

04

LA MEDIACIÓN

**COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL
ECUADOR**

LA MEDIACIÓN

COMO MECANISMO DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ECUADOR

MEDIATION AS A RESTORATIVE JUSTICE MECHANISM IN ECUADOR

Juan Fernando Puertas-Barahona¹

E-mail: jfpuertas97@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1391-2319>

Diana Maricela Bermúdez-Santana¹

E-mail: dianabermudez@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3220-0990>

¹ Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Puertas-Barahona, J. F., & Bermúdez-Santana, D. M. (2023). La mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(3), 25-35.

RESUMEN

El objetivo principal de esta investigación es examinar a la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Ecuador. El enfoque utilizado es cualitativo, con una lógica inductiva para recolectar información por medio del análisis documental de diversas fuentes bibliográficas a fin de determinar los fundamentos, así como, los beneficios y limitaciones de la justicia restaurativa, conceptualizar a la mediación para identificarla como mecanismo de justicia restaurativa y examinar su estado en el Ecuador. La investigación permite concluir que existe una casi nula utilización de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Ecuador debido a confusiones que rodean a la duda de cómo utilizar la mediación para la resolución de conflictos originados por el cometimiento de delitos en el marco de las normas previstas en el COIP, así como a imprecisiones por la confusión que realiza la resolución No.327-2014 del Consejo de la Judicatura entre mediación y conciliación en contradicción a lo establecido en el COIP, y también, referente a lo establecido en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Palabras clave:

Mediación, justicia restaurativa, mediación penal, conciliación penal.

ABSTRACT

The main objective of this research is to examine mediation as a restorative justice mechanism in Ecuador. The approach used is qualitative, with an inductive logic to collect information through documentary analysis of various bibliographic sources. The goal is to determine the foundations, as well as the benefits and limitations of restorative justice, conceptualize mediation to identify it as a restorative justice mechanism, and examine its status in Ecuador. The investigation allows us to conclude that there is very little use of mediation as a restorative justice mechanism in Ecuador. This is due to confusion surrounding the question of how to use mediation to resolve conflicts caused by the commission of crimes within the framework of the norms provided in the COIP. Additionally, there are inaccuracies due to the confusion made by resolution No.327-2014 of the Council of the Judiciary between mediation and conciliation. This is in violation of the COIP, as well as to what is established in the Regulations to the Arbitration and Mediation Law.

Keywords:

Mediation, restorative justice, criminal mediation, criminal conciliation.

INTRODUCCIÓN

La interrogante de cómo abordar el fenómeno delictivo, sin duda, ha estado presente en las comunidades humanas desde hace milenios, recibiendo varias propuestas en función de la finalidad que se le quiera dar a la pena, así como, al proceso penal.

Es por este panorama actual que se vuelve urgente y necesario para el Ecuador abordar el fenómeno delictual de otra manera. Repensar los enfoques que guían para escuchar y comprender a cada una de las partes involucradas, comprender los intereses y necesidades de las víctimas, victimarios y de la sociedad en general, para tratar de buscar las mejores soluciones posibles, siendo la mediación una herramienta que podría aportar a este asunto.

Los conflictos son, en esencia, dinamizadores de las relaciones sociales, oportunidades de cambio, en definitiva, por lo que las herramientas, mecanismos y estrategias que se utilicen para afrontarlos influirán directamente en los resultados que se obtenga de estos. De esa manera, la mediación podría permitir aprovechar de mejor manera, los conflictos para buscar un mejor futuro para los y las ecuatorianas avanzando de un enfoque de justicia retributiva a un enfoque de justicia restaurativa.

Para el desarrollo de esta investigación se aborda en primer lugar, los fundamentos de la justicia restaurativa, así como, los beneficios que plantea para la víctima, la sociedad en general y para la persona que comete el delito. También, desde las limitaciones propias para su desarrollo y efectiva aplicación.

En segundo lugar, se conceptualiza a la mediación como un proceso autocompositivo de resolución de conflictos, para luego, ser identificada como un mecanismo de justicia restaurativa. En tercer lugar, se analiza el estado actual de la mediación penal en el Ecuador, para examinar si puede ser considerada como un mecanismo de justicia restaurativa.

El objetivo mediato de esta investigación es generar una nueva visión y aportar con diversas perspectivas a las dudas existentes alrededor del uso de la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Ecuador. Para esto, se utiliza un enfoque cualitativo que permita examinar a la mediación como mecanismo de justicia restaurativa en el Ecuador. El método lógico es inductivo y la técnica de recolección de información es la revisión de documentos o análisis documental de las distintas fuentes bibliográficas.

