

IMPLEMENTACIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA MEDIANTE MEDIACIÓN PENAL EN DELITOS MENORES ¹

IMPLEMENTATION OF RESTORATIVE JUSTICE THROUGH VICTIM-OFFENDER MEDIATION IN MINOR CRIMES

Gina Doménica Ramírez Freire²
@gina.dome@hotmail.com

RESUMEN

La justicia restaurativa es una metodología que ha sido adoptada en varias legislaciones con mucho éxito al darle protagonismo a las víctimas, satisfacer sus necesidades, ayudar a la asunción de responsabilidad del ofensor, prevención de reincidencia y más. En Ecuador existen algunos elementos que abren paso a prácticas restaurativas como la conciliación en delitos menores cometidos por adultos. Sin embargo, este método alternativo de solución de conflictos parece no ser muy aplicado en nuestro sistema con un enfoque restaurativo. Varios organismos internacionales han recomendado la implementación de la justicia restaurativa mediante uno de sus programas más utilizados que es la mediación penal.

PALABRAS CLAVE

Justicia restaurativa, mediación penal, conciliación, víctima.

ABSTRACT

Restorative justice is a methodology that has been adopted in several laws with great success by giving prominence to victims, satisfying their needs, helping the offender to take responsibility, preventing recidivism and more. In Ecuador there are some elements that make way for restorative practices such as conciliation in minor crimes committed by adults. However, this alternative method of conflict resolution seems not to be very applied in our system with a restorative approach. Several international organizations have recommended the implementation of restorative justice with one of their most widely used programs, which is victim-offender mediation..

KEYWORDS

Restorative Justice Victim Offender Mediation, conciliation, victim. .

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- 1. JUSTICIA RESTAURATIVA.- 1.1 JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ECUADOR.- 1.1.1 PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN.- 1.2. CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN.-1.3. RECOMENDACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES.- 3. MEDIACIÓN PENAL ENFOCADA EN LA JUSTICIA RESTAURATIVA.- 3.1. DESARROLLO DE LA MEDIACIÓN PENAL.-3.2. MATERIA TRANSIGIBLE.- 3.3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA MEDIACIÓN.- 3.4. CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN PENAL.- 3.5.EFECTOS DEL ACUERDO.- 4. DERECHO COMPARADO.-4.1. ESTADOS UNIDOS.-4.2. ESPAÑA-5. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN PENAL .- CONCLUSIONES..

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

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

INTRODUCCIÓN

El sistema penal ecuatoriano se encuentra atravesando una crisis en cuanto al hacinamiento en las cárceles del país, pero lo más preocupante es que un considerable porcentaje corresponde a delitos menores, lo cual demuestra la falta de aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos. Esto no ha permitido una verdadera rehabilitación y reinserción de las personas que han cometido actos delictivos.

En el Ecuador se reconocen principios generales como el de oportunidad y mínima intervención, además de estar establecidos métodos alternativos de solución de conflictos como la conciliación judicial en los casos establecidos en el artículo 663 del COIP y mediación en materia de adolescentes infractores. Sin embargo, en el caso de delitos menores cometidos por adultos no tienen un verdadero enfoque de justicia restaurativa. Aparte de tener algunos limitantes como la falta de capacitación de los funcionarios, las dos únicas fases en las que procede y la imparcialidad del conciliador fiscal al ser una parte procesal.

En este sentido, la implementación de un verdadero enfoque del paradigma de justicia restaurativa resulta ser una alternativa al problema, ya que este modelo tiene como objetivo la resolución de conflictos a través de la asunción de responsabilidades y reparación del daño, dando protagonismo tanto a la víctima como al victimario. Este modelo ha probado ser exitoso al reducir la reincidencia, ayudar a los delincuentes a entender verdaderamente las consecuencias de sus actos y a asumir la responsabilidad.

Varios organismos internacionales han recomendado a los Estados la aplicación de métodos alternativos de solución de conflictos sobre la base de la justicia restaurativa, como la mediación penal entre víctima y victimario. Este mecanismo ha sido desarrollado a lo largo de los años en diferentes legislaciones debido a la efectividad y ventajas del proceso. La mediación penal encaminada a la justicia restaurativa, no solo busca desincentivar la comisión de delitos, sino también favorecer la asunción de responsabilidad del ofensor y la víctima poder satisfacer sus necesidades.

Es por ello, que en el presente artículo se tratará de profundizar en la mediación con un enfoque en la justicia restaurativa, sus características, objetivos, sujetos que

intervienen, materia transigible, críticas y ventajas de la implementación de este mecanismo en delitos menores cometidos por adultos.

1. Justicia restaurativa

Uno de los padres de la justicia restaurativa, Zehr, en 1990 identificó a este sistema como un nuevo paradigma en el enfoque del crimen que difiere del tradicional, es decir, el retributivo. Manifiesta que el paradigma retributivo entiende al crimen como una violación contra el Estado, mientras que el paradigma restaurativo entiende al crimen como una violación de la gente y sus relaciones.³ El autor consideraba que reparar significa abordar no solo el daño emocional causado por el delito, sino también el daño causado a las relaciones sociales. El crimen también crea obligaciones, por lo que es necesario identificar y abordar los daños, necesidades y obligaciones, a fin de sanar y corregir las cosas lo más posible.⁴

Es menester tener en cuenta que el modelo de justicia restaurativa tiene algunas diferencias con el modelo de justicia retributiva como lo es en cuanto al delito, la responsabilidad, los protagonistas, el sistema, el control del procedimiento y la finalidad.⁵

DIFERENCIAS	JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
Delito	Infracción de la norma penal.	Conflicto social en el que se cruzan intereses diversos dentro de un proceso dinámico dentro de un sistema global.
Responsabilidad	Tratada como un juicio individual del comportamiento.	Tratada como una parte de un conjunto de circunstancias del medio social en el que los roles y niveles de intervención son esenciales.
Protagonistas	Agresor y poder punitivo estatal.	Agresor (victimario) y la víctima.

³ Ver, Daniela Bolívar, *Restoring Harm: A Psychosocial Approach to Victims and Restorative Justice*. (Routledge), 15.

⁴ Ver, Howard Zehr. (2004). *Commentary: Restorative Justice: Beyond victim-offender mediation*, 22 Conflict Resolution Quarterly 22, no. 1 (2004), 307.

⁵ Vicenta Cervelló, "Los principios penales como criterio regulador de la selección de delitos mediables. Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido." Universidad de Valencia, *Criminología y Justicia*, 37.

Sistema	Sistema adversarial tradicional.	Sistema de diálogo conducido por un mediador que debe promover la comunicación entre las partes.
Control del procedimiento	Reside en el poder judicial.	No solo reside en el poder judicial, sino también en toda la comunidad en general.
Finalidad	Persecución y castigo de los delitos.	Resolución de conflictos a través de la asunción de responsabilidades y la reparación del daño.

FUENTE: Vicenta Cervelló, "Los principios penales como criterio regulador de la selección de delitos mediables. Una mirada hacia la Justicia Restaurativa: Recuperando el derecho perdido". Universidad de Valencia, Criminología y Justicia, 37.

