Poder Judicial adolece de fallas que han sido mencionadas a lo largo de este trabajo, sin embargo, no podemos desdeñar del todo la necesaria existencia de la administración de justicia a nivel mundial, pues la misma a través de la ejecución de sus sentencias otorga seguridad social necesarias para la convivencia de la sociedad.

Aun cuando las decisiones y fallos emanados de la justicia formal, muchas veces no satisfagan a los contendores en litigio, muy a menudo estas responden a valores como la igualdad social, equidad, justicia, paz social, moral, bien común, etc.

Ello no debe oscurecer nuestro pensamiento acerca del Poder Judicial nicaragüense el cual posee las mismas fallas de casi todos los sistemas



judiciales a nivel mundial, pero se debe tomar en cuenta que es mejor tenerlo en forma deficiente que carecer de él.

Como aspectos positivos debemos señalar que el sistema judicial revierte situaciones de hecho en situaciones de derecho, resuelve controversias, protege a los acreedores, protege a los trabajadores, disminuye el índice de delincuencia, facilita el cumplimiento de las leyes.

Tenemos como aspectos negativos del proceso judicial lo tardío que resulta para los ciudadanos obtener respuesta del mismo, lo excesivamente formalista que es el sistema, la desigualdad social, las excesivas costas procesales etc.

Para concluir debemos agregar, que en el caso de que los litigantes deseen una solución ganar-perder deben acudir ante el órgano jurisdiccional y si las partes desean continuar sus relaciones luego de concluir el litigio es preferible que acudan a la vía de los métodos alternos que les otorga una solución más equitativa y equilibrada

2.2 Limitaciones a la Mediación en el Proceso Penal Nicaragüense:

En nuestro sistema procesal penal, la regla es que los conflictos de naturaleza penal pueden ser resueltos por la vía de la aplicación del principio de oportunidad, como un medio alternativo, ágil y expedito de la solución del conflicto y del mantenimiento de la paz social, sin embargo, se establecen de forma taxativa algunas excepciones a tal principio, entre ellas tenemos: La prohibición contenida en el Artículo 46 de la Ley 779 “Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres”, prohibición que en el caso de esta ley obedece a la situación de que en muchos casos los agresores para liberarse del proceso y de la posibilidad de la condena, hacían uso del principio entre ellos de la mediación previa al proceso, y en algunos casos después del acuerdo, repetían la acción que en ocasiones terminaban con la muerte de la fémina. Otro caso de prohibición expresa, lo encontramos en el Artículo 55 del Código Procesal Penal que establece que no se aplicará el principio de oportunidad cuando se trate de delitos contra el Estado o cometido con ocasión del ejercicio de sus funciones por funcionarios nombrados por el Presidente de la República o la



Asamblea Nacional o por los que hayan sido electos popularmente o sean funcionarios de confianza, y por último, el Artículo 181 del Código Penal, establece la misma prohibición cuando el delito sexual sea cometido contra niños, niñas y adolescentes.

Estas limitaciones aunque contenidas en textos legales que las cobija de legalidad, rompen con el principio de igualdad de todas las persona ante la ley contenido en el Artículo 27 de la Constitución Política de Nicaragua, por lo que de conformidad a lo establecido en el Artículo 182 de la Carta Magna, tales limitaciones no tienen valor alguno, sin embargo, hay que resaltar que hasta mientras tanto no se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad de tales leyes, la aplicación de las prohibiciones antes mencionadas son de uso cotidiano en los Tribunales de Justicia de la República.

Una cuestión que ha surgido a partir de estas prohibiciones ya señaladas, es si las mismas se aplican a las mediaciones previas al proceso, por cuanto es notorio que una vez iniciado el proceso, la mediación en los casos ya señalados se hace imposible ya que el juzgador en esos casos debe aplicar el control de legalidad contenido en el Artículo 60 segundo párrafo del CPP. Pero en este caso, se ha encontrado que dicho control de legalidad según la norma citada únicamente se debería aplicar a la prescindencia de la acción penal, más sin embargo, en la práctica diaria, se aplica a todas las formas de aplicación del principio de oportunidad. Por otro lado, y no de menos importancia, se ha de señalar que las normas prohibitivas de la realización de la mediación, expresamente se refieren a la mediación, sin referirse si cobija únicamente la realizada previamente o la realizada dentro del proceso.

A este respecto, se debe ser del criterio que tal interpretación se debe adaptar al principio *in dubio pro reo*, consagrado en el Código Penal, por tal razón de forma discrecional encontramos que en las Comisaría de la Mujer de la Policía Nacional, se realizan y promueven mediaciones entre el agresor y la víctima del delito.

Otra de las limitaciones establecidas legalmente al principio de oportunidad, entre ellos a la mediación previa, es que deja a salvo el derecho de la víctima para el ejercicio de la acción de resarcimientos de los daños ya sea en sede penal o en la vía ordinaria civil, se entiende entonces, que la



mediación a como fue concebida por el legislador, se refería únicamente a los aspectos penales de la acción cometida por el reo, y no cubría en ningún caso las consecuencias de la conducta típica.

2.3 Otros aspectos a tomar en cuenta en la utilización de la mediación previa al proceso.

La aplicación de la mediación tanto previa al proceso como durante el proceso, tienen básicamente el objeto de la finalización del proceso penal, en ese concepto las partes pueden llegar a todos los acuerdos que estimen convenientes a fin de resolver el conflicto, sin embargo, la falta de acuerdo que rompa con la mediación, no produce mayores consecuencias en cuanto a los hechos vertidos y expuestos durante el proceso, así el Artículo 16 del Código Procesal Penal, limita la utilización de los actos realizados en el proceso de mediación en la presentación de la prueba en el juicio oral y público, si es que no se llevó a cabo dicho acto o no fue aceptado por el Juez de la causa.

Esta situación está conforme con la licitud de la prueba que contempla la norma señalada, ya que siendo el órgano acusador o el acusador particular el que puede proponer o dar pie a la mediación, se entiende que de no existir la limitación apuntada, sería utilizada para que el reo o acusado admita los hechos y una vez haciéndolo, retiren la oferta de la mediación, obteniendo con ello una prueba esencial para acreditar la culpabilidad del acusado.

2.4 Aplicación especial de la mediación previa al proceso.

En el análisis de la mediación Previa al proceso contenida en el Código Procesal Penal, se ha encontrado que la misma por principio elemental, se reviste de la voluntariedad de la misma, que pasa necesariamente por un acuerdo previo de las partes (víctima y victimario) de realizar la mediación



antes de la iniciación del proceso, esto es la regla general. Sin embargo durante la aprobación del Código Penal, de una forma en abierta violación al proceso de codificación, se incluyeron en el mismo normas sustantivas y adjetivas, así tenemos que el Artículo 564 del Código Penal establece la obligatoriedad de la realización de la mediación previa como requisito de procedibilidad para la interposición de la acusación en los casos de las faltas penales, esta excepción rompe con el principio de voluntariedad que cobija la mediación, ya que obliga a la víctima a agotar dicho trámite para que pueda presentar la acusación ante los tribunales.

En este caso de las faltas penales, la mediación tiene una finalidad restaurativa, lo que significa que se busca resarcir a la víctima de las consecuencias producidas por el delito y no la aplicación de la ley o sanción al infractor.

2.5 La mediación y el principio de legalidad.

El Dr. Julio Maier en su obra el Ministerio Público y el Proceso Penal, sostiene que el derecho procesal penal reduce la vigencia del principio de legalidad entendido como persecución penal necesaria y obligatoria apoyando a su opuesto, el principio de oportunidad aún en aquéllos países que han defendido la legalidad. La ciencia empírica verificó hace tiempo la utopía práctica que se esconde tras el principio de legalidad, las decisiones informales pero reales de los particulares y de los órganos de persecución penal del Estado; ello provocó la necesidad de racionalizar estas decisiones poniéndolas en manos de los órganos con responsabilidad política, a fin de evitar la persecución en aquellos casos en los que esa decisión resulte apoyada por algún fundamento plausible, determinado por la ley.

Por otra parte señala que resulta imposible para la organización estatal ocuparse de todas las infracciones reales a las normas penales que se cometen, y con el mismo celo, razón por la cual en aras de la eficacia de la persecución penal, en aquellos casos importantes que la merecen, la solución ha concluido permitiendo el funcionamiento de una decisión política responsable acerca de los casos en los cuales se puede evitar la persecución penal. Ello, incluso,



supera algunos inconvenientes de la aplicación de un sistema penal a casos límite de delincuencia o conducta desviada (adecuación social del hecho, mínima infracción, mínima culpabilidad), pues cualquier descripción normativa por su carácter abstracto, supera el universo de casos pensados por el legislador, evita contrasentidos en su aplicación y permite aplicar al transgresor medidas no penales que se adecuen mejor en el caso para alcanzar los fines que persigue el derecho penal, provocando el menor daño posible al infractor.

En un sentido amplio, el principio de legalidad es una de las más preciosas garantías constitucionales, la que ningún ciudadano de la Nación puede ser penado sin ley anterior al hecho del proceso, lo que le da seguridad a los individuos.