DESARROLLO

Según la cuestión que se aborde con mayor importancia al tratar los asuntos relacionados con el cometimiento de delitos, la justicia se puede clasificar en retributiva, rehabilitadora y restaurativa. La justicia retributiva pone su atención en la imposición de una pena frente al

cometimiento de un delito, por su parte, la justicia rehabilitadora se centra en el tratamiento de la persona que comete el delito; y, la justicia restaurativa anteponiendo la restauración del daño, y las relaciones a la represión, se enfoca en la o las víctimas y su reparación. Así como, en la reintegración de la persona que comete el delito y en el servicio a la comunidad en general, con el diálogo como herramienta (Díaz, 2013).

Con relación al origen de la justicia o prácticas restaurativas, estas no surgen, para occidente, a partir de un movimiento centralizado o coordinado a cargo de algún grupo o institución, sino a partir de una serie de innovaciones, experimentos y reconocimiento de prácticas ancestrales indígenas en lugares y circunstancias diversas pero que comparten algunos supuestos y principios comunes (Schweigert, 2002).

Así, las formas de justicia restaurativa, tanto ancestrales como actuales, ofrecen a las distintas comunidades mecanismos para la resolución de los conflictos en los que se involucra, en mayor o menor medida dependiendo del mecanismo, a las partes directamente relacionadas con el conflicto y a la comunidad, a través de procesos flexibles que se adaptan a las circunstancias de cada caso garantizando la participación voluntaria de las partes en todo momento y la posibilidad de comprometerse e intercambiar ideas de manera segura en un proceso de diálogo y negociación (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

Es por eso por lo que, no se trata de un proceso, método o práctica en particular sino de un enfoque que cuenta con un cúmulo de principios, que parten de ciertos presupuestos, que pueden ser tomados en cuenta para orientar las prácticas de resolución de conflictos derivados del cometimiento de delitos por parte de los distintos organismos o instituciones encargadas (Marshall, 1999).

Los principios que guían las prácticas restaurativas son:

- Dar lugar a los interesados, víctima y acusado, pero también podrían ser sus familias y comunidades, para involucrarse de forma personal e intercambiar ideas orientadas a la solución del asunto.
- Analizar los problemas derivados del cometimiento de delitos dentro de su contexto social.
- Resolución de los problemas con orientación hacia el futuro.
- Flexibilidad o creatividad para buscar y encontrar una solución según las exigencias particulares de cada caso en función de los intereses y necesidades de las partes involucradas (Marshall, 1999).
- Respetar en todo momento la dignidad y la igualdad de cada una de las partes involucradas.
- Adoptar una metodología que permita reparar los daños y satisfacer las necesidades de la víctima, así como que permita comprender las consecuencias de

su actuación y asumir una real responsabilidad a la persona que comete el delito.

- La víctima debe ser identificable y su participación en el proceso voluntaria en todo momento.
- La participación de la persona que comete el delito también debe ser voluntaria y orientada a que asuma su responsabilidad con conciencia de las consecuencias de sus actos (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

Con relación a los presupuestos, la justicia restaurativa parte de los siguientes según Marshall (1999):

- La delincuencia surge a partir de las condiciones y calidad de las relaciones sociales en determinada comunidad.
- La prevención de delitos requiere que la comunidad asuma cierto grado de responsabilidad para contrarrestar las condiciones que generan la delincuencia.
- Es necesaria la participación personal de los involucrados para afrontar de forma adecuada las consecuencias del cometimiento de un delito y sus implicaciones a futuro.
- Los mecanismos de justicia deben ser flexibles para poder responder a las particularidades y necesidades personales de las partes involucradas en cada caso.

De modo que se puede definir a la justicia restaurativa como un enfoque para la resolución de conflictos derivados del cometimiento de delitos que, de diversas formas, involucra en el proceso de solución a las partes involucradas y a la comunidad en general, junto con las instituciones o autoridades encargadas.

Esto, dado que parte del entendimiento de que el cometimiento de un delito no solo vulnera el orden jurídico, sino también, afecta a las víctimas, así como a la comunidad; de modo que, cualquier actuación que busque solucionar las consecuencias del comportamiento delictivo debe hacer partícipes a las partes involucradas y proporcionales la ayuda o el apoyo que requieran (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

En síntesis, la justicia restaurativa propone un enfoque general para abordar los delitos y sus consecuencias, involucrando de forma activa, en mayor o menor medida, a todas las partes involucradas, buscando restaurar los daños causados, así como reparar las relaciones y la armonía en la comunidad. Promoviendo de esa manera la sanación de la comunidad, la reconciliación de las partes involucradas y la prevención del cometimiento de delitos, en lugar de centrarse en simplemente castigar a la persona que cometió el delito.