Ambos modelos presentan notables diferencias, no obstante, también coinciden en algunos aspectos, debido a que los procesos de justicia restaurativa sostienen que el delito no solo incumbe a la víctima, sino también a la sociedad; la persecución del delito no depende de la voluntad de la víctima, pues tienen un carácter público; y los convenios no solo dependen de la víctima, sino que se requiere de la presencia de un tercero imparcial que haga respetar los principios generales.⁶ Por ello, esta metodología sirve de instrumento para llegar a un acercamiento entre las partes, facilitando el diálogo a fin de conocer sus necesidades para llegar un acuerdo, sin dejar de lado los principios y garantías del Derecho Penal.

Actualmente la justicia restaurativa es una metodología que no solo ha sido implementada por varios países alrededor del mundo, sino que también ha sido reconocida a nivel internacional por organizaciones como las Naciones Unidas, Consejo de Europa y el Consejo Económico Social que destacan su potencial para resolver problemas de una manera más positiva.

La justicia restaurativa es una metodología para solucionar conflictos que de diferentes maneras involucra a la víctima, al victimario, las instituciones judiciales y la sociedad. Existen varios programas dentro de la justicia restaurativa, los cuales se basan en el principio fundamental de que el comportamiento delictivo no solamente consiste en una violación a la ley, sino también hiere a las víctimas y a la sociedad.⁷

Esta metodología sirve para resolver el problema de la delincuencia mediante un enfoque en la reparación del daño a las víctimas, haciendo que los infractores

⁶ Ver, Id,37.

⁷ Ver, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. (2006), 6.

asuman la responsabilidad de sus acciones delictivas. Cabe destacar que la participación de las partes es esencial y beneficia a la construcción de relaciones, así como el desarrollo de acuerdos en torno a un resultado deseado por la víctima y el victimario.⁸

En este sentido, se ha identificado que los principales objetivos de la justicia restaurativa son los siguientes:⁹

- a) Restaurar el orden y la paz de la comunidad y reparar las relaciones dañadas
- b) Denunciar el comportamiento delictivo como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad
- c) Dar apoyo a las víctimas, darles voz, permitir su participación y atender sus necesidades
- d) Motivar a todas las partes relacionadas para responsabilizarse, especialmente a los ofensores
- e) Identificar resultados restaurativos futuros
- f) Prevenir la reincidencia motivando el cambio en los ofensores y facilitando su reintegración a la comunidad.

Para el cumplimiento de estos objetivos la justicia restaurativa tiene algunos programas como la mediación entre víctima y delincuente, comunidad y conferencias de grupos familiares, sentencias en círculos, círculos promotores de paz, y libertad condicional reparativa y juntas y paneles comunitarios.¹⁰

1.1. Justicia Restaurativa en el Ecuador

La vigente Constitución de la República del Ecuador establece normas que abren la posibilidad de implementar prácticas restaurativas principalmente al garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, reconocer los medios alternativos de solución de conflictos, que organizaciones colectivas puedan desarrollar formas alternativas de solución de conflictos y rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente.¹¹

Adicionalmente, el Código Orgánico integral Penal incorpora algunos elementos de la justicia restaurativa como los principios rectores de la ejecución de las penas y las medidas cautelares personales como la separación, tratamiento y

⁸ Ver, Id., 6.

⁹ Id., 10.

¹⁰ Ver, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. (2006) (explicando los programas de justicia restaurativa y sus experiencias).

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

participación y voluntariedad¹². Además de reconocer los mecanismos de reparación integral como la restitución, rehabilitación, indemnización de daños materiales e inmateriales, medidas de satisfacción o simbólicas y garantías de no repetición.¹³ Asimismo contempla el principio de oportunidad y mínima intervención, los cuales serán tratados más adelante.

La normativa ecuatoriana también ha agregado procedimientos alternativos de solución de conflictos en el ámbito penal, aplicables únicamente en delitos en los que la ley ha permitido transigir. En el año 2014 con la publicación del Código Orgánico Integral Penal se establecen expresamente en los siguientes casos en los que procede la conciliación en materia penal, como son:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte.
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.¹⁴

Cabe mencionar que el Reglamento No. 327-2014¹⁵ expedido por el Consejo de la Judicatura establece el procedimiento y reglas para llevar a cabo la conciliación en asuntos relacionados con infracciones de tránsito, en los que no haya resultado de muerte. En este cuerpo legal se establece que podrán intervenir como facilitadores los mediadores habilitados en los centros de mediación registrados en el Consejo de la Judicatura. Esto puede servir como precedente para que se incorpore la mediación penal en los otros delitos antes mencionados del artículo 663 del COIP.

Aparte de los supuestos antes señalados, los casos que también son susceptibles de llegar a un acuerdo entre las partes son los delitos cometidos por adolescentes. Se consagra la figura de mediación penal con la publicación del Código Orgánico Integral Penal, el cual modificó el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia¹⁶, contemplando este mecanismo alternativo de solución de conflictos

¹² Artículo 7, Código Orgánico Integral Penal. R.O. Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 26 de 04 de diciembre de 2019.

¹³ Artículo 78, COIP.

¹⁴ Artículo 663, COIP.

¹⁵ Ver, Caso No. 9-15-CN/19, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de abril de 2019, párr. 39.

En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 7 del Reglamento No. 327-2014 referente a la pérdida de puntos en la licencia de conducir aun cuando se ha llegado a un acuerdo conciliatorio. La Corte Constitucional manifiesta que aplicar una sanción al infractor sin que se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia y sin contar con las pruebas suficientes por parte de la Fiscalía, implica una trasgresión al derecho de presunción de inocencia.

¹⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, R.O. 737, 03 de enero de 2003, reformada por última vez R.O. Suplemento 1, de 29 de julio de 2019. "Art. 348-a.- Mediación penal. La mediación permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso, para que confronten sus

en delitos cometidos por adolescentes infractores, siempre que el delito sea sancionado con penas privativas de libertad de hasta diez años.¹⁷

En materia penal de adolescentes, la Corte Constitucional en sentencia trató el tema de la justicia restaurativa, sosteniendo que mediante este sistema la víctima puede ejercer sus derechos a la verdad, justicia y reparación. De esta forma el adolescente infractor puede comprender el hecho, sus consecuencias y reparar lo que fuera posible. Además, manifiesta que la justicia restaurativa sirve para “asumir la responsabilidad de forma consciente; por otro, permite el encuentro con la víctima y viabiliza la reparación de los daños provocados por el cometimiento de un ilícito.”¹⁸

La justicia especializada en adolescentes infractores no es igual a la justicia penal de adultos, ya que como lo manifiesta la Corte Constitucional, se distinguen en la formación del juzgador, la consideración del procesado, el procedimiento encaminado a la desjudicialización y los fines del proceso. También se diferencia de la justicia especializada de niñez y adolescencia, ya que esta atiende casos en que los niños y adolescentes son víctimas de violación a sus derechos, mientras que en la otra, los adolescentes son los que violan derechos al cometer actos ilícitos.¹⁹

Es evidente que la justicia especializada en adolescentes infractores es diferente a la penal de adultos como bien lo menciona la Corte Constitucional. Sin embargo, es importante mencionar que el paradigma de la justicia restaurativa no es un mecanismo aplicable únicamente en materia de adolescentes infractores. También es una metodología beneficiosa en materia penal de adultos como lo manifiestan varios doctrinarios y experiencias exitosas en varios países.

El penalista ecuatoriano José Luis Vargas Tello manifiesta que la sociedad debería tener un cambio de ideología encaminada a la justicia restaurativa, logrando el resarcimiento por los derechos vulnerados, dejando de lado el sentimiento de venganza por el daño causado y así, las partes puedan restablecer el contacto que fue perturbado por el delito. De igual forma, Ramiro Ávila Santamaría comparte este

puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen. Podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; y, prestación de servicios a la comunidad. (...)”