Respecto a este principio Elías Neuman se pregunta en su libro “La Mediación en Materia Penal”, cómo sustraer al juez natural o al fiscal, de frente a una ilicitud penal por mínima que fuese su gravedad, del deber de investigación mediante el ejercicio de la acción pública, ya que se tiende a preservar el punto central del sistema: el principio de legalidad que es su correlato. Para el logro de la operatividad del principio de legalidad, el Estado al tomar conocimiento del conflicto penal toma para sí la investigación, persecución y condena de todo delito sin importar su gravedad, pero señala que la realidad demuestra en Latinoamérica que se seleccionan e investigan los delitos pequeños en detrimento de aquellos delitos no convencionales que tienen un costo social y económico mucho mayor. Mediante el principio de legalidad el Estado se subroga en los derechos de los particulares que están imposibilitados de efectuar la investigación y ofrece la certeza de que actuará para solventar la persecución de todos los delitos de acción pública cualquiera sea su gravedad.

El diseño del principio de legalidad ha quedado a merced de su irreductible y abrumador quebranto. La realidad de los hechos lo supera. Similar intensidad para todos y cada uno de los delitos no ha dado resultados en términos de eficacia que se esperaba en su persecución y sus consecuencias para el infractor, la víctima y la sociedad. Mediante este diseño difícilmente se repara a la víctima, nadie habla de ella, tampoco es oída en su voluntad



resarcitoria o en su vana pretensión de que se haga justicia. Se trata de una nueva victimización, esta vez legal.

Para Elena I. Highton el principio de legalidad implica dentro del derecho penal liberal una garantía que se caracteriza bajo el axioma *nullum crimen nulla poena sine lege*, que convoca a perseguir todos los delitos con similar intensidad.

Neuman señala que se trata en fin de evolucionar no de destruir; y esa es la tendencia mundial que hoy se proyecta en las legislaciones reflexivas frente a las realidades concretas de la obligatoriedad de la acción pública. Los defensores a ultranza del principio de legalidad ven en el resarcimiento y mucho más en la mediación penal el arribo al planteo o poco menos de una suerte de justicia privada. El interés particular lesionado para este tipo de convicciones no puede dar lugar a un derecho resarcitorio de daños que sustituya o quite vigor a los principios motores del derecho penal liberal. Entienden que el modelo consensual de justicia no puede ni debe ir más allá de las garantías que el principio de legalidad e igualdad implican.

Para los dogmáticos del derecho procesal penal daría la impresión que virar la mirada hacia el principio de oportunidad implica ipso iure falta de las garantías del debido proceso y de otros principios inmutables; que se carecería en los acuerdos a que pueden arribar las partes de la imparcialidad de un Juez penal. Este convencimiento no permite penetrar y debería advertir de una buena vez que, precisamente es la ley y sus designios la que ha puesto fuera de la realidad circundante, alejada de los sentimientos y vínculos de los hombres. Uno de los temores es que las víctimas ejerzan mediante la conciliación una suerte de sentimiento expiatoria y se abusen u obtengan beneficios injustos. Neuman refuta esto señalando que existe un mediador moderador y que esa idea de exageraciones resarcitorias se basa en el desconocimiento de lo que en realidad siente la víctima. La ley habla siempre de resarcimiento material, pero las primeras experiencias en varios países llevan a demostrar que a las víctimas no las mueve exclusivamente ese resarcimiento sino la necesidad de comprender, superar o sublimar el conflicto que han atravesado y las huellas de ese conflicto.



Tanto Neuman como Highton coinciden en que habrá que apartarse del principio de legalidad frente al de oportunidad que permite prescindir de la apertura de juicios y de la acusación penal a ultranza, al existir facultad de no acusar y no llevar a cabo la investigación cuando se verifiquen ciertas y determinadas circunstancias de derecho o de hecho: como cuando el asunto sea de poca gravedad u ofensa social o por razones de política criminal. También en casos en que opere el resarcimiento de los daños causados a la víctima.

Es decir que por medio de la mediación como preliminar del procedimiento penal o aun por fuera de él se trata de que quienes ejercen la acción pública efectúen una selección de los hechos en que han de intervenir. Ello no obsta a que el principio de oportunidad pueda ser aplicado para no formular acusación en el estadio procesal oportuno, derivar hacia la mediación e incluso proveer a la suspensión provisional o definitiva del proceso.

Por lo general estos hechos están reglados en la propia ley, aunque en ciertas oportunidades, se trata de una orden discrecional impartida por la máxima autoridad del Ministerio Público.

Desde el punto de vista doctrinal el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción pública, debe insertarse conceptualmente dentro del minimalismo penal y constituye un claro ejemplo para tener en cuenta en el futuro para delitos de mayor envergadura.

Para Guariglia en el libro "El Ministerio Público Fiscal en el Proceso Penal" el hecho de que la persecución penal pertenezca exclusivamente al Estado por imperio del interés público en la realización del derecho penal ha derivado en que la promoción de la acción penal constituya un imperativo para el Ministerio Público, lo cual implicaría el principio de legalidad, el que se enfrenta a un obstáculo que es la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan al sistema. Este obstáculo obliga a la implementación de mecanismos de selección que permiten el funcionamiento del sistema, al menos en forma aparente. Cuando dichos mecanismos revisten carácter formal y operan en virtud de facultades expresa o tácitamente otorgadas al órgano encargado de la persecución penal nos hallamos frente al principio de oportunidad.



2.6 Ventajas de la mediación.

➤ Para la Víctima:

- La posibilidad de que el infractor se rectifique. En la medida de lo posible ésta resultará a su vez valiosa para la víctima.
- La oportunidad para confrontar al autor con el verdadero impacto humano de la ofensa y a la vez para que la víctima exprese sus pensamientos y sentimientos al victimario.
- La opción de pedir y recibir una disculpa.
- El motivo para que el infractor sea visto como persona en lugar de como blanco de ataque.
- El espacio para convertir al victimario personalmente en responsable ante la víctima.
- La mayor probabilidad de que la indemnización se pague efectivamente.
- Un remedio para sentir que se ha hecho justicia.
- El medio de alcanzar un modo de conclusión que le traerá paz al ánimo de la víctima.



➤ **Para los Victimarios:**

- La oportunidad para enmendarse y rectificar significativamente el mal infligido en vez de resultar meramente castigado.-
- La posibilidad de participar en la decisión sobre qué indemnización o qué modo de restauración se brindará a la víctima y de negociar un acuerdo factible de cumplir.-
- En los casos apropiados, cuando el victimario no es peligroso a la comunidad, es la única oportunidad de evitar la persecución penal o el encarcelamiento a cambio de rectificar el agravio a la víctima.

➤ **Para la Comunidad:**

- La disminución del impacto de la delincuencia al aumentar la reparación de pérdidas.
- La reducción de la incidencia del crimen repetitivo a través de la comprensión por parte de los victimarios acerca de lo que significa haber lastimado a una persona.
- El otorgamiento de un marco apropiado para mantener la paz en la comunidad en situaciones en que la ofensa se constituye en parte de una relación interpersonal de conflictividad continuada o en que es probable que la víctima y el victimario vuelvan a tener contacto en el futuro.



➤ **Para el Sistema Judicial:**

- La importante disminución del tiempo que generalmente requiere procesar las ofensas penales.
- El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de su Sistema de Justicia criminal, como resultado del compromiso y participación de víctimas y voluntarios.
- La Justicia Restaurativa traslada a la justicia una ofensa contra una entidad abstracta como es el Estado, hacia un encuentro humano entre la víctima, el victimario y la comunidad, de tal modo que las características significativas de la experiencia criminal puedan ser tratadas y asumidas adecuadamente.

CAPÍTULO III.

EL MEDIADOR.

3.1 Definiciones de mediador.

3.1.1 Concepto según la doctrina:

El mediador es un tercero neutral entrenado para brindar asistencia a las partes en el proceso de búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para ambas. Su desempeño se basa primordialmente en escuchar atentamente a los disputantes e incentivarlos hacia un diálogo franco, de exploración honesta de posibilidades para un acuerdo mutuo. Como condición previa, debe informar a las partes en la reunión inicial cuáles son las características del proceso de



mediación y las reglas de juego a que deberán atenerse en caso de optar por esta técnica alternativa de resolución de conflictos. Lograr un acuerdo consensuado dentro del clima creado y mantenido es el otro objetivo, cuyo límite en acercar a las partes llega hasta donde la voluntad negociadora de ellas lo permita. O sea que de producirse 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

3.1.2 Concepto de mediador según la Ley 540.

La ley de mediación y arbitraje en su Arto. 5 define al mediador como un tercero neutral, sin vínculos con las partes ni interés en el conflicto, con facultad de proponer soluciones si las partes lo acordaren y que cumple con la labor de facilitar la comunicación entre las mismas, en procura de que estas encuentren en forma cooperativa el punto de armonía al conflicto mutuamente satisfactorio y que no contravengan el orden público ni la ley.