Entre los principales objetivos que persigue la justicia o el enfoque restaurativos para la resolución de conflictos se encuentran:

- Atender de la mejor manera posible las necesidades de las víctimas, lo que incluye sus necesidades materiales, emocionales y sociales.
- Prevenir la reincidencia en el cometimiento de delitos por medio de la reintegración a la comunidad de la persona que cometió un delito.
- Permitir que la persona acusada de cometer un delito pueda asumir una verdadera responsabilidad por sus actos teniendo un contacto directo con la víctima y las consecuencias del delito.
- Promover la participación de la comunidad en la rehabilitación del infractor y la reparación a las víctimas, así como en la prevención del cometimiento de delitos.
- Brindar un medio para abordar las consecuencias de un delito, buscando evitar la escalada del conflicto con lo que esto implica en costos y tiempo asociado (Marshall, 1999).
- Velar por la participación voluntaria de la víctima, así como con su satisfacción con las soluciones alcanzadas.
- Resarcir las relaciones afectadas por el delito para fortalecer a la comunidad.
- Consolidar los valores de la comunidad con la denuncia del comportamiento criminal como inadmisibles.
- Identificar ciertos factores que generan comportamientos delictivos para poder abordarlos con distintas estrategias (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

En función de estos objetivos, los procesos restaurativos plantean múltiples beneficios para las distintas partes involucradas.

Como ventajas para la víctima según Navarro (2009), citado por Márquez (2012), son:

- La posibilidad de que el infractor rectifique en la medida de lo posible que sea a la 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 ser visto como persona en lugar como blanco para el ataque.
- El espacio para convertir al victimario en personalmente 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 traerá paz.

Por lo que, de manera general, la justicia restaurativa ofrece un ámbito de solución más amplio, efectivo y

satisfactorio para quien ha sido víctima de un delito que el sistema de justicia penal tradicional. Ya que a diferencia de un proceso penal tradicional brinda la oportunidad a la víctima de confrontar al autor con el real impacto de sus actos, a la vez que le permite expresar sus pensamientos y sentimientos relacionados, así como pedir y recibir una disculpa con lo importante que esto puede ser para la sanación emocional de la víctima.

Esto cambia el lugar en el que la víctima suele estar en el marco de un proceso penal tradicional, permitiendo que sea vista como una persona y ofreciendo un espacio para actuar como protagonista de una solución pacífica que traiga paz a la comunidad, que por la participación voluntaria de todas las partes será más probable que sea percibida como justa.

Con relación a los beneficios para la persona que comete el delito se puede mencionar que los procesos restaurativos le otorgan la oportunidad de rehabilitarse y reintegrarse a la comunidad, así como reparar el daño ocasionado para atenuar o evitar la pena o el castigo correspondiente (Márquez, 2012).

Dicho de otra manera, permite asumir una verdadera responsabilidad por sus actos y reflexionar sobre el impacto que han tenido al tener la oportunidad de entablar una conversación directa con la víctima, lo que podría en sí mismo ser una experiencia transformadora para quien comete el delito. Permitiendo, que la víctima reconozca sus acciones, asuma su responsabilidad al reparar los daños, se transforme y pueda reintegrarse a la comunidad, restaurando también su propia reputación.

Por último, los beneficios para la comunidad son múltiples ya que, si los procesos restaurativos cumplen con sus objetivos, la delincuencia amenorará al igual que la reincidencia en el cometimiento de delitos, y la comunidad contará con mecanismos para resolver los conflictos originados por el cometimiento de delitos de forma pacífica (Márquez, 2012). Además, se puede mencionar los beneficios relacionados con el costo beneficio de afrontar el cometimiento de un delito mediante prácticas restaurativas frente al procedimiento penal tradicional.

En definitiva, se puede concluir que la justicia restaurativa plantea múltiples beneficios para la víctima, la persona que comete el delito y para la comunidad que ha sido afectada, puesto que ***“favorece la optimización de la unidad social, facilita que la comunidad observe al victimario de una forma diferente y que este pueda ser parte de ella, concede una participación activa de la víctima el victimario y la comunidad para que puedan expresar sus sentimientos, pensamientos e ideas sobre su afectación, permite un proceso de identificación entre la víctima y el ofensor, ayuda que el victimario repare el daño causado en vez de recibir una pena, humaniza al victimario, concede a la víctima, victimario y comunidad la recuperación del control perdido por el daño sufrido, aporta al proceso***

de construcción de paz comunitaria, facilita la resignificación de la situación de daño a las tres partes involucradas y previene y disminuye la posibilidad que el daño vuelva a cometerse” (Méndez, 2017, p. 106)

Al abordar el asunto de las limitaciones propias de los procesos restaurativos sin duda, surge en primer lugar, el asunto de la cooperación libre y voluntaria como requisito indispensable que dotará de legitimidad a las prácticas restaurativas, a tal punto que, si una o ambas partes no están dispuestas a participar no queda más alternativa que permitir que la justicia penal tradicional continúe su curso.

Razón por la cual, las prácticas restaurativas no podrían reemplazar nunca en su totalidad al procedimiento penal tradicional, ya que en muchos casos serán inaplicables por falta de cooperación de las partes o por no alcanzar acuerdos de mutuo beneficio acordes a los intereses de las partes.