¹⁷ Esto se especificó en Resoluciones del Consejo de la Judicatura No. 041-2014 y No. 138-2014. Se expiden las reglas y procedimiento a aplicarse en asuntos relacionados con el adolescente infractor.

¹⁸ Caso No. 9-17-CN, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de Julio de 2019, párr. 53.

¹⁹ Caso No. 9-17-CN, párr. 44.

criterio sobre la necesidad de cambio a una Justicia restaurativa, puesto que considera que en este paradigma se resuelven conflictos sociales.²⁰

El artículo 662 del COIP señala que los facilitadores, deberán desempeñar sus funciones basándose en los principios de voluntariedad, imparcialidad y respeto entre las partes. No obstante, resulta contradictorio ya que el mismo cuerpo legal le otorga la facultad al fiscal de conciliar durante la etapa de investigación e instrucción, sin tomar en cuenta que el fiscal es parte procesal.²¹ Por tanto, no contaría con los principios de imparcialidad y neutralidad como lo establece la norma.

Por otro lado, el catedrático ecuatoriano Alberto Wray sostiene que “es imposible pedirle al juez que a más de ser juez, que ojalá lo fuera con todos los atributos que el ejercicio de su función conlleva, además tenga los atributos y la técnica propia de mediador.”²² En el proceso de conciliación el juez se encuentra impedido de que las partes puedan llegar a un acuerdo, ya que es incompatible por su papel en el juicio. Para esto, es necesario que sea llevado a cabo por un tercero ajeno al conflicto, es decir, un mediador.²³

1.1.1. Principio de oportunidad y mínima intervención

En el Ecuador, los principios de oportunidad y mínima intervención se encuentran reconocidos en la Constitución de la República, la cual establece la facultad que tiene la Fiscalía para investigar y ejercer la acción pública, sujetándose en los principios de oportunidad y mínima intervención.²⁴ Asimismo, se encuentran contemplados en el título II, capítulo primero del Código Orgánico Integral Penal como principios generales.

El principio de oportunidad surge como una forma de flexibilizar el principio de legalidad, aplicando otras medidas al juicio penal tradicional en el caso de algunos delitos que no llegan a vulnerar el orden jurídico y social. Consiste en no propiciar la acción penal cuando se verifiquen ciertas circunstancias como que el delito cometido sea de poca gravedad o en casos en que opere el resarcimiento a la víctima de los

²⁰ Ver, José Luis Vargas Tello, “La Legitimación, Aplicación y Ejecución de la Pena en el Sistema Penal Ecuatoriano”, Revista Iuris Vol. 1 Núm. 15 (2016), 69.

²¹ Artículo 439, COIP.

²² Alberto Wray, Medios alternativos al proceso en la solución de conflictos, en *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*, Quito: Corporación Editora Nacional, (1994), 117.

²³ Ver, Id., 24.

²⁴ Artículo 195, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

daños causados.²⁵ Este principio adquiere primacía cuando se traslada el conflicto a los protagonistas mediante la mediación penal, encaminada fundamentalmente a la aplicación de la justicia restaurativa, logrando la satisfacción de la víctima, victimario y la sociedad.²⁶

De igual manera, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 3 establece que el principio de mínima intervención consiste en que la intervención penal esta legitimada cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. “Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”²⁷ Es decir, que el derecho penal debe accionarse únicamente en los casos considerados como graves, debe ser utilizado como último recurso a falta de otros menos lesivos.

A pesar de que estos principios estén consagrados en el ordenamiento jurídico, en el Ecuador se ha evidenciado un incremento de la población penitenciaria. Según datos de la Dirección de Rehabilitación Social indican que desde el 2009 hasta el 2019, la población penitenciaria se ha triplicado. Ernesto Pazmiño, anterior director del Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y Adolescentes Infractores, ha cuestionado que los delitos menores sean castigados con penas mayores.²⁸ También ha manifestado que en el Ecuador el 35% de las personas privadas de la libertad están por delitos menores y esa es una de las causas del hacinamiento en las cárceles, lo cual impide que exista una verdadera rehabilitación social.²⁹

1.2. Conciliación y Mediación en el ámbito penal

La conciliación y mediación son métodos alternativos de resolución de conflictos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional. Ambos mecanismos se caracterizan por regirse a los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad, entre otros.

²⁵ Elias Neuman, *Conciliación y Mediación Penal*. (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997), 96.

²⁶ Ver, Elias Neuman, *Mediación Penal*. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005), 104.

²⁷ Artículo 3, COIP.

²⁸ Ana Belén Rosero. “En 10 años el número de presos se triplicó; existen tres razones”, *El Comercio*, 26 de mayo de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/numero-presos-carceles-ecuador-sobrepoblacion.html> (Recuperado el 25 de marzo de 2020).

²⁹ Redacción Justicia, “Solo para delitos menores se aplicará grillete”, *El Telégrafo*, 06 de marzo de 2019, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/12/delitos-menores-grillete-ecuador> (Recuperado el 20 de marzo de 2020).

Respecto a la conciliación, es importante mencionar que existen dos tipos, la conciliación judicial y la conciliación extrajudicial. La primera, doctrinariamente se ha definido como el mecanismo que busca llegar de manera voluntaria a un acuerdo, en que puede ayudar un tercero quien interviene entre las partes en forma oficiosa y desestructurada para dirigir la discusión sin un rol activo.³⁰ En este caso, el tercero encargado de dirigir la discusión generalmente será el juez. En la segunda, la Ley de Arbitraje y Mediación la ha considerado que para efectos de esta Ley este método de solución de conflictos se entenderá como sinónimo de la mediación.³¹ La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 43 describe a la mediación como:

(...) 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.³²

De igual manera, la doctrina ha definido este método de solución de conflictos como un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a entablar el diálogo y consiguiente resolución del conflicto, sin imponer el resultado. Es un mecanismo de carácter flexible, mediante el cual el mediador ayuda a las partes a llegar un acuerdo. En este caso, el tercero (mediador) no es un juzgador con poder de decisión, ni un abogado que patrocina a las partes.³³ El papel que desempeña es lograr una buena comunicación entre las partes en un ambiente adecuado, utilizando habilidades como la empatía, creatividad, escucha activa, etc.

Cuando se habla de diferencias entre la conciliación judicial y mediación, hay que tomar en cuenta que en el primer caso, el conciliador (en estos casos, juez o fiscal) es quien dirige el acuerdo y propone, mientras que en el caso de la mediación, el mediador es el encargado de conducir el acuerdo y darle protagonismo a las partes procesales para que ellos mismos, tomando en cuenta sus intereses puedan encontrar una solución al conflicto.

El autor Juan Barallat López sostiene que aun cuando lo que busca la conciliación es favorecer un posible acuerdo entre las partes y hacer innecesario un proceso penal con una posible sanción, en realidad tal acto de conciliación es una

³⁰ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998).

³¹ Artículo 55, Ley de Arbitraje y Mediación. R.O. Suplemento 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. 309 de 21 de agosto de 2018.

³² Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación.