3.2 Características del mediador.

La mediación, al igual que otros procesos sociales, debe ser analizada como poseedora simultáneamente de dimensiones instrumentales y expresivas. Desde una perspectiva instrumental, las acciones llevadas a cabo por el mediador son entendidas en términos de su meta inmediata: establecer un acuerdo. La conducta expresiva está asociada a los mensajes simbólicos que los mediadores transmiten acerca de sí mismos. Tales conductas están referidas a su perspicacia, habilidad y destrezas. Las expresiones deben ser dadas de manera tal que sean explícitas y conscientemente utilizadas para crear una impresión particular. La conducta expresiva es un subproducto de la actividad instrumental. Sin embargo, los mediadores muy a menudo no se percatan de la impresión que ellos producen durante el despliegue de sus objetivos instrumentales. Quizás, en este asunto olvidado esté ubicado un aspecto básico de la mediación: el misterio de su arte. De hecho algunos ven la mediación más como un arte que como una ciencia. La capacidad de mediar no está basada en habilidades técnicas específicas o en áreas de competencia



especializada. Al igual que en otras profesiones relacionadas con complejas relaciones humanas, el conocimiento de los mediadores debe ser muy amplio y abarcar diferentes aspectos de la conducta humana. Esto significa que las bases sobre las cuales ellos obtienen la autoridad que necesitan para trabajar deben estar siempre abiertas al reto de una realidad compleja y cambiante. Entendamos lo compleja que resulta la situación de mediación, la cual básicamente se caracteriza por el hecho de que los mediadores deben responder a las voluntades de las partes en disputa y lograr un acuerdo sin poseer autoridad legal para ello. Agreguemos, además, que generalmente los mediadores no son conocidos con anterioridad por las partes, por lo que su trabajo de ejercicio de influencia no tiene apoyo en un conocimiento anterior de reconocimiento de autoridad. La mediación es, pues, una profesión de las relaciones humanas donde la legitimidad de su desempeño debe ser probada en acciones, ya que no está conferida automáticamente por el rol.

Los mediadores tienen un limitado dominio en cuanto a los recursos que se deben utilizar para la obtención de sus objetivos para establecer un acuerdo. Ellos carecen de autoridad formal para impulsar a las partes a que establezcan un acuerdo o para establecer los términos en los cuales dicho acuerdo debe fijarse. La mayor parte de su influencia radica en el manejo que haga de los aspectos expresivos de su experticidad, de la empatía que establezca con las partes y de la propia percepción que tengan las partes de su contribución al progreso de la solución del conflicto y en lograr un acuerdo aceptable. En la medida en que los mediadores utilicen apropiadamente estas facetas en su trabajo profesional, ello contribuirá a lograr que las partes crean en él y en el proceso que conduce.

¿De dónde derivan los mediadores su autoridad para conducir el complejo proceso de mediación?

Las bases de la autoridad para mediar están en el poder de referencia y en el poder de experto. Es decir, la autoridad del mediador se alcanza a partir de las referencias que ofrezca y de la experticidad que demuestre, así como del uso que haga de su reputación profesional.

La aceptación de un mediador no está determinada, como muchas veces se piensa, por las percepciones que las partes tengan de su imparcialidad. Lo



que resulta importante para las partes en el momento de tomar la decisión de aceptar a un mediador es la consideración que hagan de las consecuencias que tenga la aceptación o el rechazo en el obtener un resultado favorable para la solución del conflicto. Así, pues, la presencia de una tercera parte será aceptada en la medida en que esta sea reconocida como capaz de brindar resultados aceptables. De hecho, a veces resulta que cuando el mediador ha tenido relaciones anteriores con alguna de las partes, es decir, se conocen con anterioridad, no necesariamente se deriva de ahí alguna posible parcialidad que pueda perjudicar el proceso, sino todo lo contrario, en el sentido de que el conocimiento anterior de alguna de las partes provocará que el mediador pueda conducir a esa parte en particular de mejor manera y estimular en la otra, como consecuencia de ello, conductas colaborativas.

Podemos concluir diciendo que un buen mediador debe ser, **perspicaz, negociador, convincente y reconciliador.**

3.3 El rol del mediador.

En sentido general, el rol del mediador se define por hacer que dos o más partes, sentadas en una habitación, actúen Inter.- dependientemente y comprendan que el problema de cada uno de ellos está interrelacionado con el problema del otro. Todo el mundo tiene un gran número de metas y objetivos en su mente y nadie siente que tienen mucho en común. Las personas, inevitablemente tienen metas independientes.

El mediador debe profundizar, para hacer evidente que a pesar de esas diferencias prácticas existe una enorme cantidad de cosas comunes entre los objetivos de ambas partes, Una importante tarea del mediador es identificar intereses comunes, además de aquellos sobre los cuales hay desacuerdo.

En este sentido, la parte más complicada reside en cómo ayudar a las personas a que comprendan que ellos mismos son parte del problema que enfrentan. Existe un enorme bloqueo psicológico para reconocer que nosotros creamos nuestros propios problemas como consecuencia de la forma en que interactuamos con los demás. El mediador debe hacer que las personas comprendan que ellos mismos pueden ser la fuente de sus propios problemas.



Cuando las partes logren aceptar esta realidad asumirán una actitud positiva hacia el cambio y estarán más dispuestos a revertir esta situación. El rol del mediador consiste en tratar de comprender a cada una de las partes en disputa y hacer que cada una de ellas comprenda el punto de vista y la perspectiva del otro.

3.4 Deberes del Mediador.

En el Arto. 6 de la ley de Mediación y Arbitraje, se establecen los siguientes deberes:

1. Cumplir con las normas éticas establecidas por los centros de mediación y arbitraje.
2. Excusarse de intervenir en los casos que le represente conflictos de intereses.
3. Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, así como sus derechos y de los efectos legales del mismo.
4. Informar a las partes del carácter y efecto del acuerdo de mediación.
5. Mantener la imparcialidad hacia cada una de las partes.
6. Mantener la confidencialidad sobre lo actuado en el curso del proceso de mediación.
7. No participar como asesor, testigo, arbitro o abogado en procesos posteriores judiciales, referidos al mismo asunto en el cual ha actuado como mediador.
8. Generar, si así lo acordaren las partes en cualquier estado del proceso de mediación, propuestas dirigidas a la solución de la controversia.



9. Elaborar las actas de las audiencias de manera imparcial cumpliendo los requisitos de la Ley.

10. Redactar y firmar junto con las partes, el acuerdo de mediación de conformidad a la Ley.

3.5 Funciones del mediador².

La función de la persona mediadora es:

- 1- Reconciliar los intereses de las partes en litigio.
- 2- Buscar un equilibrio de poder que conduzca a ajustes.
- 3- Ayudar a las partes a examinar su futuro y sus intereses o necesidades.
- 4- Negociar el intercambio de promesas y relaciones que les serán mutuamente satisfactorias.

Para lograr estas funciones, el mediador ha de reunir determinadas características y ha de tener ciertas habilidades para poder modificar las relaciones conflictivas de quienes se someten a la mediación a través de decisiones que tomarán ellos mismos. La influencia directa o indirecta que un mediador pueda ejercer emana de su persona, de su reputación y habilidades y de la evaluación que de estas hagan las partes en disputa durante el proceso de mediación. Los mediadores sugieren ideas para el compromiso, negocian y concretan directamente con las partes. Aunque muchas de las acciones realizadas por los mediadores durante el caso pueden ser entendidas en términos de contribuciones directas que ellos hacen a favor de la solución de la disputa, generalmente este reconocimiento depende de la forma en que las partes y los observadores perciben al mediador. Así entonces, la influencia que los mediadores puedan tener en la solución de un caso depende considerablemente del hecho de que las partes crean en ellos y confíen en sus destrezas y habilidades profesionales.

Podemos enumerar estas funciones de la siguiente manera:

² Mara Fuentes: Mediación en la Solución de Conflictos



- El mediador hará reflexionar a las partes sobre la conveniencia de llegar a un acuerdo y los invitara a proponer un acuerdo.
- Informa a los participantes los detalles y las formas de participación.
- Hace superar un modo exclusivista en el que solo uno de ellos gana.
- Podrá hacerles propuestas tendientes a la solución amistosa del conflicto.
- Genera confianza entre los participantes para que mejoren las actitudes que tienen entre sí.
- Reubica el conflicto a fin de que los participantes se vean como coparticipes en la solución en donde todos ganan.
- Los hace conscientes de que continuar con objetivos mutuamente excluyentes les será más perjudicial que buscar una solución alterna.
- Clarifica temas e intereses, recuerda puntos de vista o posiciones, resume puntos de acuerdos o desacuerdos, el mediador se constituye en un verdadero instrumento de comunicación entre las partes.
- Por tratarse de una tercera persona que posee elementos adquiridos desde fuera del conflicto, podrá hacer observaciones más objetivas que conduzcan a acuerdos más fieles a la realidad u factibles de ejecutarse por los participantes.
- Levanta en acta los acuerdos tomados por las partes la cual deberá ser firmada por él y las partes.

3.6 Atributos personales del mediador:

- **Aceptación**
- **Conciencia**
- **Objetividad**
- **Paciencia.**
- **Abierto.**
- **Flexibilidad**
- **Creatividad.**



- **Sentido de la proporción.**
- **Sentido del humor.**
- **Lealtad.**

3.7 Papeles que debe representar un mediador:

3.7.1 Facilitador: El mediador facilita el proceso de mediación, manteniendo la discusión en movimiento, manejando el conflicto y haciendo que este se convierta más en un impulso hacia la flexibilidad y no en una contribución a posiciones más rígidas: así como también discutiendo y rediscutiendo posiciones de las partes y las áreas de posible acuerdo.

3.7.2 Buscador de canales de comunicación: Cuando las partes no se comunican eficazmente entre ellas por una razón o por otra, el mediador interviene para re-establecer la comunicación. Si la comunicación se da como una forma de aumentar las tensiones o endurecer las posiciones a negociar, el mediador puede ayudar a las partes a mejorar su lenguaje o conducta.