Una segunda limitación sería la misma que tiene cualquier práctica que busque desarrollar el sentido de comunidad en la sociedad, es decir, la predisposición de las personas a colaborar y la disponibilidad de recursos económicos para satisfacer fines sociales (Marshall, 1999). Cuestión de suma importancia si se considera que la sociedad occidental promueve a toda costa la individualidad personal y la competencia por beneficios individuales, a la vez que desalienta la cooperación.

Una tercera limitación tiene relación con la desigualdad existente al interior, así como, entre las distintas comunidades que existen en determinada sociedad (Marshall, 1999). Lo que facilita y promueve el individualismo, así como la creación de grupos de nosotros y los otros, diferenciados por distintas categorías o parámetros de clasificación como la posición económica o la pertenencia a determinado grupo étnico. Lo que trae como consecuencia que no exista mayor apoyo o deseo de colaborar con una persona o grupos de personas que son percibidas como diferentes, lo que lleva también a que la participación voluntaria sea menos probable cuando el delito ocurre entre personas que pertenecen a sectores muy distintos de determinada sociedad.

Una cuarta limitación de la justicia restaurativa se relaciona con la percepción que muchas personas tienen de estas prácticas, asumiendo que deberían ser aplicables únicamente para delitos menores, pues se considera que es una forma para evadir la responsabilidad por parte de la persona que comete el delito; sin embargo, en la práctica se ha demostrado que puede ser muy beneficioso abordar delitos graves con un enfoque restaurativo, sobre todo con relación a los beneficios que plantea para la víctima y también con relación a la prevención general de delitos. En este caso el proceso restaurativo podría ser desarrollado como parte del proceso penal tradicional antes que reemplazarlo (Marshall, 1999).

Como se infiere y evidencia, la eficacia de la justicia restaurativa, así como de la justicia retributiva, depende en gran medida de la existencia real de una común-unidad y esta cuestión no depende únicamente de adoptar tal o cual práctica relacionada con la justicia penal, sino que requiere de políticas públicas que impulsen entre otras cuestiones la salud, educación, vivienda, espacios de convivencia para la comunidad y oportunidades de trabajo, entre otros.

La Ley de Arbitraje y Mediación en adelante LAM (Ecuador. Asamblea Nacional, 2006) define a la mediación como *“un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”*.

En la doctrina existen varias definiciones con énfasis en distintas características de la mediación. De modo que, según una de estas definiciones la mediación es un proceso de resolución de conflictos caracterizado por la voluntariedad, en el cual un tercero neutral llamado mediador, apoya a las partes para resolver su controversia en la búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas (Rozenblum, 2008).

Otra definición, reconociendo a la comunicación como un importante elemento de la resolución de conflictos describe a la mediación como un proceso enfocado en brindar recursos comunicativos a las partes con la finalidad de que puedan encontrar soluciones a su conflicto (De Armas Hernández, 2003). Asunto de suma importancia debido a que una comunicación de calidad es indispensable para poder entender el conflicto, así como también para explorar opciones de solución mutuamente beneficiosas, considerando que la mala comunicación puede ser por sí misma la causa del conflicto.

En definitiva, la mediación puede ser definida, de manera general, como un proceso voluntario, informal y flexible en el cual un tercero neutral, que carece de poder para imponer una decisión a las partes, les apoya en el proceso de diálogo y negociación con el objetivo de alcanzar acuerdos mutuamente aceptables (Baruch & Folger, 2005). Con esta definición se destaca algunas de las características fundamentales de la mediación como son la informalidad, la flexibilidad y la voluntariedad de las partes para participar o no en el proceso, así como el objetivo de alcanzar una solución voluntaria del conflicto, que puede o no ser plasmada en un acuerdo o acuerdos.

Es importante enfatizar en que la figura del mediador es muy distinta a la de un árbitro o un juez ya que no impone resultados o soluciones a las partes en conflicto, sino que la solución, de ser el caso, es creada por las partes; y, también es igual de importante evidenciar que las partes pueden decidir en todo momento si alcanzar un acuerdo

o no, así como si continuar participando en el proceso de mediación.

Las propuestas de mediación entre la víctima y la persona que cometió el delito fueron de las primeras iniciativas de justicia restaurativa que se implementaron en occidente y se han articulado de diversas maneras. Así los programas de mediación con enfoque restaurativo podrían ser dirigidos tanto por instituciones estatales como por organizaciones sin fines de lucro y han venido generalmente limitados a abordar delitos considerados como menos graves (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

En ese sentido, la mediación empleada con enfoque restaurativo en el contexto del cometimiento de un delito permite que, frente al cometimiento de un delito la víctima y la persona que lo cometió se reúnan en un contexto libre de violencia, con el apoyo de un tercero imparcial, abordando las necesidades de la víctima y buscando que la persona que cometió el delito se responsabilice por el daño ocasionado buscando la manera de restaurarlo (Miranda Sánchez et al., 2022). Brindando de esa manera, la oportunidad de resolver los conflictos originados por el cometimiento de un delito de forma pacífica, constructiva y no coercitiva.