³³ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998).

mediación penal en apariencia; ya que no lo dirige un mediador imparcial, sino una autoridad judicial que no va más allá.³⁴ Es decir, no procura un acuerdo donde exista un verdadero sentimiento de conformidad de las partes. Sin embargo, en mediación, al ser un proceso extrajudicial más informal, los intervinientes pueden exponer sus sentimientos y sus verdaderos intereses con ayuda de un mediador especializado, tal como lo manifiestan las autoras Highton, Álvarez y Gregorio en su obra “Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal”:

La mediación permite a las partes participar en el procedimiento, explorar causas subyacentes, expresar sentimientos, discutir necesidades y generar soluciones creativas para sus diferencias en un ambiente privado e informal.³⁵

Cabe mencionar que el proceso de conciliación en el sistema penal ecuatoriano únicamente es procedente en dos fases, en la etapa de investigación y en la de instrucción fiscal. Por lo cual, algunos autores consideran que se estaría cerrando la posibilidad de que las partes puedan acceder a este método alternativo de solución de conflictos durante el proceso. Con respecto a esto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ha recomendado que los programas de justicia restaurativa pueden realizarse en cualquier etapa de justicia penal.³⁶

1.3. Recomendaciones de organismos internacionales

La mediación penal ha sido reconocida a nivel internacional, incluso por organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La resolución alternativa de conflictos ha sido tomada en cuenta por esta organización internacional en sus artículos 6 y 7 de la Declaración de la ONU³⁷, en los cuales se establece que se facilitará y serán utilizados los mecanismos como la mediación y arbitraje, a fin de lograr la conciliación y la reparación a favor de la víctima. Esta declaración fue importante para dar más protagonismo a las víctimas, dejando ser

³⁴ Ver, Juan Barallat López “La mediación en el ámbito penal”, España: Revista jurídica de Castilla y León 29, (2013), 10.

³⁵ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 64-65.

³⁶ Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas E/CN.15/2002/5/Add.1, 07 de enero de 2002, 12.

³⁷ Organización de Naciones Unidas. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

olvidadas por el sistema de justicia.³⁸ Se reconocieron algunos derechos, pero sobretodo el derecho de reparación e indemnización; los infractores de resarcir de forma equitativa a las víctimas. También trata el tema del resarcimiento, el cual puede consistir en diferentes formas como en la devolución de los bienes, el pago de los daños sufridos, la prestación de servicios y restitución de derechos. Asimismo, manifiesta la necesidad de que las legislaciones adopten a la mediación penal como forma de solución alternativa de controversias.³⁹

De igual manera en 1999, el Comité del Consejo de Europa, recomienda que la normativa de los estados facilite la mediación en materia penal, ya que define a la misma como el proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente en la solución de las dificultades ocasionadas por el delito, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador).⁴⁰

Mediante Resolución ECOSOC de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, proponen analizar la posibilidad de incorporar al sistema mecanismos de justicia restaurativa como la mediación y, que ayuden a la comunicación entre víctima y ofensor, la reparación por los daños causados o realizar servicios comunitarios por parte del delincuente. De igual forma, el Consejo de Unión Europea en su Decisión Marco de 2001, incentivó a los Estados miembros a impulsar mediaciones penales, a fin de que la víctima y el autor de la infracción mediante el diálogo encuentren una solución.

Incluso la Oficina de las Naciones contra la Droga y el Delito en su “Manual Sobre Estrategias para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones” manifiesta las ventajas de la implementación de la justicia restaurativa y sostiene que:

En los procesos de justicia restaurativa, las víctimas con frecuencia expresan altos niveles de satisfacción con sus resultados. También se beneficia el servicio de la fiscalía y los tribunales, dado que se liberan recursos para tratar casos más graves y complejos y, si los programas de derivación son eficaces, se reduce la posibilidad de que el imputado vuelva a delinquir en el futuro.⁴¹

³⁸ Silvia Barona Vilar, “Influencia de la Unión Europea e Instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal”, in *El Derecho Procesal en el espacio Judicial Europeo*, Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber Amicorum), Barcelona, Editorial Atelier, (2013),6.

³⁹ Fernando Vazquez-Portomene Seijas, "La Mediación entre la Víctima y el Agresor Como Forma de Resolución de Conflictos en el Derecho Penal de Adultos," *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 86 (2010), 322.

⁴⁰ Juan Barallat López “La mediación en el ámbito penal”, España: *Revista jurídica de Castilla y León* 29, (2013), 5.

⁴¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. *Manual sobre Estrategias Para Reducir el Hacinamiento en las Prisiones*, 2014, 116.

En este sentido, se entiende que la implementación de programas de derivación en base a la justicia restaurativa no solo ayudan a atender las necesidades de las partes, sino que también beneficia al descongestionamiento del sistema judicial y a su vez evitar la reincidencia.

2. La mediación penal enfocada en la justicia restaurativa

Una forma de justicia restaurativa que ha tenido gran acogida es la mediación penal o también conocida como *victim offender mediation*. Este método alternativo de solución de conflictos ha venido desarrollándose desde los años setenta, donde su primera experiencia fue en Ontario y en Indiana, para luego ser adoptado en varios países alrededor del mundo.⁴²

Bazemore y Umbreit sostienen en su obra “*A comparison of four restorative conferencing models*” que dentro de los objetivos de la mediación penal debe incluir el apoyo a la reparación de las víctimas al proporcionar un entorno más seguro y controlado para que se reúnan con los delincuentes de forma voluntaria, permitir a los victimarios conocer el impacto de sus delitos en las víctimas y asumir la responsabilidad de su comportamiento, y brindar la oportunidad de que la víctima y victimario desarrollen un plan que aborde la reparación del daño causado por el delito.⁴³ Sin embargo, el autor Gerkin, en su artículo “*Participation in Victim-Offender Mediation*”, critica lo mencionado, sosteniendo que en esos objetivos no se menciona la naturaleza de los resultados de la mediación como satisfacer las necesidades, empoderar a las víctimas y los delincuentes, el reconocimiento y la reintegración.⁴⁴ Para que exista una verdadera aplicación de la justicia restaurativa se deberá identificar las necesidades de ambas partes, las necesidades psicológicas y emocionales juegan un papel importante que se podrá descubrir a través de la participación activa de la víctima y victimario.

El doctrinario Zehr, sostenía que con este mecanismo no se ha pretendido que deje de ser una ofensa social para convertirse en un conflicto individual, o defensa del

⁴² Mark Umbreit, Toran Hansen, “State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence”, Wiley, (2018), 101.

⁴³ Ver, Bazemore G. y Umbreit, M. (2001). *A comparison of four restorative conferencing models*. Washington, DC: U.S. Dept. of Justice, and Delinquency Prevention.

⁴⁴ Patrick M. Gerkin, “Participation in Victim-Offender Mediation: Lessons Learned from Observations,” *Criminal Justice Review* 34, no. 2 (2009), 227.

interés de la víctima con falta de interés social, sino lo que se busca es la intrínseca simbiosis de ambos, ante la existencia de una conducta que posee reproche social según el cuerpo legal penal. Este modelo de justicia no solo busca desincentivar la comisión de delitos, sino también favorecer la asunción de responsabilidad del ofensor y que las víctimas puedan satisfacer sus necesidades. Por ello, el autor propone la justicia restaurativa que se basa en la concepción del delito como una violación de las relaciones humanas, viendo como elemento nuclear los sentimientos de la víctima y del ofensor. Este paradigma de justicia trata de recomponer las relaciones sociales en lugar de imponer sufrimiento.⁴⁵

En este sistema el ser humano adquiere protagonismo y termina favoreciendo a la sociedad, a las víctimas y a los victimarios; cumpliendo con tres funciones del Derecho penal: resocializadora, preventiva y restaurativa.⁴⁶

Es importante mencionar que en este proceso de mediación no debe existir ningún riesgo para la seguridad de la víctima, ni que su desarrollo ocasione nuevos perjuicios morales o materiales. Lo mencionado pretende evitar una doble victimización,⁴⁷ dado que la mediación supone una interacción entre el ofensor y la víctima, a fin de encontrar una solución que logre reparar a la víctima y a su vez rehabilitar al infractor.