3.7.3 Traductor y transmisor de información: A veces sucede que las partes hablan pero no se entienden. No solo pueden estar en desacuerdo sobre diferentes hechos, sino que también pueden tener una percepción diferente del significado de los hechos que ya conocen. En este caso el mediador debe actuar para transmitir nueva información y traducir el significado de la comunicación en nuevos términos. Ambas funciones son importantes.

3.7.4 Diferenciar entre deseo y necesidades: El mediador sabe que las posiciones de negociación de una persona pueden ser expresiones de furia, miedo o un deseo de castigar, así como también deseos reales de concesiones de la otra parte. A menudo las partes no pueden solucionar su conflicto sin modificar el contenido de sus demandas originales. El mediador ayuda a las partes a distinguir entre sus verdaderas necesidades aquellas cosas que deben estar presentes en el acuerdo y sus deseos originales, marcando en relación a este último sus posiciones de negociación.



3.7.5 Generador de opciones: Es tarea del mediador decidir sobre una solución, éste debe ayudar a las partes a articular y evaluar la mayor cantidad de soluciones posibles. Si esto es realizado ingeniosamente, las partes se sienten dueñas del acuerdo alcanzado y no sentirán después que posibles soluciones para su conflicto quedaron sin explorar.

3.7.6 Organizador: Al comienzo, la mayoría de las partes querrán simplemente contar sus historias haciendo prevalecer sus posiciones, pero durante un compromiso o durante la negociación, cuando ya se está en la etapa del proceso, las partes querrán que el mediador organice y dirija la discusión. Fallas en esta etapa causan un mayor sentimiento contra el mediador que cualquier otra cosa, salvo un perjuicio u hostilidad especial hacia las partes.

3.7.7 Agente de la realidad: Este es uno de los papeles más críticos del mediador. Las posiciones de negociación de las partes se basan generalmente en ideas irreales sobre problemas prácticos, fuerzas externas o el papel de otros participantes importantes. La tarea del mediador es incrementar la conciencia de cada parte sobre ambos lados de sus verdaderas necesidades y construir una base real en la cual las partes puedan estimar los costos y beneficios de una propuesta específica o de la resolución total del conflicto.

CAPITULO IV.

LA DEFENSORÍA PÚBLICA.

4.1 Antecedentes.

La defensoría está íntimamente relacionada con los derechos que tienen todos los ciudadanos de ser asistidos competentemente en una defensa cuando son procesados. Esta tiene su sustento legal en los principios y garantías de la Constitución Política y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por nuestro país.

La defensa del imputado nace del derecho a la defensa en un proceso, a través del aforismo del debido proceso, con reglas que describen



analíticamente todo su significado, siendo alguna de ellas las que aluden al conocimiento necesario y oportuno del imputado, a la audiencia que tiene derecho y a su intervención directa a todos los actos probatorios las que pueden fundamentar la aplicación de la ley.

El derecho que tiene el imputado para defenderse presenta un procedimiento constitucional en los ordenamientos jurídicos, declaraciones y convenios sobre derechos y libertades humanas. Es por eso que América Latina a través del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente) cuya misión y objetivo fundamental es la concertación política, al introducir reformas en la concepción, organización y funcionamiento de los sistemas de justicia desarrollando una estrategia como es: La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del derecho procesal moderno. Siendo esto una aproximación del derecho a la defensa, en la institución y en las que participaron países como: Bolivia, Colombia, costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá³.

En Centro América específicamente en Costa Rica, es el primer país en donde se creó la defensoría pública en el año de 1971, iniciándose en asuntos penales, inmediatamente paso a lo civil, problemas de administración, tenencia de la tierra, etc.

La Defensoría Pública en Nicaragua se crea para defender a todas aquellas personas de escasos recursos económicos, priorizando el área penal, esta nace de propuestas elaboradas por consultores costarricenses, la que fue aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de julio de 1996. Surgiendo la Ley Orgánica del Poder Judicial ley N° 260. El 15 de julio de 1998. Su implementación se inicia en la ciudad de Managua y luego en el resto del país⁴. En la actualidad la Defensoría Pública atiende también las áreas civiles, mercantiles, laborales, familia y agrario.

³ Donoso, Arturo. La Defensa Pública en América Latina. Pág.1-7.

⁴ Valverde Usaga, Iris. La Defensa Pública, las Garantías Ciudadanas y el Estado de derecho. Managua, noviembre de 1999. Pág. 8.



Los Artos. 212 y 214 de la LOPJ establecen el derecho a la defensa pública y la garantía de la defensa por parte de la defensoría cuando sea solicitado por personas que no tengan la capacidad económica para asesorarse con un abogado privado.

4.2 Características de la defensoría pública⁵.

- Está adscrita a la Corte Suprema de Justicia.
- Sus políticas armonizan con las disposiciones de la Corte Suprema de Justicia.
- Sus defensores son nombrados por la Corte Suprema de Justicia.
- Goza de autonomía institucional.
- Dicta sus propias normas administrativas.
- Está regulada por un reglamento interno.
- Goza de autonomía funcional.
- Son supervisados y evaluados por la Defensoría Pública, no por el Juez.
- Su deber es ejecutar todos los actos permitidos por la constitución y la ley en beneficio de sus defendidos.

4.3 Principios de la defensoría pública⁶.

- Compromiso con el defendido.
- Garantía de igualdad y de acceso a la justicia.

⁵ Valverde Usaga, Iris. La Defensa Pública, las Garantías Ciudadanas y el Estado de derecho. Managua, noviembre de 1999. Pág. 65-83.

⁶ Valverde Usaga, Iris. La Defensa Pública, las Garantías Ciudadanas y el Estado de derecho. Managua, noviembre de 1999. Pág. 84.



- Lealtad a los demás sujetos del proceso.
- Actitud crítica y beligerante frente al sistema penal.

4.4 Bases constitutivas.

Con la publicación de la Ley No. 260: Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, en julio de 1998, se dio origen a una nueva institución: La Defensoría Pública, concebida como un órgano que depende de la Corte Suprema de Justicia y que goza de autonomía funcional. Por medio de esta institución se pretende coadyuvar en la realización del Estado social y democrático de derecho y consecuentemente con la democratización del país, la igualdad de las personas, el debido proceso y el derecho de defensa, proporcionando abogado a aquellos que carezcan de medios económicos para sufragarse un profesional de su selección. Artos. 211-216.

La creación de la Defensoría Pública, por otra parte, da cumplimiento al deber ineludible de proporcionar un abogado subvencionado con fondos estatales, a quienes enfrenten un proceso penal, tal como lo consigna la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Código Procesal Penal.

4.5 MISIÓN, Arto. 212 LOPJ.

- Representar los intereses del usuario, mediante el ejercicio de un nuevo estilo de defensa técnica gratuita, garantista y apegada a derecho.
- Guardar lealtad a la Constitución Política, a la institución de la Defensoría Pública y al usuario.
- Actuar con vocación de estudio y de servicio.
- Promover y generar cambios que fortalezcan el Estado social y democrático de derecho.
- Impulsar el cambio y la innovación, hacía el establecimiento de un Sistema de Justicia, transparente y garantista.



4.6 Visión, Arto. 213 LOPJ.

La institución se ha propuesto brindar asistencia legal gratuita, a los usuarios del Sistema Judicial que carezcan de recursos económicos, a fin de garantizarles el respeto y defensa de sus derechos y garantías, a través de un personal profesional, con sensibilidad humana y consciente de la problemática social, comprometido a representar al usuario con profesionalismo, eficiencia y honestidad, estableciendo una relación de confianza, respeto y comunicación permanente y adecuada.

4.7 Derecho a la defensa.

El derecho de defensa cumple, dentro del Proceso Penal, un papel particular: por una parte, actúa de forma conjunta con las demás garantías; por la otra, en la garantía que torna operativa a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad el derecho a la defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del Proceso Penal.

El derecho de defensa es un derecho fundamental, lo ostenta toda persona involucrada de un litigio, aun cuando no exista una formalización, en el Proceso Penal externo a ninguna acusación; es un derecho que comprende otros derechos y garantías, como el derecho a conocer la acusación, a declarar o abstenerse, a ofrecer prueba, a recurrir, a participar en audiencias, etc.

4.7.1 Derecho a la defensa en el ordenamiento jurídico nicaragüense: La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado remunerado.

4.7.2 En el Arto.11.a. Del Proyecto de Reglas Mínimas para la Administración de Justicia Penal: Sin perjuicio de su derecho a defenderse a



sí mismo, el imputado en todas las fases del proceso, y el condenado durante la ejecución de la condena tiene el derecho a contar con un abogado de su libre elección igualmente, el imputado carente de medios tiene derecho a contar con la asistencia de un abogado.

4.7.3 La Convención Europea de Derechos Humanos: El artículo 6.1.c plantea que el imputado tiene derecho a defenderse a sí mismo a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios económicos puede ser asistido gratuitamente, por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

4.7.4 La Constitución Política de Nicaragua en el Arto. 34 dice que: Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:

- 1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la Ley.
- 2) A ser juzgado sin dilaciones por el tribunal competente establecido por la ley. no hay fuero atractivo, nadie puede ser sustraído de su Juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción.
- 3) A ser sometido a juicio por jurados en los casos determinados por la Ley. Se establece el recurso de revisión.
- 4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer del tiempo y medios adecuados para su defensa.
- 5) A que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto.