Esta reparación que se busca de la persona que comete el delito no se limita a una compensación económica, sino que puede incluir una disculpa, así como una explicación de las razones existentes detrás de sus actos, al tiempo que se brinda la oportunidad a la víctima para expresar sus sentimientos, cómo ha sido afectada por el delito, extender su perdón y cómo consideraría adecuada la reparación tanto a ella como a la comunidad (Schweigert, 2002).

En otras palabras, los acuerdos que se alcancen podrían ser compensaciones económicas, alguna forma de trabajo o apoyo para la víctima, trabajo comunitario en el área seleccionada por la víctima, normas de convivencia entre las partes, compromisos particulares como asistir a terapia psicológica por un tiempo determinado, entre otras posibilidades, sea de forma conjunta o aislada (Marshall, 1999).

Con relación al proceso de mediación en sí mismo, puede darse la oportunidad para que la víctima y la persona que cometió el delito se reúnan frente a frente para expresar de forma directa sus sentimientos y desarrollar una comprensión diferente de la situación, que con la ayuda de un facilitador entrenado permita que puedan crear acuerdos mutuamente aceptables. Para esto el mediador suele reunirse con cada una de las partes con anterioridad a fin de apoyar en su preparación para la audiencia buscando sobre todo garantizar la no revictimización de la víctima por el encuentro directo con la persona que cometió el delito, así como la responsabilización de la otra parte y su participación voluntaria en todo momento (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

Cabe mencionar también que, en caso de que una reunión personal no fuera posible o deseada por la víctima, el proceso de mediación puede darse de forma indirecta con reuniones individuales y sucesivas entre el facilitador y cada una de las partes (Organización de las Naciones Unidas, 2006).

A esta forma de aproximación suele denominarse mediación indirecta y también permite llevar a cabo una negociación flexible entre las partes en la búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas, sin embargo, los acuerdos suelen limitarse a la reparación del daño causado y la trasmisión de una disculpa; ya que, en comparación con una reunión directa la mediación indirecta es menos personal y de esa forma satisface en menor medida las necesidades emocionales de las víctimas, no da lugar a una real comprensión entre la víctima y la persona que cometió el delito y puede ser también menos influyente para la persona que cometió el delito. A pesar de lo mencionado, la mediación indirecta puede ser preferible para la víctima frente a no participar en absoluto (Marshall, 1999).

Es importante tomar en cuenta que la persona que facilite los procesos en calidad de mediador o mediadora debe ser específicamente formada para esta clase de procesos de mediación a fin de que pueda garantizar y facilitar que el entorno sea seguro, cómodo y con reglas claras desde el inicio del proceso, buscando que el intercambio de ideas entre las partes de lugar a una experiencia enriquecedora para ambas partes de aprendizaje positivo.

En el Ecuador, este tipo de mediación no ha tenido mayor apoyo y desarrollo debido a ciertas particularidades que rodean a esta figura. A continuación, se describe estas particularidades buscando aportar criterios a la discusión que rodea al uso de la mediación como mecanismo para afrontar los conflictos que surgen a partir del cometimiento de delitos.

La primera de las cuestiones que empaña el avance de la mediación penal en el Ecuador se relaciona con la falta de reconocimiento expreso de la mediación en el Código Orgánico Integral Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), existiendo incluso, publicaciones que proponen que *“la mediación puede ser introducida como método relativamente independiente del proceso judicial, pero integrado en el sistema de justicia penal ya existente”* (Cuadrado, 2015, como se citó en Alarcón, 2018), para dar cuenta que hace falta una reforma al COIP para que la mediación pueda ser utilizada en procesos penales.

Sin embargo, en el libro segundo título décimo del COIP llamado Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos se prevé entre los artículos 662 al 665 las reglas que regirán a la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Siendo preciso mencionar que en el primer numeral del artículo 665 del COIP, relativo a las reglas generales, se establece que *“la víctima y la*

persona investigada o procesada presentarán ante la o el fiscal la petición escrita de conciliación que contendrán los acuerdos” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014); por lo que a falta de mayor detalle en la norma se infiere que estos acuerdos pueden ser alcanzados entre las partes directamente y llevados de manera informal al fiscal con la petición escrita de conciliación o por medio de convenio transaccional, así como también podrían ser alcanzados con el apoyo de un mediador y plasmados en un acta de mediación para luego ser puestos en conocimiento del fiscal con la petición escrita de conciliación.

De modo que, la mediación sí puede ser utilizada como mecanismo de solución de conflictos originados por el cometimiento de delitos, sin necesidad de reformas a las normas actuales. Ya que es posible presentar los acuerdos alcanzados en mediación con la petición escrita de conciliación para acogerse a los efectos previstos en el COIP relacionados con la conciliación en materia penal; es decir, el archivo de la investigación por parte del fiscal en caso de encontrarse en investigación previa o la declaratoria de extinción del ejercicio de la acción penal por parte del juez durante la instrucción fiscal.

