

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Penal

**La justicia restaurativa como alternativa legal frente al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador**

Roommell Jorge Guevara Villarreal

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2022





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Roommell Jorge Guevara Villarreal, autor de la tesis intitulada “La justicia restaurativa como alternativa legal frente al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

24 de Octubre del 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

En la actualidad, el derecho penal, ha sufrido grandes transformaciones por las nuevas exigencias y necesidades de las nuevas realidades sociales y jurídicas enfocadas en dar protección a los bienes jurídicos y la comunidad en general. A su vez se ha evidenciado la fuerte crisis y desnaturalización de este, puesto que, al verse manipulado por el gobierno y las elites burguesas y aristócratas, ha sido empleado para legitimar abusos de poder. Actualmente no cumple la función de limitar el poder punitivo del Estado, sino que ha facultado que goce de plena libertad en su aplicación, lo cual ha ocasionado que se reproduzcan a violaciones gravísimas a los derechos humanos, creando realidades sociales de persecución y terror social. El sistema penal debe estar enfocado en proteger, orientar y prevenir, pero únicamente ha sido factible reconocer la sobredimensionización del derecho penal otorgándole plenas facultades que han desarrollado problemas aún más grandes como el uso excesivo de la privación de libertad, la estigmatización social de las personas que acceden a este sistema.

Actualmente, la situación carcelaria es crítica, puesto que por el carácter retribucionista y el discurso político enfocado en el populismo punitivo, se ha evidenciado un incremento de la población carcelaria de manera abismal, lo que ha derivado en hacinamiento carcelario. Esta realidad empeora cada vez más, ya que se no solo se identifica un deficiente sistema preventivo y de rehabilitación social, sino también un sistema que imposibilita la reinserción de los privados de la libertad en la sociedad.

Por lo tanto, en el presente trabajo se analiza a la justicia restaurativa, desde el pluralismo jurídico, como posible solución al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador. Este estudio toma como referencia a la justicia indígena, su funcionamiento y sobre todo sus beneficios en la aplicación de justicia. Se enfoca en la convergencia con el sistema de justicia tradicional y se aborda un estudio comparado de la justicia restaurativa en países latinoamericanos, europeos y en sistemas penales internacionales para justificar su aplicabilidad y viabilidad en el Ecuador.

En definitiva, se trata de un estudio que permite entender la situación actual del derecho penal y sistema carcelario en el Ecuador para proveer de soluciones eficaces y

eficientes que permitan restituir la esencia del derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos y derechos humanos de las víctimas y los victimarios.

A Rosalino Villarreal y Patricia Victoria.



## **Agradecimientos**

A mi familia, en especial a Patricia Villarreal, Hugo Guevara y Gaby Méndez, quienes han sido parte fundamental de mi crecimiento personal y profesional. A mi abuelo materno, Rosalino Villarreal, pieza clave en mi formación personal. A mi sobrina Patricia Victoria, luz y guía en mi vida. A mi tutor, Dr. Christian Rolando Masapanta Gallegos, por su direccionamiento y apoyo.



## Tabla de contenidos

|  |    |
|--|----|
| Introducción.....  | 15 |
| Capítulo primero El uso excesivo del derecho penal en el Ecuador.....        | 19 |
| 1. El poder punitivo .....   | 19 |
| 2. El populismo punitivo .....   | 20 |
| 3. Sistemas penitenciarios: consecuencias del derecho penal .....            | 25 |
| 4. El garantismo penal .....   | 31 |
| 5. El derecho Penal mínimo.....  | 34 |
| 6. Sanciones y métodos alternativos al Derecho penal.....                    | 35 |
| 7. Necesidad actual del derecho penal alternativo.....                       | 38 |
| 8. Punitivismo y populismo punitivo en el Ecuador.....                       | 41 |
| Capítulo segundo La justicia restaurativa y su aplicación en el Ecuador..... | 49 |
| 1. Nociones Generales .....  | 49 |
| 2. Modelos de justicia restaurativa .....                                    | 51 |
| 3. Justicia restaurativa en el ámbito internacional.....                     | 59 |
| 3.1. Contexto Colombiano.....  | 61 |
| 3.2. Contexto argentino .....  | 63 |
| 3.3. Contexto chileno.....   | 63 |
| 3.4. Contexto brasileño.....   | 64 |
| 3.5. Contexto español .....  | 65 |
| 3.6. Contexto europeo.....   | 65 |
| 4. Justicia restaurativa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos    |    |
| 68   |    |
| 4.1. Justicia restaurativa en la Corte IDH.....                              | 69 |
| 4.2. Justicia restaurativa en la Corte Penal Internacional .....             | 70 |
| 4.3. Reparación integral.....  | 72 |
| 5. Límites a la justicia restaurativa .....                                  | 79 |
| 5.1. Delitos que atenten contra la vida .....                                | 80 |
| 5.2. Delitos referentes a la integridad sexual y núcleo familiar .....       | 81 |
| 5.3. Delitos contra la eficiente administración pública .....                | 83 |
| 6. La justicia restaurativa en Ecuador.....                                  | 84 |