El Arto. 46 de la Cn se enumeran todos los tratados internacionales ratificados por Nicaragua en el que se tutelan y garantizan derechos humanos.

En el Código Procesal Penal es evidente del interés del legislador por realizar la previsión directa art. 4) “todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material y técnica. Al efecto el Estado, a través de la Dirección de Defensores Públicos, garantizan la asesoría legal de un defensor público a las personas que no tengan capacidad económica para sufragar los gastos de un



abogado particular. Si el acusado no asigna abogado defensor le será designado un defensor público o de oficio, con arreglo al procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En la misma forma procederán en casos de abandono, revocatoria, muerte, renuncia o excusa del defensor.

El Arto. 100 del CPP establece un orden preferencial para la selección de defensores, iniciando por la elección personal del acusado de un abogado de su confianza, si no hace asignación se le nombrara un defensor público, si no hay se recurre a los abogados de oficio, en su defecto a los egresados de la escuela de derecho, si no existiera en el lugar el servicio la estudiantes de derecho y finalmente, si no se da ninguna de las alternativa indicadas, sería la colaboración a los denominados entendidos en derecho. Esta previsión posiblemente obedece a una realidad material, la ausencia de recursos suficientes para designar abogados en todo el territorio nacional.

No obstante lo anterior, sin duda el defensor deberá ser un abogado con conocimientos suficientes en penal general, en penal especial, procesal penal y constitucional, si es posible incluso, experiencia en el proceso y la materia; una persona que tenga un dominio mínimo que le permita afrontar control y a las múltiples vicisitudes de la práctica profesional.

4.7.5 Defensa técnica o formal.

Es la que realiza un defensor, quien asesora al imputado o acusado y lo representa en actos procesales no personales. Para que se cumpla a cabalidad este perfil del derecho de defensa, el defensor debe ser abogado, sólo un profesional con el conocimiento en las leyes, podría constituir un verdadero asesor, cualquier otra opción, entendidos en derecho estudiantes, serán recursos excepcionales, con tendencia a desaparecer.

El defensor está dentro del proceso para hacer valer la presunción de inocencia, para subrayar el carácter excepcional de las medidas cautelares como la prisión preventiva, para apelar por la objetividad e imparcialidad de los jueces, etc., Porque debemos aceptar una realidad: en mucho ordenamientos jurídicos entre el texto de las leyes y la práctica forense, suelen existir abismos, interpretaciones por lo general restrictivas cuando no



violatorias de derechos fundamentales. Es ahí donde el defensor debe actuar con determinación y conocimiento.

4.7.6 Defensa material: Es el derecho a ser oído en el derecho. El derecho que tiene todo acusado a defenderse personalmente de la acusación o cargos formulados en su contra y está integrada por todos los actos que realiza el propio imputado: declarar, rechazar los cargos, participar en los actos de investigación, ofrecer pruebas.

4.7.7 Derecho a la defensa pública.

El Artículo 212 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, nos dice que: La Dirección proveerá de un defensor público cuando se lo soliciten verbalmente o por escrito personas que no tengan la capacidad económica, previamente comprobada para sufragar los gastos de un abogado particular y que estuviesen imputadas o procesadas penalmente, así como de un abogado a las o los demandantes de alimentos o litigantes en lo civil, mercantil, derecho de familia y agrario o trabajadores en lo laboral.

4.7.8 Garantía de la Defensa Pública

Así mismo el Artículo 214 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que: La Dirección debe disponer del número de Defensores Públicos que requiera la Administración de Justicia, de conformidad a las necesidades del servicio. Los Defensores Públicos son funcionarios dependientes del Poder Judicial, nombrados por concurso que al efecto realice la Comisión de Carrera Judicial y forman parte del Régimen de Carrera judicial. Los Defensores Públicos deben ser mayores de edad, abogados y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.

4.7.9 Momento en que opera el derecho a la defensa.

Respecto del inicio del derecho de defensa existen disposiciones concretas. Si bien el artículo 254 del CPP indica que el proceso penal inicia con la realización de la audiencia preliminar si hay reo detenido y con la inicial si no lo hubiera, es preciso subrayar que la intervención de la defensa técnica está reconocida de manera previa en la normativa procesal, en ese sentido varios preceptos:



- Arto. 4 CPP todo imputado o acusado tiene derecho a la defensa material y técnica.
- Art. 95 CPP el imputado o acusado tendrá derecho a;

Inciso 1: presentarse espontáneamente en cualquier momento ante la Policía Nacional, el Ministerio Público o el Juez, acompañado de su defensor, para que se le escuche sobre los hechos que se le imputan.

Inciso 3: comunicarse con un familiar o abogado de su de elección o asociación de asesoría jurídica, para informar sobre su detención, dentro de las tres primeras horas. Cuando se trate de zonas rurales con dificultad de comunicación este plazo se podrá extender hasta doce horas.

Inciso 10: será asesorado por un defensor que designe él o sus parientes o, si lo requiere, por un defensor público o de oficio, según corresponda conforman la Ley Orgánica del Poder Judicial y el presente código.

Arto. 103 CPP: sobre el alcance del ejercicio de la defensa establece que: a partir del momento de su detención, toda persona tiene derecho que le brinden todas las facilidades para la comunicación libre y privada, personal o por cualquier otro medio, con su abogado defensor... Los defensores tendrán, desde el momento de su designación, el derecho a intervenir en todas las diligencias en la que se procure la prueba.

4.8 El defensor.

4.8.1 Antecedentes históricos del defensor público.

En la antigüedad el derecho a la defensa lo ejercía exclusivamente la víctima o el ofendido, en babilonia con la ley TALION se le otorga facultad a la víctima de hacer justicia por su propia mano, esto es lo que se conoce como la venganza privada la constituía un delito contra la vida de las personas.

Con el tiempo se paso a establecer una legislación que garantizara los derechos de cada uno y es en el siglo VII antes de nuestra era que DRACO dicto el primer cuerpo de leyes que tuvieron los atenienses, considerándose esta muy rigurosa por lo que no tuvo aceptación y viéndose en la necesidad de emprender una obra legislativa en el año 595 AC, entro a desempeñar las



funciones del primer arconte e instancia tanto de las clases aristocráticas como del pueblo.

Se permitía al orador asistir al litigante ante el areópago, en el que alegaban la defensa de sus clientes o las razones legales de sus intereses por reformas desde el antífona sustituyeron más tarde la presencia del orador por la redacción escrita de los alegatos; pero siempre era necesaria la compañía de un defensor público abogar era un privilegio de ciudadanos ejemplares de caballeros. El ejercicio de la defensa tenía que ser moderada, prudente, señorial, no podía pasarse de tres horas, no podía extremarse la acción, ni en gestos ni en recursos oratorios.

En roma fue donde técnicamente se organizo la defensa, surgiendo el “PATRONUS” o “ADVOCATUS” que eran oradores defensores asesorados por un jurisperito que defendían los derechos de los ciudadanos, que actuaban en el foro, el senado y los comicios.

Por otro lado, también existieron los defensores civitatis o defensores de la ciudad designados por el prefecto del pretorio o bien por el pueblo, su función consistía en proteger a los humildes contra los abusos, o presiones de los poderosos y atropellos de las autoridades municipales.

Al emperador Justiniano, se debe, durante el bajo imperio, la organización verdadera de la abogacía en una corporación denominada orden, convirtiéndose esta en una profesión, perdiendo alguna de sus originarias características. En un principio (periodo republicano) la remuneración era un hecho privado y no necesario, el cliente no tenía obligación de pagar ni el abogado defensor de pedir, pero si el primero daba algo y el segundo lo recibía la donación era validad.

En el periodo germano el interesado era quien ejercía su propia representación o defensa; se garantizaba la intervención de un defensor, donde era obligatoria la presencia de estos en los delitos graves.

El derecho canónico se caracterizo por la implementación de un sistema inquisitorial, en el que lo primordial era la detención del culpable para imponerle una pena, quedando así la defensa del inculpado en un plano



secundario esta defensa era entregada a los miembros del tribunal, en tanto que el Juez era el que dirigía la investigación e imponía una sanción.

Según el derecho español, en el libro de jueces o fueron juzgose habla de defensores y mandadores, los últimos a nombre de príncipes y obispos. Tanto en el fuero real como en los partidos se fijo el régimen de voceros y personeros y abogados y procuradores respectivamente. Posteriormente en el año 1882 la ley de enjuiciamiento criminal sustentado por el código procesal penal francés daba el derecho al imputado a designar un abogado; todo esto con la idea de considerar la defensa como un derecho facultativo del imputado, de cuyo ejercicio era absolutamente dueño dentro de la instrucción. Esto era partiendo que, la sociedad exige protección y de la creencia de que el imputado conociendo su derecho a designar un abogado podía también ejercitar con eficiencia su propia defensa privada.

En Francia después de la revolución de 1789, con la modificación del procedimiento criminalista, las partes tenían el derecho de ser apoyadas por defensores de oficio con la promulgación del Código de Instrucción Criminal de Napoleón el 20 de abril de 1810, se admitió la defensa haciéndola obligatoria en aquellos crímenes sancionando con penas aflictivas.