Con relación a cómo se encuentra regulada la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el COIP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014), se encuentran en primer lugar, las normas generales que han de regir a la conciliación como la voluntariedad de todas la partes involucradas, la proporcionalidad que debe existir en los acuerdos que se alcancen con el daño ocasionado, la presunción de inocencia del acusado más allá de su participación en la conciliación y se menciona la participación de un facilitador imparcial.

Cabe destacar que se menciona la participación de un facilitador, sin embargo, no se señala quién será el facilitador, cómo será designado y acreditado o en qué momento habrá de actuar si se considera que la petición de conciliación contendrá los acuerdos alcanzados por las partes. Cuestión de suma importancia cuando se aborde más adelante lo relativo a la resolución No.327-2014 del Consejo de la Judicatura, denominada Reglamento para la Conciliación en Asuntos Relacionados con Infracciones de Tránsito.

En segundo lugar, con relación a la conciliación, en el artículo 663 del COIP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) se encuentran los parámetros a tomar en cuenta para que un proceso originado por el cometimiento de un delito pueda ser susceptible de ser llevado a conciliación como son que sean delitos sancionados con pena máxima de cinco años de privación de libertad, que en caso de ser delitos contra la propiedad el monto del daño no exceda los treinta salarios básicos unificados; y, en el caso de delitos de tránsito que no existan muertes, ni lesiones graves que causen alguna forma de incapacidad, pérdida o inutilización permanente de algún órgano. Así también se excluye de forma expresa los delitos contra

la administración pública, contra la vida, contra la integridad sexual y en general, delitos contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Al respecto, es importante mencionar que en función de las posibilidades y beneficios que brinda la mediación como mecanismo de justicia restaurativa frente al cometimiento de delitos, esta podría ser utilizada para abordar cualquier tipo de delito, más allá de lo establecido en la norma precedente. Es decir, delitos que no cumplan con los requisitos del artículo 663 del COIP pueden ser abordados por mediación, aunque no surtirán los efectos previstos para la conciliación, aun así, por los beneficios que trae a la víctima, a la sociedad e incluso a quien comete el delito, la mediación podría ser utilizada en el marco de programas de justicia restaurativa.

En tercer lugar, se encuentran nuevamente normas relacionadas con el proceso de conciliación en las cuales se reconoce la conciliación extraprocesal y sus efectos en los siguientes términos: “Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del presente Código. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación”. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

Así también, se reconoce la conciliación intraprocesal y sus efectos de la siguiente manera: *“Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite, solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.*

Cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento.

En caso de que, en la audiencia, la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.” (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014)

Es necesario señalar que la conciliación intraprocesal en caso de procedimientos expedito (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) o para el ejercicio privado de la acción

penal se dará en la fase de audiencia; y, en el caso de procedimiento directo se puede plantear la conciliación hasta antes de instalada la audiencia de juzgamiento.

Para finalizar con las reglas que rigen a la conciliación en materia penal, el artículo 665 del COIP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) señala ciertas normas a considerar con relación a la conciliación penal como el plazo máximo de ciento ochenta días para cumplir con las obligaciones adquiridas.

Con todo lo desarrollado hasta aquí, queda claro que la mediación penal puede y debería ser utilizada, así como promovida con el marco de actuación que nos brinda actualmente el COIP. En ese sentido, los acuerdos que se alcancen en mediación deberán tomar en cuenta lo dispuesto con relación a los delitos susceptibles de ser llevados a conciliación, así como el plazo para cumplir con los acuerdos, que más adelante serán adjuntados junto con la petición de conciliación para proceder con la conciliación penal en la forma antes expuesta.

Una segunda serie de confusiones relacionadas con la mediación penal en el Ecuador surge a partir de la resolución No.327-2014 del Consejo de la Judicatura, denominada Reglamento para la Conciliación en Asuntos Relacionados con Infracciones de Tránsito.

Cuestión de suma importancia se considera que el desarrollo de la mediación penal en el país ha sido marcado por esta resolución. Ya que abogados, jueces y fiscales muchas veces consideran que la mediación de temas penales relacionados con tránsito es la única que se encuentra permitida y regulada en los términos de la resolución No.327-2014 del Consejo de la Judicatura. Lo que ocasiona una restringida utilización de la mediación en temas penales y el problemático rol asumido por jueces y fiscales.

A continuación, la tabla 1 da cuenta de lo mencionado:

Tabla 1. Tabla Estadística de materias por año.

Materias/ Años	2018	2019	2020	2021	2022 (1er Semestre)
Penal	49	49	20	23	13
Tránsito	2808	4663	3429	9048	4856

Continuando con el análisis de la resolución No.327-2014, la primera de las cuestiones a resaltar es que con esta resolución se dejó de lado el resto de los delitos que cumplen con los requisitos del artículo 663 del COIP, señalando un procedimiento específico para la conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito. Procedimiento que deberá ser observado por las partes involucradas, jueces y fiscales si desean terminar un proceso o investigación por medio de conciliación.