El Manual de Programas de Justicia Restaurativa publicado por las Naciones Unidas señala tres requisitos fundamentales que deben ser satisfechos previo a utilizar una mediación entre la víctima y el infractor. El primero, consiste en que el infractor debe asumir o al menos no negar su responsabilidad por el delito cometido; segundo, tanto la víctima como el infractor deben tener la voluntad de participar; tercero, ambas partes deben considerar si es seguro participar en el proceso.⁴⁸ Es preciso mencionar que el proceso de mediación no necesariamente implica el contacto directo entre la víctima y el victimario. Las sesiones también se realizan de forma separada hasta que el mediador especializado considere oportuno que se realice una sesión conjunta.

⁴⁵ Silvia Barona Vilar, “Manifestaciones de justicia terapéutica derivadas del principio de oportunidad (ii): mediación”, en *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: Avances desde la justicia terapéutica*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2019), 141.

⁴⁶ Id., 143.

⁴⁷ Teresa Armenta, “Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico”, *Revista General de Derecho Europeo* 44. (2018), 233.

⁴⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. 2006, 18.

2.1. Desarrollo de la mediación penal

Doctrinariamente se ha señalado que este proceso de mediación debe seguirse en cuatro pasos: etapa de admisión, etapa preparatoria, etapa de mediación y etapa de seguimiento.

En la etapa de admisión, el mediador contacta a la víctima y al victimario previo a una sesión mediada para asegurarse de que están bien adaptados al proceso de mediación y que exista el elemento de voluntariedad.⁴⁹ La víctima debe tener la disposición de participar y estar preparada para constituir un vínculo con el victimario; mientras que el ofensor debe estar dispuesto a su rehabilitación.⁵⁰ En esta etapa es importante analizar que exista un marco de seguridad para la víctima, a fin de evitar una doble victimización.⁵¹

En la etapa preparatoria, el mediador conoce a la víctima y al victimario en sesiones separadas, ganando su confianza, explicándoles el proceso de mediación y asegurando que sus expectativas sean realistas.⁵² Cabe mencionar que pueden realizarse varias sesiones, ya que el mediador deberá escuchar las versiones, que los intervinientes exploren sus sentimientos y sepan lo que le quieren decir a la otra parte.⁵³

El tercer paso, consiste en la etapa de mediación, el cual se realiza la sesión mediada en sí, con la presencia de ambas partes, donde el tercero imparcial (mediador) apoya a las víctimas y a los delincuentes a contar sus narraciones, a manifestar las inquietudes que puedan tener, y finalmente pueden optar por elaborar acuerdos, que se alcanzan por consenso.⁵⁴ Es necesario que el encuentro se realice en un lugar neutral para que los intervinientes se sientan cómodos.

⁴⁹ Mark Umbreit, Toran Hansen, "State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence", Wiley, (2018), 101.

⁵⁰ Ver, Álvaro Márquez, "La mediación como mecanismo de justicia restaurativa", Revista Prolegómenos 19, (2012), 153.

⁵¹ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 124.

⁵² Ver, Mark Umbreit, Toran Hansen, "State of knowledge: Four decades of victim - offender mediation research and practice: The evidence", Wiley, (2018), 101.

⁵³ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 124.

⁵⁴ Mark Umbreit, Toran Hansen, "State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence", Wiley, (2018), 101.

Finalmente, la etapa de seguimiento, esta última fase de la mediación tiene el objetivo de controlar el cumplimiento. Luego de llegar al acuerdo en mediación, el mediador deberá efectuar un seguimiento del cumplimiento, contactándose con la víctima y al delinciente.⁵⁵

2.2. Materia transigible en el ámbito penal

La ley penal establece los casos que serán susceptibles de métodos alternativos de solución de conflictos, dado que estos solo serán aplicables en delitos menores. En este sentido, de acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, los delitos susceptibles de conciliación penal son los siguientes:

DELITO	PENA	DELITO	PENA
Art. 176.- Discriminación	1- 3 años	Art. 200.- Usurpación	6 meses a 2 años
Art. 177.- Actos de odio.	1- 3 años	Art. 202.- Receptación	6 meses a 2 años
Art. 178.- Violación a la intimidad	1- 3 años	Art. 204.- Daño a bien ajeno.	2 a 6 meses
Art. 179.- Revelación de secreto	6 meses a 1 año	Art. 206.- Quiebra	1- 3 años
Art. 182.- Calumnia	6 meses a 2 años	Art. 229.- Revelación ilegal de base de datos.	1- 3 años
Art. 185.- Extorsión.	3- 5 años	Art. 270.- Perjurio y falso testimonio	1- 3 años
Art. 190.- Apropiación fraudulenta por medios electrónicos	1- 3 años	Art. 285.- Tráfico de influencias	3- 5 años
Art. 196.- Hurto.	6 meses a 2 años	Art. 304.- Tráfico de moneda	3- 5 años
Art 199.- Abigeato	1- 3 años	Art. 327.- Falsificación de firmas	1- 3 años

Elaboración propia a partir del COIP

Hay que tener en cuenta que el Código Orgánico Integral Penal expresamente excluye del proceso de conciliación las infracciones que afecten los intereses del Estado, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar⁵⁶.

2.3. Los sujetos que intervienen en la mediación

⁵⁵ Id, 101-102.

⁵⁶ Artículo 663, COIP.

a) El mediador

Tal como se ha mencionado en líneas atrás, el papel del mediador es fundamental dentro del proceso de mediación, ya que aparte de conducir el proceso de mediación, debe ser capaz de desarticular los conflictos de las partes, ayudando a mejorar la comunicación entre los intervinientes. A su vez, deberá crear un ambiente propicio para que la discusión fluya y las partes logren encontrar una solución a la controversia. Es necesario considerar que el mediador al ser un tercero imparcial y neutral, no podrá imponer o intervenir en la toma de decisiones, las partes son quienes deberán resolver por si mismas y llegar a un acuerdo. Sin embargo, esto no quiere decir que el mediador no tenga ningún tipo de participación, ya que es él quien deberá mantener el respeto entre las partes y hacer cumplir los principios que caracterizan a la mediación como es la flexibilidad, imparcialidad, voluntariedad y confidencialidad, y además, su conocimiento de la materia penal ayudará a que el acuerdo al que lleguen las partes también se encuentre acorde a los principios penales reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En cuanto al tema de manejo de sus funciones y selección de mediadores, varios autores han compartido este pensamiento:

Debe contemplarse que los mediadores han de ejercer su función con autonomía de los órganos judiciales y de los Fiscales. Deben establecerse normas de competencia y normas éticas que han de cumplir los mediadores, y la legislación debe regular los procedimientos para la selección, formación y evaluación de los mediadores.⁵⁷

Por ello, los mediadores que traten temas de materia penal deben ser capacitados adecuadamente y tendrán conocimientos con respecto a los delitos que sean susceptibles a mediación, como es el caso de los mediadores que intervienen en delitos cometidos por adolescentes infractores que deben cumplir con ciertos requisitos como se dispone en la Resolución 138-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura. Asimismo, la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y Crimen, ha sostenido la importancia de la capacitación señalando lo siguiente:

Se deberá ofrecer capacitación de sensibilización de víctimas a todos los facilitadores y practicantes de justicia penal y demás involucrados en el programa de justicia restaurativa, para poder manejar casos complejos y sensibles.⁵⁸

⁵⁷ Juan Barallat López “La mediación en el ámbito penal”, España: Revista jurídica de Castilla y León 29, (2013), 15.