En nuestro país el derecho a la defensa parte de la defensa y protección de los indígenas ante el conquistador español quienes despreciaban al indio como persona. Esta injusticia frente al nativo fue respaldada por la iglesia católica en la bula pontificio “sublimes deus “promulgados por su santidad Pablo II en la cual se reconoce los derechos individuales de los indígenas así mismo el respeto a la vida y bienes de estos. No obstante para obtener tal respaldo fue destacada la labor realizada por Fray Bartolomé de las Casas quien sin temor alguno denunciaba los vejámenes a que eran sometidos los indios. A partir de entonces se inicio el proceso de humanización de la conquista defendiendo y fortaleciendo la creencia de que todos los hombres son iguales ante la ley, independientemente de sus creencias, sexo, origen, etc.

Siendo la defensa de oficio un derecho fundamental, es elevada a rango constitucional en la Constitución Política, promulgada el 10 de diciembre de 1893, conocida como Libérrima exalta los principios del liberalismo clásico, durante el gobierno de José Santos Zelaya la que en su art 37 señala que



ninguno puede ser privado del derecho a la defensa; es por ello que muchos historiadores han opinado que fue durante este gobierno de ideas progresistas que se busco palear la desigualdad de los ciudadanos ante la ley y la justicia que podían provocar algunas normas jurídicas; derecho anteriormente señalado en el Código de Instrucción Criminal del 24 de marzo de 1879 durante el gobierno del señor Joaquín Zavala. Es así como nació la armonía entre la ley suprema y la ley ordinaria que regula su procedimiento.

Desde entonces ha existido como norma constitucional de Nicaragua, en todas las constituciones promulgadas desde 1939 hasta la de 1987 en las cuales el derecho a la defensa ha sido respetado como un derecho humano inherente al individuo.

La defensa está ampliamente garantizada en nuestro ordenamiento jurídico dado que el proceso penal tiene carácter eminentemente público, garantizándole al acusado un debido proceso. En 1854 el proceso en nuestro país era secreto constituyendo una organización hasta cierto punto denigrante para los abogados quienes eran nombrados como defensores únicamente si tenían “amigos” dentro del juzgado y que éstos les permitieran conocer a profundidad el caso.

El Arto 234 del Código de Instrucción Criminal establecía el nombramiento de un defensor de confianza del procesado o bien de oficio nombrado por el juez. E aquí la importancia del defensor privado y el de oficio, pudiendo ser nombrado en cualquier instancia.

Nicaragua como país independiente, se ha venido considerando paulatinamente como en un Estado democrático y social de derecho y es a partir de la constitución de 1987 y sus reformas que vienen a compilar en este cuerpo de leyes los derechos humanos del 10 de diciembre de 1948 y los derechos individuales consignados en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos o Pacto de San José suscrita el 23 de mayo 1963 y los que con otros instrumentos internacionales son reconocidos en el art 46 de nuestra carta magna.

Como parte del proceso de modernización que enfrenta el sistema judicial, se crea para defender a todas aquellas personas de escasos recursos



económicos, la defensoría pública que nace de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 260) elaborada a propuesta de consultores costarricenses aprobados por la Asamblea Nacional el 26 de junio de 1996 publicada en la gaceta diario oficial número 137 del 23 julio de 1998 y entro en vigencia el 23 de enero de 1999, sustituyendo a la Ley Orgánica de Tribunales del 19 de julio de 1894.

En nuestro ordenamiento jurídico actual el derecho a la defensa se encuentra garantizado en el artículo 34.4.5 Cns y en el Arto.4 y Arto. 100 del Código Procesal Penal, el cual busca contribuir al respecto de los derechos humanos y a dar brillo al ejercicio profesional de la defensa encuentra en este texto legal las condiciones propias para hacer resplandecer los talentos y triunfen las virtudes, porque no hay nada más favorable que la diafanidad de un proceso predominantemente oral y público.

4.8.2 Concepto de defensor:

La función del abogado en el proceso penal es distinta, según el carácter de la parte cuya defensa asuma. El defensor obra siempre en interés de la parte, aun cuando esta exprese una voluntad contraria a su propio interés, en cuyo caso prevalecerá la declaración o manifestación de voluntad del defensor sobre la voluntad de la parte, ya que este persigue favorecer en todo al imputado, porque esa es su misión.

Sentadas las bases de lo que es un abogado pasaremos a abordar el concepto de defensor, no sin antes citar algunos juristas importantes:

Guillermo Cabanellas de las Cuevas⁷: Define al defensor como abogado que patrocina y defiende en juicio a cualquiera de las partes.

Giovanni Leone⁸: Dice que el defensor es el investido de un conjunto de poderes que no están atribuidos a la parte. Este jurista alega que el defensor puede ejercitar todas las actividades consentidas a la parte.

Vargha⁹: Define al defensor como un alter ego procesal, como el oído y la boca jurídica.

⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Ob cit. Pág.88.

⁸ Giovanni Leone. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Pág.574.



De Marsico¹⁰: Presentó al defensor como un consorte procesal, normalmente necesario del imputado y sus dos individualidades como constitutivas de una parte única representada en dos órganos. Este ilustre jurista caracteriza al defensor como órgano del proceso (al igual que el Juez y acusador), provisto de derechos propios. De la misma manera **sturch**¹¹ dice que existe una relación bilateral determinable así: ambos imputado y defensor constituyen una sola personalidad de derecho procesal, en la cual el acusado representa al sujeto principal y el defensor el accesorio.

Para **Francesco Carneluti**¹² El defensor es una parte en sentido instrumental, lo mismo que el Ministerio Público, absolutamente desvinculada de la parte material.

Manzini¹³ Dice que defensor, es el que interviene en el proceso penal para delegar en él una existencia jurídica, a favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal, en la aplicación de una legalidad de interés público. De ahí que corresponda al defensor todo lo que en cuanto a los hechos y al derecho, pueda contribuir a dirimir o disminuir la imputabilidad y eventual responsabilidad del acusado. El defensor no es un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor “dominus litis”, por ser quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones y es quien presenta los medios de prueba.

Para **Miguel Fenech**, abogado defensor, es la persona que, teniendo la habilitación legal para ello se dedica profesionalmente a la defensa técnica-jurídica de las partes que intervienen en el proceso.

El abogado es, en primer término, el defensor técnico-jurídico de cada una de las partes privadas, cuya asistencia se justifica por la necesidad de poseer unos conocimientos determinados para llevar a cabo los actos procesales encaminados a la defensa de la parte con las garantías necesarias

⁹ Ibidem. Tomo III. Pág. 404.

¹⁰ Ibidem. Tomo I. Pág. 578.

¹¹ Ibidem. Tomo II. Pág. 579.

¹² Francesco Carnelutti. Lección sobre el Proceso Penal. Pag.238

¹³ Vincenzo Manzini. Tratado de Derecho procesal Penal. Pag.559.



para esta y para el fin que el Estado persigue con el proceso, lo que explica la obligatoriedad de su actuación procesal.

La relación jurídica entre el abogado y la parte se ha caracterizado como constitutiva de un contrato de arrendamiento de servicios; el abogado es además un colaborador del órgano jurisdiccional, ejerce una función de carácter público aunque ello no lleve consigo la condición de funcionario público a efectos penales.

Es un asistente técnico directo del imputado y aunque habrá de guiarse por los intereses de este, debe impulsar la efectividad de las garantías procesales, la independencia del Poder Judicial, y su propia independencia respecto del defendido, pues su función no es la de perseguir ventajas indebidas, complicar y tergiversar el proceso, ni recurrir a consejos inmorales; su deber es colaborar con el debido proceso y la realización de la justicia. En su obra derecho penal, criminología y derecho procesal penal establece que los defensores son colaboradores, encargados de aportarles todos los elementos de hecho y de derecho requeridos para esclarecer el problema y tomar una decisión.

De lo anterior podemos decir que defensor, es todo lo profesional del derecho que pone al servicio de quienes tienen intereses comprometidos en un proceso, su actividad profesional y sus conocimientos jurídicos dirigidos a demostrar que su representado es inocente y que además es la víctima del caso, así que hará todo lo legalmente posible por ganar el juicio.

4.8.3 Naturaleza jurídica del defensor.

Se puede definir por la representación, nunciatura, sustitución procesal, titularidad de un oficio y relación a intereses subordinados.

- **Representación:** Representa y está investido de poderes secundarios vinculados a poderes primarios del representado.
- **Nunciatura:** Esta figura no agota todos los poderes del defensor aun no con una visión moderada del difícil problema de la relación entre



defensor y parte en lo que concierne al planteamiento de la causa tienen una notable autonomía en lo que respecta, ya la decisión del cumplimiento mismo de ciertos actos, ya la elección de uno de los distintos comportamientos, ya finalmente al contenido del acto mismo.

- **Sustitución procesal:** No presenta ningún tipo de coincidencia con el defensor porque el derecho que ha hecho valer en el juicio no se vincula con la posición del defensor, y también porque el defensor, por lo menos el de confianza, extrae su investidura de la voluntad de las partes, siendo la legitimación del sustituto totalmente ajena a la voluntad del sustituido, finalmente porque el defensor, a diferencia del sustituto no actúa por un interés suyo.
- **Titularidad de un oficio:** Configura al defensor en una categoría unitaria entendida como el complejo de funciones atribuidas por la ley a un sujeto, pero en sí no determina la naturaleza jurídica del defensor en lo que concierne a su actividad.
- **Relación a intereses subordinados:** Se verifica cuando en la actuación de la relación jurídica ajena sea operado en nombre propio por quien actúa independientemente de la voluntad del titular de la relación, pero en interés final de él, es el interés en la salvaguarda técnico jurídico de los derechos del imputado.