|  |     |
|--|-----|
| 7. Aproximación de la justicia indígena en Ecuador: Nueva alternativa legal<br>y su ámbito de aplicación ..... | 92  |
| Conclusiones.....  | 105 |
| Recomendaciones .....  | 107 |
| Bibliografía.....  | 109 |

## Índice de tablas

|   |     |
|---|-----|
| Tabla 1   |     |
| La justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia.....        | 62  |
| Tabla 2   |     |
| Tipo de reparación acordada en las practicas restaurativas realizadas .....                               | 75  |
| Tabla 3   |     |
| La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso,2013.....  | 99  |
| Tabla 4   |     |
| La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso, 2013..... | 100 |
| Tabla 5   |     |
| Prácticas restaurativas en el ámbito escolar y comunitario .....  | 101 |



## Introducción

El deficiente sistema penitenciario ha desencadenado un sinnúmero de conflictos en la organización estatal y, ha derivado en la falta confianza de la sociedad en el sistema de justicia. Es una realidad afirmar que el excesivo uso del sistema penal ha derivado un incremento abismal en los índices de población carcelaria, la capacidad del sistema penitenciario es de 30000 y actualmente existen alrededor de 38000 privados de libertad, lo que da como resultado un hacinamiento del 28%<sup>1</sup>. La situación del delito, su creciente difusión y multiplicación por los medios de comunicación en masa, y la consiguiente alarma social con el progresivo uso de la justicia penal y la prisión que se manifiestan simultáneamente en todas las regiones del mundo, difícilmente podría ser una casualidad<sup>2</sup>. De tal manera, el derecho penal en la actualidad ha sido utilizado para reprimir conductas consideradas delictivas, pero aún más, ha sido utilizado para perseguir a los sectores más vulnerables de la sociedad, que no son más que el resultado de una inequitativa distribución de la riqueza; precisamente, es esta situación de extrema pobreza la que les deriva a cometer estos actos en contra del ordenamiento jurídico y por ende a ser acreedores de una sanción o castigo penal.

A su vez, el Ecuador, ha tergiversado su esencia de administración de justicia hasta recaer en un populismo penal. A esta realidad se suma las condiciones del presente sistema penitenciario, el cual se ha caracterizado por el incumplimiento de los objetivos de resocialización, reinserción y rehabilitación de las personas privadas de la libertad. Es más, en la cárcel se desarrollarían mecanismos para el perfeccionamiento en la comisión de delitos.

Adicionalmente, la estructura y organización carcelaria tiene deficiencias puesto que, se ha incrementado el uso del derecho penal, a raíz de la política antidrogas desde los años 80 y la promulgación del COIP en el 2014, se han incluido nuevos tipos penales, lo cual va en contra de la aplicación del principio de mínima intervención penal. El respeto a los derechos humanos de los internos es mínimo, ya que viven en

---

<sup>1</sup> Sara España, “El narco y el hacinamiento convierten las cárceles de Ecuador en un polvorín”, *El País*, 2 de octubre de 2021. <https://elpais.com/internacional/2021-10-02/el-narco-y-el-hacinamiento-convierten-las-carceles-de-ecuador-en-un-polvorin.html> (consultada el 10 de octubre de 2021)

<sup>2</sup> Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente: Los sistemas penitenciarios latinoamericanos y los derechos humanos. ¿Qué hacer? (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2013),25.