⁵⁸ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. 2006, 48.

Por tanto, resulta necesario contar con profesionales capacitados que funjan como mediadores bajo los parámetros de la justicia restaurativa para proteger los derechos de las víctimas y victimarios, y a su vez alcanzar un acuerdo que satisfaga los intereses y necesidades de ambas partes y de la sociedad. Adicionalmente, el personal judicial también debe ser capacitado en principios y prácticas de justicia restaurativa, ya que su formación ha sido más encaminada a procedimientos legales y leyes sustanciales⁵⁹. He aquí la importancia de la capacitación en justicia restaurativa, ya que para que el método alternativo de solución de conflictos funcione, no basta únicamente con una reforma legal, sino también un cambio de ideología de los funcionarios de justicia.

La conciliación en el actual sistema penal ecuatoriano es llevada a cabo por el fiscal o el juez dependiendo de la fase en la que se solicite dentro del proceso.⁶⁰ Sobre esto, algunos autores concuerdan que en el caso de que el juez sea quien lleve a cabo el proceso de conciliación podría influir en la decisión tomada en sentencia en caso de no llegar a un acuerdo mediante conciliación. La alternativa de la mediación no se trata de una investigación judicial, sino de un enfoque restaurativo, de una reconstrucción más íntima entre los seres humanos del conflicto.⁶¹

El criminólogo Elias Neuman sostenía que la mediación fuera del ámbito tribunalicio resulta ser más favorable por su proceso informal más expedito y profundo. El ambiente en que se lleva a cabo es más flexible y amigable. Además, todo lo que las partes aporten al proceso de mediación no constituiría un elemento de convicción probatoria en una causa judicial, en caso de que de no llegarse a algún acuerdo o exista un incumplimiento, se continúe con el proceso judicial.⁶²

b) La víctima

La víctima en muchos casos ha sido olvidada en el sistema judicial penal, ya que ha venido a ocupar un papel secundario. En la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas y Abuso de Poder, se definió a las víctimas de la siguiente manera:

“(…) las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive

⁵⁹ Ver, Id., 55.

⁶⁰ Artículo 665, numerales 2 y 4, COIP.

⁶¹ Elias Neuman, *Mediación Penal*. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005), 146.

⁶² Elias Neuman, *Mediación Penal*. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005), 146.

lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.”⁶³

Es por ello, que lo que la justicia restaurativa busca es la verdadera reparación a la víctima, permitiéndole intervenir de una manera más activa. Se debe prestar más atención a las víctimas y permitirles aportar una solución al conflicto, tomando en cuenta que los actos delictivos no solo afectan a la sociedad, sino que también dañan y afectan a las víctimas.⁶⁴

Como bien lo menciona en su definición la Asamblea General de las Naciones, la víctima pudo haber sufrido daños de diferentes formas. Por lo cual, en la mediación penal se pueden acordar diferentes tipos de reparación que requiera la víctima. En el paradigma de la justicia restaurativa es importante que se protejan los intereses de las víctimas y a su vez que no sean perjudicadas por una doble victimización. Esto puede evitarse mediante una preparación previa con la víctima antes de tener un encuentro con el victimario. Hay que tomar en cuenta que al ser el proceso de mediación totalmente voluntario, la víctima en cualquier momento puede decidir continuar o no con el mismo.

El Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, con respecto a las víctimas del delito, señala algunos atributos de este sistema como participar directamente en la solución del conflicto y de las consecuencias del delito, expresar el impacto que ha tenido el delito sobre ellos, recibir respuestas a sus preguntas sobre el delito y el victimario, recibir una disculpa, restaurar la relación con el delincuente (cuando sea adecuado) y lograr cierre.⁶⁵

c) El victimario

Los sistemas judiciales penales suelen tener como objetivo principal el castigo al infractor (justicia retributiva). Sin embargo, en los modelos de justicia restaurativa lo que se busca es ofrecerle al victimario la oportunidad de enmendar el error que cometió y redimirse ante la sociedad. La mediación penal siendo una herramienta de

⁶³ Asamblea General de las Naciones, Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas y Abuso de Poder, Resolución 40/34, 29 de noviembre de 1985.

⁶⁴ Alba L. Ortiz Morales, "Programas de Mediación Penal: Alternativa para Nuestro Sistema Judicial," Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico 45, no. 3 (2011), 472.

⁶⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa. 2006, 17.

la justicia restaurativa, sostiene que el actor de la infracción al cometer el ilícito, incurre en la obligación de restaurar a la víctima y a la sociedad al estado que se encontraba antes de que perpetrara el delito.⁶⁶

Tomando en cuenta este modelo, el ofensor al igual que la víctima juegan un papel protagónico y más activo en el conflicto; ambos voluntariamente decidirán llegar a un acuerdo. El victimario de ninguna manera será obligado a someterse a algún acuerdo sin su voluntad. Como ya se ha mencionado, este proceso se caracteriza por su confidencialidad, por lo que no podrá utilizarse tal información en contra del acusado. Cabe mencionar que en caso de llegarse a pactar un acuerdo y el infractor cumpliera con este, se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.

El protagonismo de ambas partes es importante dentro de la justicia restaurativa, por lo que tanto víctima como victimario deben exponer sus necesidades a través del diálogo. Los infractores no deben sentir que están presentes únicamente para aceptar la responsabilidad y sentirse obligados a aceptar los deseos de la víctima.⁶⁷ Identificar y atender también las necesidades del victimario ayudará a que el acuerdo sea cumplido a cabalidad e incluso evitar la reincidencia.

En cuanto a los atributos más comunes de la justicia restaurativa respecto a los delincuentes, se han determinado los siguientes: reconocer su responsabilidad en el delito y entender los efectos de ello en la víctima, expresar sus emociones, recibir apoyo para reparar el daño causado, enmendar o realizar restitución/ reparación, disculparse con la víctima, restaurar la relación con la víctima (cuando sea adecuado) y lograr cierre.⁶⁸

2.4. Críticas a la mediación penal

Entre las principales críticas podría cuestionarse una posible colisión entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, aparentando ser dos vías opuestas a la solución de un conflicto. Sin embargo, doctrinariamente se sostiene que existe una complementariedad de ambos modelos, es decir, la mediación no elimina la

⁶⁶ Alba L. Ortiz Morales, "Programas de Mediación Penal: Alternativa para Nuestro Sistema Judicial," *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico* 45, no. 3 (August 2010-May 2011), 473.

⁶⁷ Patrick M. Gerkin, "Participation in Victim-Offender Mediation: Lessons Learned from Observations," *Criminal Justice Review* 34, no. 2 (2009).