De todas las figuras antes señaladas parece que la más acertada es la titularidad de un oficio.

Se puede decir que cuanto más aumenta el aspecto técnico de la actividad, tanto más se aproxima a la exclusividad del poder del defensor, sin embargo los efectos del proceso se remontan a la parte con exclusión de cualquier responsabilidad del defensor, es por ello que se conoce al defensor como un sujeto en el cual se articula la parte.



4.8.4 Del defensor público según la ley.

Según la Ley Orgánica del Poder Judicial de Nicaragua, en el **título X, capítulo I**: La Dirección de Defensores Públicos es un órgano que depende de la Corte Suprema de Justicia y goza de autonomía en sus funciones; está a cargo de un director y un sub-director, nombrados para un período de cinco años y designados por concurso.

La Comisión de Administración de la Corte Suprema de Justicia podrá crear delegaciones de la Dirección de Defensores Públicos en las circunscripciones y en los Distritos Judiciales que lo ameriten. El director y sub-director de la Dirección de Defensores Públicos deben ser nicaragüenses, abogados, mayores de treinta años y con suficiente experiencia en la tramitación de asuntos judiciales y en administración de personal.

4.8.5 Nombramiento del defensor.

El derecho a la asistencia de un defensor, es uno de los derechos instrumentales que forma parte del derecho de defensa y se reconoce constitucionalmente en el art 34.5 Cns. Que establece que todo procesado tiene derecho a que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido previo llamamiento por edicto en nuestro sistema procesal penal el nombramiento del defensor puede producirse por el defendido y por el órgano jurisdiccional.

Esto quiere decir que el imputado tiene libertad de elegir al abogado de su preferencia para que defienda sus intereses en el proceso, ello implica primariamente la elección de un defensor privado o defensor de confianza.

En caso de que el imputado no pueda designarlo o no tenga los recursos económicos para subvenir el pago de los honorarios profesionales de un defensor de su confianza (defensor privado), el órgano jurisdiccional le nombrará un defensor público o un defensor de oficio en aquellos lugares en los que aun no exista el ejercicio de la defensa. Ello no impide el derecho del imputado de solicitar que se le designe dicho defensor o que sean nombrados por una persona de confianza, oralmente o por escrito.



El nombramiento del defensor es necesario tanto para el Juez como para el Ministerio Público ya que si este se deja guiar por este último podría terminar por salirse del camino o actuar por sí solo, es decir, que si la acusación es indispensable para el Juez lo es también la defensa; por tal razón cuando no lo nombra la parte, lo hace el Juez.

En nuestro Código Procesal Penal está regulado el nombramiento del defensor tanto por el imputado como por el Juez en el Arto.100 y Arto. 339 desde el primer momento de la designación del defensor, ya sea de confianza, defensor público en o de oficio, se inicia la comunicación entre inculpaado y defensor lo que posibilita el intercambio mutuo de la información de la que ambos precisan. El imputado necesita del auxilio y consejo de su defensor en el desarrollo de las diligencias a las que ha de someterse; pero también el defensor con su defendido para orientar en la justa dirección y desde un principio, la estrategia defensiva por la que dicha comunicación debe ser libre y no en presencia de persona alguna que pueda escuchar lo que dice, porque sería ya una comunicación cuartada, debe ser de tal forma y manera que el acusado pueda darle su versión completa a su abogado y examinar libremente todos los documentos, todas las pruebas relativas al caso tal como lo establece el art 103 CPP.

Así mismo el art 104 CPP establece que del ejercicio del cargo de defensor será obligatorio para el abogado que lo acepte salvo excusa fundada admitida por el Juez. El defensor podrá renunciar solo por justa causa al ejercicio de la defensa; en este caso el Juez fijara un plazo de tres días para que el acusado nombre otro; si no lo hace será reemplazado por un defensor público o de oficio según corresponda. El defensor renunciante no podrá abandonar la defensa mientras no intervenga quien a de sustituirlo. No se podrá renunciar ni abandonar la defensa durante la audiencia y una vez notificada el señalamiento de ella.

En el Arto 105 del CPP se prevé el abandono de la defensa del imputado, ya que la asistencia de este es indispensable para continuar con el juicio. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en el juicio con lealtad y probidad. En caso de faltar los defensores a este deber el Juez debe informar a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos.



El abandono de la defensa del imputado constituye una responsabilidad civil declarada por el Juez.

El Arto. 106 CPP establece que el inculpado puede revocar el nombramiento del defensor que hasta entonces le estuviera asistiendo en cualquier momento y designar otro abogado, de igual manera en el Arto. 107 CPP se prevé el nombramiento de un defensor común siempre que no existan intereses contrapuestos entre los acusado.

El defensor mismo puede nombrar un sustituto en caso de impedimento suyo estando autorizado para actuar en el debate solo durante el tiempo en que se verifique la necesidad de la sustitución, pues antes de ese momento no tiene la calidad de defensor y por lo tanto el defensor, no cae en responsabilidad civil por el abandono de la defensa del imputado si se aleja mientras el verdadero defensor continua ejerciendo su oficio. Pero si este se halla impedido o abandona la defensa del imputado, el sustituto, asumiendo inmediatamente la calidad defensor, no puede abandonar la defensa por solidaridad o por otro injustificado motivo sin incurrir en las indicadas sanciones conforme el art 108 CPP.

De todo lo anterior podemos afirmar que el imputado debe contar con un abogado defensor privado, defensor de oficio o defensor público desde el momento inicial de la denuncia y captura para que desde ese primer momento sean protegidas sus garantías mínimas constitucionales.

4.8.6 Límites según la ley.

Incompatibilidad del defensor público: El cargo de Defensor Público adscrito a la Carrera Judicial es incompatible con el ejercicio privado de la profesión de la abogacía.

4.8.7 Funciones del defensor público.

- **Función social:** Reglas éticas particulares se ha afirmado que el quehacer del abogado (Llamándose acusador o defensor) debe dirigirse



a la colaboración para alcanzar una recta y cumplida administración de justicia, su fin es asesorar en defensa de la justicia; esta afirmación ha provocado algunas dificultades para el acceso de los defensores, en ordenamientos como el alemán donde al abogado se le ha denominado “órgano Serra comía de la administración de justicia, llegando al extremo de aseverar que comete el delito de la frustración de pena “ el que intencionalmente o a sabiendas frustra total o parcialmente que otros se apenado conforme la ley penal por un trecho antijurídico o sea sometido a pena ... Será penado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.

- **Funciones técnicas:** Con la entrada en vigencia el sistema procesal acusatorio, las funciones tradicionalmente desempeñadas por el defensor deben de revalorarse para insertar en ellas las exigencias de un sistema que tiene por fin solucionar los conflictos de naturaleza penal y restablecer la paz jurídica y la convivencia social, armónica; alcanzar una justicia pronta y cumplida, activar resoluciones de los conflictos sociales mediante manifestaciones del principio de oportunidad como la mediación, la prescendencia, el acuerdo o la suspensión condicional de la presunción penal, estas entre otras innovaciones conlleva una mutación en el perfil del defensor de quien se pretende un mayor protagonismo en la investigación, el manejo de destrezas mínimas de negociación, en definitiva un profesional muy activo para el cual la comunicación con el imputado deviene en imprescindible.
- **Función investigadora:** Hasta ahora muchos de los esfuerzos en una reforma procesal penal se han dirigido al tema de la investigación, de un modelo donde la policía daba las pautas, se procura otro que vigorizan al Ministerio Público con el afán de realizar investigaciones penales, con mayor respeto de los derechos humanos de los involucrados, un sistema donde la defensa adquiere mayores compromisos al tener más acogida principios como el de amplitud, inmediatez y comunidad de prueba.
- **Función asesora:** Esta labor de asesoría se debe dar en determinadas condiciones: con un lenguaje comprensible para el imputado o acusado,



con el tiempo, los medios y la privacidad necesaria para asegurar un diálogo efectivo; conlleva el análisis fáctico, jurídico y probatorio de la teoría del caso, de la estrategia a seguir por la defensa.

- **Función de representación:** Representa quien actúa oficialmente en nombre de otro; en el caso del abogado defensor no se podría circunscribir a su sola presencia física en determinados trámites procesales, cuando actúa en representación costera una ficción jurídica por lo cual el profesional expresa con rigor técnico los intereses de una de las partes del proceso, en su busca, es el protector de los derechos y garantías consagrados en instrumentos internacionales, Constitución Política y cualquier otra normativa.
- **Función de gestión:** Hacia el grupo en esta función atribuciones de la más diversa índole. Considerando la naturaleza de su intervención es posible clasificar las funciones de gestión en las siguientes categorías: de negociación, de petición, de formulación de alegatos, de participación en evaluaciones de prueba.

CAPITULO V

Análisis del Rol del Defensor Público.

5.1 Análisis de la parcialidad del defensor público basado en la observación de la aplicación de los principios de mediación, durante el proceso de mediación previa.