condiciones de hacinamiento, donde se propagan enfermedades y sin lugares apropiados para su recreación y desarrollo personal. Por otro lado, en las prisiones se vive un ambiente de inseguridad, las masacres desarrolladas en el Ecuador en el año 2020 y lo que va del 2021, demuestra que no son sitios seguros. Esta realidad, ratifica lo mencionado por Thomas Mathiesen, cuando afirma que “La solución de la cárcel no es, en primer lugar, solidaria ni con la víctima ni con el victimario; en segundo lugar, no es compensatoria ni con la víctima ni con el victimario”,<sup>3</sup> Esto, indudablemente abre el debate sobre la función del derecho penal y la cárcel en la actualidad. Sobre todo, si en efecto se dispone de una institucionalidad que permite la prevención de delitos y la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Con base a lo antes mencionado, el presente trabajo de investigación titulado, “La Justicia Restaurativa como alternativa legal frente al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador”, tiene como pregunta central la siguiente ¿Cuáles son los aportes de la justicia restaurativa como un modelo de alternativa legal, desde un enfoque al pluralismo jurídico, al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador? El estudio tiene como objetivo, “analizar qué es y qué efectos tiene el uso excesivo del derecho penal en el Ecuador, su desarrollo e incidencia” y, a su vez, “determinar qué papel puede fungir la justicia restaurativa en el Ecuador para dar solución y limitar es uso desmedido del derecho penal”.

Para desarrollar esta investigación se empleó métodos de investigación cualitativos dado que se trabajó con categorías conceptuales en donde se destacan efectos positivos se obtendrían con la aplicación de la justicia restaurativa como alternativa legal al derecho penal tradicional conservador y argumentativos, puesto que como lo afirma Sebastián López Escarcena “el modelo argumentativo consiste en reunir todos los puntos que puedan incluirse en una interpretación o posición intelectual determinada y exponerlos coherentemente, repitiendo a continuación este proceso respecto de la interpretación o posición contraria”,<sup>4</sup> es decir, se analizaron teorías contrapuestas como por ejemplo el retribucionismo y teorías que se enfocan en sanciones sociales que busquen participación activa de la víctima para reafirmar la conciencia colectiva y solucionar el conflicto sin hacer uso excesivo del poder punitivo del Estado.

---

<sup>3</sup> Thomas Mathiesen, Juicio a la prisión: El futuro del encarcelamiento, (Buenos Aires: *Ediar Editorial*, 2003), 231.

<sup>4</sup> Sebastián López Escarcena, “Para escribir una tesis jurídica: Técnicas de investigación en derecho”, *Revista Ius et Praxis* 17, n.º1 (2011): 238, ISSN 0717-2877.

De esta manera, el presente trabajo de investigación está compuesto por dos capítulos. El primero, hace referencia al uso excesivo del derecho penal en el Ecuador, donde se abordan temas relacionados al punitivismo, a la construcción del populismo punitivo por el expansionismo penal, conjuntamente con un análisis crítico de la teoría de mínima intervención penal y la necesidad del mismo. Para finalizar esta primera parte, se indaga sobre los sistemas carcelarios en el Ecuador, consecuencia del sistema penal, enfocada, principalmente, en la falta de procesos eficientes de rehabilitación, pero, sobre todo, su fracaso como institución resocializadora. Mientras que, en el segundo capítulo, se define lo que es la justicia restaurativa, su estructura, modelos, ventajas y desventajas de su aplicación en el ámbito nacional e internacional. Este estudio el análisis se desarrolla desde enfoques de pluralismo y de interlegalidad con el fin de constituir a la justicia restaurativa como un sistema de justicia complementario e independiente a la justicia ordinaria.

Los resultados de este estudio se presentan de la siguiente manera en el primer capítulo se aborda el uso excesivo del derecho pena, para ello se parte de analizar las nociones de poder punitivo, el populismo punitivo, luego se habla de las sanciones y métodos alternativos, la necesidad del derecho penal mínimo, los sistemas penitenciarios y las consecuencias del derecho penal. En el capítulo segundo se analiza la justicia restaurativa en el Ecuador y en otros estados, así como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sus límites y aplicaciones en determinados contextos.



## Capítulo primero

### El uso excesivo del derecho penal en el Ecuador

#### 1. El poder punitivo

El derecho penal, rama del derecho público, surge con la intención de poner límites al poder punitivo del Estado, y a la vez, dar protección a los bienes jurídicos fundamentales en una sociedad. Esta realidad pasó por momentos de extrema preocupación como un modelo inquisitivo donde las penas eran cruentas y el derecho penal únicamente se utilizaba para reprimir conductas, siendo así una herramienta clave para las monarquías y gobiernos autoritarios. Empero, ¿qué es el poder punitivo o *ius puniendi*? Desde lo etimológico de sus enunciados. En primer lugar, *ius* hace referencia a “derecho” y para finalizar, *puniendi*, significa “castigar”, por lo cual, se define como el derecho a castigar. En este sentido, cuando se habla de poder punitivo, se hace referencia a la facultad que tiene el Estado, a través de sus instituciones, a castigar, es decir se menciona la facultad sancionadora que posee la estructura máxima de organización de un país.