⁶⁸ Ver, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. 2006, 17.

intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. En otras palabras, la aplicación de mediación en materia penal no supone privatizar la justicia penal, ya que el Estado es el encargado de delimitar el marco de aplicación de la mediación y de garantizar el cumplimiento de los principios y garantías procesales. Se intenta más bien de incluir de una forma más activa a la víctima y al infractor en el proceso, a fin de lograr la reparación, la asunción de responsabilidad y la petición de disculpas, haciéndolo no únicamente en el ámbito privado, sino también en el ámbito público. Por lo tanto, la mediación no viene a reemplazar al sistema de justicia penal, sino más bien a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo.⁶⁹

Una crítica que también ha sido discutida es el posible abuso de las víctimas en los acuerdos mediante la mediación. Neuman en su obra “Mediación y Conciliación Penal”, manifestó que pueden existir temores de que “las víctimas ejerzan mediante la conciliación, una suerte de personal sentimiento expiatorio y se abusen u obtengan beneficios injustos”⁷⁰. Sin embargo, ante esto, el autor argumenta que existe un mediador morigerador y en algunos sistemas el juez es quien deberá analizar el acuerdo y darle validez. Muchas veces se habla del resarcimiento material, pero las primeras experiencias de este modelo en varios países han demostrado que las víctimas no siempre buscan un resarcimiento económico, sino comprender y superar el conflicto.⁷¹

Otra posible crítica a la mediación penal es que de no llegar a un acuerdo se dilataría el proceso. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que como en el caso de mediación en adolescentes infractores, existe un plazo de quince días desde la recepción por parte de Centro de Mediación de la Función Judicial. En caso de no presentarse el acta de acuerdo hasta dicho plazo, se continuará con la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al juez su decisión de ampliar el plazo. Hay que tomar en cuenta que únicamente podrá ser ampliado por una sola vez y por quince días más.⁷² Esto podría tomarse como referencia para establecer tiempos razonables de duración del proceso de mediación penal en adultos en los delitos permitidos por la ley; lo cual garantizaría que las partes cuenten con un tiempo razonable para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas, y de no resultar así, que

⁶⁹ Ver, María Auxiliadora García, “La mediación penal y el nuevo modelo de justicia restaurativa”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (2017), 13.

⁷⁰ Elias Neuman, *Mediación Penal*. (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005), 93.

⁷¹ *Id.*, 93.

⁷² Resolución 138-2014, Reglamento de Mediación en Asuntos Relacionados con el Adolescente Infractor, Consejo de la Judicatura, de 08 de agosto de 2014.

al menos el proceso no se extienda mucho más por la derivación a mediación. Para esto, es necesario que exista un cambio del método alternativo de solución de conflictos actual, mediante una reforma legal que lo sustituya por la mediación penal con enfoque a la justicia restaurativa.

2.5. Efectos del acuerdo

El Código Orgánico Integral Penal establece normas generales del método alternativo de resolución de conflictos en cuanto a los efectos en caso de llegar a un acuerdo, entre ellos se señala que en procedimientos jurídicos posteriores no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad.⁷³ Esto debido a que la participación del procesado en el método alternativo de resolución de conflicto no supone la culpabilidad del mismo, además, hay que tener en cuenta que tiene un carácter confidencial. Tampoco podrá ser utilizado el incumplimiento del acuerdo como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.⁷⁴

Con respecto al incumplimiento del acuerdo, el COIP establece que el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación si en la fase de investigación, el investigado no cumple con alguna de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados. Asimismo, si en la etapa de instrucción fiscal el juzgador evidencia que existe un incumplimiento injustificado del acuerdo, revocará el acta de conciliación y ordenará que se continúe con el procedimiento ordinario. Es importante mencionar que una vez revocada el acta de conciliación no se volverá a conceder. No obstante, si el acuerdo es cumplido, se archivará la investigación o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.⁷⁵

En cuanto al plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación, la ley establece que será de ochenta días y no se admitirá prórroga del término para el cumplimiento del acuerdo. En cuanto a la prescripción del ejercicio de la acción penal se suspenderá el tiempo durante el plazo para el cumplimiento del acuerdo conciliatorio.⁷⁶

⁷³ Artículo 662, numeral 3, COIP.

⁷⁴ Artículo 662, numeral 4, COIP.

⁷⁵ Artículo 665, COIP.

⁷⁶ Artículo 665, COIP.

Este procedimiento podría adaptarse a la figura de mediación penal propuesta, ya que establece los lineamientos a seguir en caso de que no se llegue a un acuerdo o que exista un incumplimiento de lo acordado.

3. Derecho comparado

3.1. Estados Unidos

En Estados Unidos a lo largo de los años se ha facilitado la incorporación de prácticas de mediación. Las primeras prácticas en este país ocurrieron en los años setenta en Minnesota al experimentar la comunicación directa entre la víctima y el delincuente, el sistema se implementó en Estados Unidos en el año 1978 con el programa *Prisoner and Community Together*. A inicios de los años ochenta, el juez Kramer incorporó un programa en Massachusetts, a fin de ofrecer servicios de reconciliación víctima-victimario, en el cual el ochenta por ciento fueron tratados delitos cometidos por adultos.⁷⁷

Los programas de mediación víctima-delincuente se denominaron inicialmente *victim-offender reconciliation programs* (VORP). Actualmente la mayoría de programas en todo el mundo se identifican como *victim-offender mediation* (VOM). En algunos Estados también han sido conocidos como “*victim-offender meetings*” o “*victim-offender conferences*”. Cabe mencionar que en algunos de estos programas de VOM han trabajado con casos de violencia grave, incluyendo homicidios.⁷⁸

El colegio de abogados *American Bar Association* ha abordado la justicia restaurativa a través de la práctica de la mediación víctima-delincuente, la cual ha sido la más utilizada. Incluso la asociación ha recomendado su incorporación en varios estados del país, proporcionando directrices para su uso y desarrollo.⁷⁹

La efectividad de la mediación víctima-delincuente ha sido demostrada a través de varios estudios generalmente demostrando la satisfacción de los

⁷⁷ Elena Highton, Gladys Alvarez, Carlos Gregorio. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario. (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998), 156-157.

⁷⁸ Mark Umbreit, Robert Coates, Betty Vos., “Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research”, Wiley, (2004), 279.

⁷⁹ Mark Umbreit, Robert Coates, Betty Vos., “Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research”, Wiley, (2004), 281-282.

intervinientes y su percepción sobre la justicia del método, costos, cumplimiento de los acuerdos y tasas de reincidencia.⁸⁰

3.2. España

En el sistema penal español la mediación penal se encuentra contemplado en la LO 5/2000 Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM), en cuanto a delitos cometidos por menores, en este cuerpo legal la mediación es un instrumento que permite llegar a acuerdos entre víctimas y menores infractores como el cumplimiento de condiciones de reparación, sometimiento a tratamientos educativos, entre otros.⁸¹

Asimismo, se han efectuado y desarrollado varios proyectos piloto sobre mediación penal para adultos, en algunos casos impulsados por la Oficina de atención a la víctima, Institutos de criminología y en otros, llevados a cabo desde el Consejo General del Poder Judicial; dando como recomendación de todos ellos, la necesidad de que se regule mediante ley la mediación penal en delitos perpetrados por adultos.⁸² Estas experiencias que han sido derivadas a mediación han tenido resultados positivos y especialmente satisfactorias en delitos contra el patrimonio, delitos contra el honor, delitos de lesiones, entre otros.⁸³

La última reforma del Código Penal español con la LO 1/2015 introduce la mediación penal al establecer que el juez podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo logrado por las partes en mediación.⁸⁴ Además, el Estatuto de la Víctima del Delito, Ley 4/2015, donde se establecen los requisitos para acceder a este método de solución de conflictos.