5.1.1 Preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes: En todos casos observados en Defensoría Pública, las partes se sometían al proceso de mediación de manera voluntaria sin inducción alguna por parte del mediador ni por personas ajenas a la situación. Sin embargo en los casos de personas con pena de prisión preventiva una vez llegaban a las oficinas de Defensoría Pública y se les hacía la pregunta de ¿que si estaban o no de acuerdo en someterse al proceso de mediación previa?, estos tendían a ver la mediación,



no como una solución alterna al conflicto, sino más bien como una salida rápida y fácil de evitar someterse a un proceso judicial en el que seguramente la sanción impuesta por el judicial sería más rigurosa, en este sentido el trabajo del defensor estaba orientado efectivamente a la elaboración de la mediación previa para garantizar la pronta libertad de su patrocinado.

5.1.2 Igualdad de las partes: En todo momento se trató de igual manera a las partes dándole el mismo trato, sin hacer diferencias el uno del otro, los defensores públicos brindaron la misma de información a cada una de las partes que se involucraron en el proceso de mediación y a demás de esto fueron asesorados de la misma manera sobre el alcance y consecuencias legales del incumplimiento de la mediación. Aún así no podemos obviar el hecho de que el proceso de mediación era realizado por el defensor y que la gran mayoría de los usuarios de Defensoría Pública son personas de escasos recursos muchos de ellos con poco o ningún nivel de escolaridad por lo que alcanzar un acuerdo entre las partes se torna una labor bastante difícil y agotadora y se hace necesario proponer opciones de acuerdo a las partes para alcanzar una pronta solución del conflicto, es claro que el defensor al sugerir una solución buscara la menos perjudicial para su defendido, pues este es su trabajo, dejando de cierto modo en desigualdad a la otra parte (la víctima) la que casi nunca estaba siendo acompañada por su asesor (fiscal o abogado particular), la mediación se basa principalmente en el protagonismo que deben tener las partes en el planteamiento y toma de decisiones. Tenemos que recordar que la mediación no es un proceso de ganadores y perdedores, sino una alternativa a través de la cual se le busca una solución a una problemática de manera tal que esta resulte satisfactoria para ambas partes.

5.1.3 Privacidad: El trámite de mediación se llevó en todo momento en la oficina de Defensoría Pública donde permanecieron las partes involucradas, el defensor y su auxiliar y en algunos casos asesores de las partes. No obstante hay que mencionar factores ajenos a la voluntad de los defensores, como las condiciones de la oficina (cubículos) los cuales no brindan las condiciones necesarias para la privacidad, este factor ciertamente es determinante al momento de llevarse a cabo una mediación, pues no todas las personas se sienten cómodas de tratar sus problemas en presencia de extraños o sabiendo de que podían estar siendo escuchados, lo que consideramos que interviene al



momento de la negociación porque las personas están más preocupadas por terminar pronto la mediación más que por llegar a un acuerdo verdaderamente satisfactorio para ambos.

5.1.4 Informalidad: En cuanto a este principio no hubo irregularidades pues esta característica propia de la mediación es más bien una ventaja para llevar cabo este proceso.

5.1.5 Flexibilidad del procedimiento: siempre se buscaron los acuerdos más satisfactorios para ambas partes, escuchando los planteamientos y sugerencias de cada uno, haciendo inclusive más de una cesión de mediación cuando por la naturaleza del caso era necesario.

5.1.6 celeridad y concentración: las mediaciones llevadas a cabo en defensoría pública por tratarse en su gran mayoría de faltas y delitos imprudentes, eran una manera rápida y eficaz de alcanzar un acuerdo.

5.1.7 Confidencialidad: en cuanto a este principio los defensores siempre fueron muy profesionales y éticos en el manejo y uso de la información vertida durante las mediaciones.



CONCLUSIÓN.

Nuestro trabajo fue desarrollado tomando en cuenta los aspectos generales en el campo de la mediación, su historia principios y bases legales sobre el cual está desarrollado todo este proceso, además de ello se abarcaron los conceptos generales del defensor público y el papel que este desempeña en el proceso de mediación previa. Si bien es cierto que el proceso de mediación es un acto que se usa como economía procesal, para disminuir la carga laboral de las instituciones de justicia, y garantizar la paz social, el rol de mediador es desvinculado de su naturaleza de parcial al realizar la mediación el defensor público.

En el procedimiento de mediación encontramos al defensor con una doble función defendiendo al imputado y como mediador facultado por la ley, es por ello que en nuestro trabajo analizamos y encontramos que el defensor, si bien es cierto realiza mediaciones previas, este no logra desprenderse de su papel como defensor al momento de realizarla, el establecimiento de las reglas y principio de mediación a ambas partes en dicho proceso, es fundamental para que esta cumpla su fin sin perjudicar a ninguna de las partes y quien realiza esta fundamental acción es el mediador o en este caso el defensor público.

La característica de imparcialidad que define al mediador es claro en cuanto al papel de persona neutral y conciliadora que debe tener un mediador sin embargo la legislación nicaragüense faculta al defensor público a realizar mediaciones previas al proceso. Las comparaciones entre lo que debe ser un mediador y el papel de mediador que juega el defensor público son evidentes y contradictorias.

Desde el punto de vista práctico de esta investigación al observar las condiciones y características que presenta el proceso de mediación en las oficinas de Defensoría Pública, concluimos, que la parcialidad del mediador es evidente en la aplicación del proceso de mediación dado que cada uno de los mediadores explica la trascendencia y alcance de la misma así como las consecuencias que lleva el incumplimiento de esta sin embargo en algunas de



las actas de mediación observamos que el mediador durante la negociación se inclinaba por los acuerdos menos gravosos para el imputado, debido a la misma naturaleza de su trabajo, con la finalidad de que el acusado fuese beneficiado para obtener su libertad en los casos de prisión preventiva.



RECOMENDACIONES.

Basados en la experiencia como auxiliares que en su momento realizamos en Defensoría y este estudio realizado como investigadores y espectadores durante la realización de este trabajo, tenemos como recomendaciones las siguientes:

- Una de las principales debilidades encontradas durante la realización de las mediaciones, es en cuanto a las condiciones que presta el local, pues no todas las personas se sienten cómodas discutiendo sus problemas a sabiendas que pueden estar siendo escuchados por personas ajenas al conflicto, pues los cubículos no prestan las condiciones de privacidad necesarias para llevar a cabo ciertas mediaciones. Lo correcto en este caso sería un local con las condiciones apropiadas.
- Aun cuando el defensor desarrolle el papel de mediador, informando el proceso de la mediación a las partes del modo legalmente establecido, no se puede obviar el interés que este tiene en ayudar a su patrocinado, por lo que consideramos que lo correcto sería que este trámite fuese llevado a cabo por una persona verdaderamente ajena al conflicto, como Centros de Mediación, Bufetes Universitarios, etc.
- La mediación debería ser llevada a cabo siempre por un profesional ajeno al proceso en todo sentido, ya que tanto el defensor y el fiscal tienen un interés profesional en cada litigio que es más ponderante que el rol de mediador.



BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

- Carnelutti, Francesco. Serie Clásicos del Derecho Procesal penal. Cuestiones Sobre El Proceso Penal, volumen II. Editorial Jurídico universitaria, México, 1997.
- Fenech Miguel. El Proceso Penal. Cuarta edición. Editorial Ageda, Madrid, 1982.
- Manzini, Vincenzo. Tratado de derecho Procesal Penal. Tomo I. Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- Meza Gutiérrez, María Auxiliadora, Orue Cruz, José René. La Mediación y el Arbitraje en Nicaragua, 1ra edición, Managua, Facultad de Ciencias Jurídicas, UCA, 2009.
- Vega Vargha, Gustavo. Primera Evaluación del Código Procesal Penal. Tomo I. Proyecto de reforma y Modernización normativa CAJ/FIU-USAID, Managua, Nicaragua 2003.
- Dassié Ezequiel (2004) La mediación. Buenos Aires, Argentina, página Web www.monografias.com.
- García Laura (2000), Crisis de la administración de justicia y la justicia alternativa, Revista Fronesis, volumen 7, N° 3, Maracaibo, Venezuela.
- García Laura (2004), La Formación del Abogado y los Métodos Alternativos de solución de conflictos, ponencia dictada en la I conferencia sobre métodos alternos, 4 de noviembre de 2004, Maracaibo, Venezuela.



Diccionarios.

- Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Diccionario jurídico, Editorial Heliasta, 1997.
- Fuentes Ávila, Mara. Mediación en la Solución de Conflictos. Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, Cuba, 2001.

Publicaciones

- Zúñiga, Sandra. Manual del Defensor Público.

Leyes

- Constitución Política de Nicaragua, La Gaceta No. 94 del 30 de abril de 1987
- Ley 260, ley Orgánica del Poder Judicial, La Gaceta No. 137 del 23 de julio de 1998.
- Decreto 63-99, Reglamento a la Ley 260, Ley Orgánica del Poder Judicial, La Gaceta No. 104 del 02 de junio de 1999.
- Ley No. 540, ley de mediación y arbitraje, aprobada el 25 de Mayo del 2005, publicada en La Gaceta No. 122 del 24 de Junio del 2005.
- Ley No. 406, Código Procesal Penal De La República De Nicaragua, aprobada el 13 de noviembre de 2001, Publicada en La Gaceta No. 243 y 244 del 21 y 24 de diciembre de 2001.
- Ley No. 641, Código Penal, Publicada en La Gaceta Nos. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008



Internet.

- <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art3-2.htm>
- http://www.icipan.org/documentos/publicaciones/modulo_mediacion.pdf
- <http://www.monografias.com/trabajos5/depu/depu.shtml>
- <http://www.poderjudicial.gob.ni/defenso.htm>