La segunda de las cuestiones es la confusión entre la mediación y la conciliación en los términos señalados por el

COIP, como se observa en los siguientes apartados del artículo 5 de dicha resolución.

“El pedido de conciliación que se realizare en la fase de investigación será presentado ante la o el respectivo fiscal quien dispondrá la intervención de una facilitadora o facilitador habilitado, el mismo que participará en el proceso conciliatorio y en la determinación de los acuerdos, luego de lo cual se realizará el acta conforme lo señalado en el numeral 2 del artículo 665 del Código Orgánico Integral Penal e incluirá la firma de las partes, de la o el fiscal y de la o el facilitador. No obstante lo anotado, la o el fiscal remitirá el expediente a la jueza o juez competente para los fines determinados en el inciso segundo del artículo 7 de este reglamento. De igual forma, si el pedido de conciliación se realizare en la etapa de instrucción, la o el fiscal dispondrá la intervención de una facilitadora o facilitador habilitado, el mismo que participará en el proceso conciliatorio y en la determinación de los acuerdos, suscribiéndose para dicho efecto el acta respectiva, luego de lo cual sin más trámite, solicitará a la o el juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación” (Ecuador. Consejo de la Judicatura, 2014)

Apartados, que contravienen expresamente, lo establecido y antes reseñado con relación a la conciliación penal según las normas del COIP. Puesto que confunde los procesos de mediación que se llevan a cabo en los Centros de Mediación habilitados, a solicitud de las partes o por derivación fiscal, con el proceso de conciliación previsto en el COIP.

En tal sentido, se ignora que según lo dispuesto en el COIP la solicitud de conciliación se presenta al fiscal con los acuerdos ya alcanzados previamente. Del mismo modo, se mezcla la audiencia de mediación con la diligencia de conciliación que debe realizar el fiscal o juez; y, también se confunde el acta de mediación con el acta de conciliación que realiza el fiscal o la resolución de conciliación realizada por el juez, según lo dispuesto en artículo 665 del COIP. Asuntos que traen además de los mencionados, múltiples problemas prácticos y legales relacionados con la participación de fiscales en las audiencias de mediación.

Los problemas legales surgen en primer lugar, por la contradicción que existe entre lo expresamente establecido en el COIP con lo establecido en la resolución materia de análisis. Ya que en la práctica diaria jueces y fiscales acatan e imponen la resolución como si fuera norma superior al COIP. Además, en caso de incumplimiento de los acuerdos alcanzados, trae problemas relacionados con el rol del fiscal como titular de la acción penal pública, la confidencialidad de todo lo actuado en los procesos de mediación, las garantías del debido proceso y la presunción de inocencia.

Por otra parte, los problemas prácticos surgen debido a la ausencia de los fiscales en las audiencias, lo que implica una inversión de tiempo y dinero de las partes, así como del Centro para cumplir, con lo que se ha convertido en una mera formalidad, de recoger su firma. Formalidad que muchas veces toma más tiempo que el invertido en la o las audiencias de mediación, debido a la carga laboral de los fiscales.

En ese mismo contexto, esta confusión entre mediación y conciliación trae también otros problemas. Pues confunde también la figura del mediador con la del facilitador, mencionada en el quinto numeral del artículo 662 del COIP, e incluso crea una nueva figura en el Ecuador cuando el artículo 5 de la resolución menciona a un *“facilitador habilitado”*. (Ecuador. Consejo de la Judicatura, 2014)

A pesar de que el COIP lo único que señala es que *“los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto”*. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) Funciones que corresponde con las labores de un mediador, pero también podrían ser desempeñadas por otras personas no necesariamente habilitadas como mediadoras. Lo que también es de suma importancia si se toma en cuenta que el COIP distingue dos momentos diferentes, uno en el que las partes alcanzan los acuerdos que serán adjuntados con el pedido de conciliación y otro durante la diligencia de conciliación.

En contraste con lo analizado, es preciso mencionar que, el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Lasso, 2021) señala que *“los instructivos que llegase a dictar el Consejo de la Judicatura podrán sugerir únicamente la implementación de mejores prácticas a los centros de arbitraje y mediación, pero en ningún caso serán obligatorios ni podrán afectar la autonomía de los centros”*. En consecuencia, la resolución No.327-2014 no sería obligatoria y actualmente la mediación penal debería registrarse únicamente por las normas relativas a la conciliación previstas en el COIP. Aunque en la práctica jueces y fiscales ignoren este asunto e impongan dicha resolución.

En el estado actual de la mediación penal en el Ecuador no se puede considerar un mecanismo de justicia restaurativa. Aunque la mediación sí puede y debería ser utilizada en el Ecuador de esa manera. Tanto para abordar aquellos delitos susceptibles de ser llevados a conciliación penal según las normas del COIP, como para abordar aquellos delitos que no, considerando los beneficios que la mediación empleada como mecanismo de justicia restaurativa podría traer a la víctima, a la sociedad ecuatoriana e incluso a quien comete el delito.