⁸⁰ Mark Umbreit, Toran Hansen, “State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence”, Wiley, (2018), 110.

⁸¹ Silvia Barona Vilar, “Influencia de la Unión Europea e Instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y la mediación penal”, in *El Derecho Procesal en el espacio Judicial Europeo*, Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Liber Amicorum), Barcelona, Editorial Atelier, (2013), 23-24

⁸² Id, 24.

⁸³ Silvia Barona Vilar, “Manifestaciones de justicia terapéutica derivadas del principio de oportunidad (ii): mediación”, en *Hacia un proceso penal más reparador y resocializador: Avances desde la justicia terapéutica*, (Madrid: Editorial Dykinson, 2019), 151.

⁸⁴ Artículo 84.1, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE 281, de 24/11/1995.

4. Ventajas para el sistema judicial

Varios autores han coincidido en que la implementación de la mediación penal con enfoque restaurativo trae consigo una gran cantidad de ventajas al sistema de justicia penal, entre las principales se destaca el protagonismo de las partes, el descongestionamiento del sistema judicial y la asunción de responsabilidad del victimario.

Con respecto al protagonismo de las partes, la mediación en materia penal permite a las partes intervenir de manera más activa en el proceso, permitiéndoles proponer soluciones para la reparación del daño; siendo escuchadas por un tercero imparcial en un ambiente más cordial y a la vez controlado. Esto también ayuda a una mejor comunicación para poder expresar sus sentimientos y sus verdaderos intereses.

La mediación es un proceso orientado a buscar la satisfacción de la víctima, otorgándole un papel más activo. La satisfacción puede llegar a ser por medio de una disculpa por parte de quien ha causado el daño. Por tanto, la reparación no puede ser únicamente material, sino también simbólica.⁸⁵

En cuanto al descongestionamiento del sistema judicial, las partes al llegar a un acuerdo, se evitan todo el largo proceso que conllevaría seguir con el procedimiento ordinario, lo que podría llevar años, podría solucionarse en corto tiempo. De esta manera se evita un desgaste innecesario de la víctima y el infractor. En este sentido, la justicia penal concentraría sus esfuerzos en la investigación y enjuiciamiento de delitos más graves que no sean susceptibles de mediación.⁸⁶ Cabe mencionar que la mediación penal suele ser menos costosa en comparación de los procedimientos judiciales⁸⁷.

Finalmente, la implementación de la mediación penal al sistema penal favorece la asunción de responsabilidad del delincuente, ya que al implicar directamente al victimario en la reparación integral del daño, facilita la comprensión del perjuicio que pudo haber ocasionado a la víctima con el ilícito cometido, las consecuencias negativas de su actuación y el desvalor de su comportamiento criminal. Esto ayuda a

⁸⁵ Carmen Cuadrado, “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 17-01 (2015), 14-15.

⁸⁶ Id.15,

⁸⁷ Mark Umbreit, Toran Hansen, “State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence”, Wiley, (2018), 106-107.

su resocialización y favorece al bienestar de la sociedad,⁸⁸ así como los beneficios financieros a largo plazo de las disminuciones en reincidencia y encarcelamiento.⁸⁹

5. CONCLUSIONES

Para concluir, el sistema penal ecuatoriano atraviesa un problema en cuanto al hacinamiento de las cárceles del país y lo más inquietante es que el 35% corresponde a delitos menores. Organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, ECOSOC y el Consejo de Europa han emitido recomendaciones en cuanto a la implementación de prácticas de justicia restaurativas, a fin de humanizar el proceso penal, dándole protagonismo a las víctimas, permitiendo la asunción de responsabilidad del delincuente y evitando una posible reincidencia del delito; tomando en cuenta que este mecanismo alternativo de solución de conflictos ha sido aplicado desde hace muchos años atrás y ha sido desarrollado en varias legislaciones alrededor del mundo con mucho éxito. Además, es necesario mencionar que la ONU en varias guías y manuales ha manifestado reiteradamente que una de las alternativas para reducir el hacinamiento y reincidencia de los delitos es la aplicación de prácticas restaurativas como la mediación penal.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha implementado algunos elementos de la justicia restaurativa como los principios de oportunidad, mínima intervención, conciliación en delitos establecidos en el 663 del COIP y mediación penal en adolescentes infractores. Sin embargo, no existe una verdadera práctica de este modelo restaurativo en cuanto a delitos menores cometidos por adultos, ya que la figura de conciliación que actualmente se aplica tiene algunas limitaciones como la falta de capacitación de los funcionarios en cuanto a justicia restaurativa, las dos únicas fases en las que procede y la imparcialidad del conciliador fiscal al ser una parte procesal en la fase de investigación.

La mediación penal es un método alternativo de solución de conflictos en el cual un mediador imparcial y capacitado, permite a los intervinientes participar en el procedimiento, logrando que tanto víctima como victimario expresen sus sentimientos y

⁸⁸ Carmen Cuadrado, “La mediación: ¿Una alternativa real al proceso penal?. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 17-01 (2015),15.

⁸⁹ Mark Umbreit, Toran Hansen, “State of knowledge: Four decades of victim-offender mediation research and practice: The evidence”, Wiley, (2018), 106.

discutan sobre sus necesidades, a fin de generar soluciones creativas para sus diferencias en un ambiente privado e informal. Este mecanismo no solo busca desincentivar la comisión de delitos, sino también favorecer la asunción de responsabilidad del delincuente y que las víctimas puedan satisfacer sus necesidades.

En la incorporación de la mediación penal habría sin duda la necesidad de capacitar a mediadores especializados en materia penal para tratar delitos cometidos por adultos que puedan ser susceptibles de este mecanismo. Asimismo, la capacitación de los jueces, colaboradores y funcionarios de justicia para incentivar el desarrollo de este método alternativo de solución de conflictos.

Cabe mencionar que a pesar de que puedan surgir algunas críticas a la mediación penal como la preocupación de que se este privatizando el sistema penal, abuso de la víctima sobre los acuerdos convenidos o sobre una posible dilación del proceso; se pudo demostrar que la justicia restaurativa no tiene como fin privatizar el sistema de justicia penal, sino mas bien complementarlo; asimismo la práctica ha demostrado que generalmente los objetivos de la víctima no van encaminados únicamente al resarcimiento económico, sino comprender y superar el conflicto; y en cuanto al temor de que exista una posible dilación del proceso en caso de no llegar a un acuerdo, se puede resolver estableciendo un tiempo razonable para realizar este proceso.

Finalmente, es importante mencionar que este método alternativo de solución de conflictos con enfoque en la justicia restaurativa tiene muchas ventajas tanto para la víctima, para el ofensor y la sociedad. De sus principales ventajas se puede señalar el protagonismo de la víctima y victimario, satisfacción de sus necesidades, asunción de responsabilidad de la persona que ha cometido el ilícito, descongestión del sistema penal, desincentivar la reincidencia, entre otros.

Por ello, la implementación de la justicia restaurativa por medio de la mediación penal en delitos menores cometidos por adultos resulta ser una buena opción para mejorar el actual sistema penal ecuatoriano, abriendo paso para que en el futuro se puedan desarrollar otras prácticas restaurativas. Para esto, resulta necesario que exista un cambio del método alternativo de solución de conflictos actual, mediante una reforma legal que lo sustituya por la mediación penal con enfoque en la justicia restaurativa.