CONCLUSIONES

La justicia restaurativa puede ser definida de manera amplia como un enfoque para la resolución de conflictos

originados por el cometimiento de delitos que surge a partir del entendimiento de que el fenómeno delictivo se origina por las condiciones y calidad de las relaciones sociales en determinada comunidad. De modo que, la prevención y eventual solución requieren que la comunidad asuma un rol activo para contrarrestar estas condiciones, en especial la de las partes directamente involucradas.

En tal sentido, las distintas prácticas y mecanismos restaurativos involucran en la solución de los conflictos, en mayor o menor medida dependiendo del mecanismo, a las partes involucradas y a la comunidad en general, junto con las instituciones o autoridades encargadas. A fin de que por medio de los distintos mecanismos se pueda alcanzar en primer lugar, la restauración del daño ocasionado a la víctima considerando sus necesidades materiales, emocionales y sociales. Así como también, la consolidación de los valores comunitarios, la restauración del tejido social y la responsabilización por sus acciones a la persona que cometió el delito, buscando también su reintegración y restaurar su propia reputación.

A pesar de los múltiples beneficios que plantea la justicia restaurativa, también existe una gran limitación con relación a la cooperación libre y voluntaria de las partes involucradas como requisito indispensable que dota de legitimidad a las prácticas restaurativas. A tal punto que, si una o ambas partes no están dispuestas a participar, por cualquier motivo, no queda más alternativa que permitir que la justicia penal tradicional continúe su curso.

La mediación, por sus características y naturaleza, puede ser empleada como un mecanismo de justicia restaurativa. Ya que permite que la víctima y la persona que cometió el delito se reúnan, sea de forma directa o indirecta, en un ambiente seguro, libre de violencia, con el apoyo de un tercero imparcial para resolver su conflicto. En tal sentido, en el proceso se abordan las necesidades materiales, así como emocionales de la víctima, al tiempo que se busca que la persona que cometió el delito se responsabilice por el daño ocasionado para reintegrarse a la comunidad.

La mediación como mecanismo de justicia restaurativa no da mayor participación a la comunidad en la resolución del conflicto, cuyo interés de forma general es evitar el cometimiento de delitos y reparar los daños ocasionados al tejido social. A menos que el mediador sea un miembro reconocido por la comunidad, en cuyo caso por el rol mismo del mediador se verá limitado en sus actuaciones. O de otra manera sería que la víctima asuma este rol y se preocupe por la reintegración de la persona que cometió el delito, así como de la restauración del daño ocasionado a la comunidad.

La mediación penal en el Ecuador no ha recibido mayor apoyo y desarrollo debido a ciertas confusiones que rodean al proceso mediante el cual podría ser utilizada. Así como debido a la confusión entre mediación y

conciliación penal que realiza la resolución No.327-2014 del Consejo de la Judicatura en contradicción a lo establecido en el COIP con relación a la conciliación y a lo establecido en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (Lasso, 2021) con relación al alcance de los instructivos emitidos por el Consejo de la Judicatura sobre temas de mediación.

A pesar de esto, la mediación sí puede y debería ser utilizada en el Ecuador como mecanismo de justicia restaurativa incluso para abordar las consecuencias de delitos no susceptibles de ser llevados a conciliación penal, por los beneficios que trae para la víctima, para la sociedad e incluso para quien comete el delito

El desarrollo actual de la mediación penal en el Ecuador no permite de ninguna manera que este mecanismo pueda ser considerado como uno de justicia restaurativa. Puesto que como se pudo evidenciar a partir de las estadísticas, abogados, jueces y fiscales desarrollan sus actividades con un enfoque retributivo antes que restaurativo. Utilizando poco o nada a la mediación para abordar los conflictos sometidos a su conocimiento; y, en los casos que se utiliza cada vez más a la mediación, como en asuntos de tránsito, los acuerdos se limitan a buscar una reparación material de los daños ocasionados. Ignorando de esa manera la satisfacción de las necesidades emocionales de las partes, así la posibilidad de reintegración para la persona que comete el delito y de la restauración a la comunidad en general.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón, V. (2018). Mediación en el COIP y la aplicación del principio de oportunidad y mínima intervención. *Espíritu Emprendedor TES*, 2(2), 35-46.
- Baruch, R., & Folger, J. (2005). *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*. Jossey-Bass.
- De Armas Hernández, M. (2003). La mediación en la resolución de conflictos. *Educación*, 32, 125-136.
- Díaz, I. (2013). *La Mediación en el Sistema de Justicia Penal: Justicia Restaurativa en México y España*. Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Ecuador. Asamblea Nacional de Ecuador. (2006). Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180. https://siteal.iiiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_0217.pdf