La experiencia del siglo pasado demuestra que cuando el poder punitivo pierde la contención del poder jurídico, son las agencias ejecutivas las que se encarnizan contra un chivo expiatorio o enemigo y cometen matanzas y genocidios, es decir, que las propias agencias ejecutivas desbocadas cometen los peores crímenes.<sup>5</sup> En la misma línea de análisis se afirma que el poder punitivo es un hecho político, el cual, su deber ser, radicaría en ser un hecho jurídico, con limitaciones y estricta observancia de los derechos humanos. De esta manera, Zaffaroni, en su clase informativa sobre el poder punitivo menciona que cuando se desbanda el poder punitivo viene el genocidio y la masacre.<sup>6</sup> El poder punitivo es un hecho político buscar la contención del ejercicio del poder que tiene el Estado. Cuando se desbanda viene el genocidio la masacre, es un falso dios, un ídolo, que controla o protege todo. Agencias ejecutivas sin control son las

---

<sup>5</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Estructura Básica del Derecho Penal, (Buenos Aires: *Ediar Editorial*, 2009), 31-2.

<sup>6</sup> FM Derecho UNCUIYO “Zaffaroni (Estructura del Derecho Penal: Teoría del Delito, 2013)”, video.

que ejercen el poder punitivo, que no haya control en las agencias ejecutivas no tengan control- estado policial.

Ramiro Ávila Santa María hace referencia a las trampas que utiliza el poder punitivo y entre otras menciona a la lucha contra la discriminación, a través del derecho penal que al fin y al cabo es el más discriminador de todos. En este caso, parafraseando a Zaffaroni, señala que el poder punitivo neutraliza el discurso antidiscriminatorio y por otro legitima un poder discriminatorio. El poder dominante tiene como finalidad subordinar y disciplinar. La subordinación se realiza a través de la mantención del *statu quo*, caracterizado por una sociedad patriarcal, adulto céntrico, especificista, racista, mientras que la disciplina se tiene a través del derecho pena, es decir a través del método de coerción y de represión. Esto se caracteriza, primero a través de encasillar la lucha en lo procesal y secundo en tecnicismos y ritualismo procesales.<sup>7</sup> En definitiva la legislación penal es la herramienta estatal que mayor coerción ejerce sobre los ciudadanos, generalmente restringe de forma muy peligrosa las libertades y algunos otros derechos de importancia constitucional y convencional. Las consecuencias jurídicas por quebrantar las disposiciones normativas de índole penal son muy variadas, dependerá en gran medida si el sujeto activo de la infracción es una persona natural o, a su vez, es una persona jurídica. A las personas naturales se les suele imponer: Penas privativas de libertad, penas restrictivas de los derechos de propiedad, inhabilidades para el ejercicio profesional y otras restricciones a los derechos. A las personas jurídicas, se les impone multas, clausuras, cierres temporales y definitivos.

## 2. El populismo punitivo

Una vez desarrollada la idea del punitivismo es importante abordar el populismo punitivo, el cual ha tomado gran fuerza en nuestra realidad jurídica, puesto que se ha evidenciado que a través del derecho penal se ha buscado controlar y dominar al pueblo, utilizando soluciones placebo a los “intereses” y “necesidades” de la ciudadanía. A su vez, es inevitable afirmar que el expansionismo penal, del cual se hablara en apartados posteriores, demanda la tipificación de nuevas conductas con sanciones irracionales que

---

<sup>7</sup> Ramiro Ávila Santamaría, La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Legales, 2013), 28 - 29

afectan directamente a la realidad social y carcelaria. El populismo penal se caracteriza por proponer la solución de problemas a través del discurso y la representación de las mayorías. “Promete un supuesto acercamiento del pueblo al poder político, garantizando lo imposible: la esperanza de representarlo todo, de encarnar el pasado, la tradición, la nación, la continuidad histórica, involucrando al mismo tiempo el cambio y la modernización plena hacia el futuro”.<sup>8</sup>

Por lo tanto, el populismo tiene por objeto una vinculación directa del pueblo en la solución de conflictos y decisiones políticas, a través del discurso, ofertando satisfacción, esperanza, emoción, pero sobre todo legitimación en las decisiones, sean negativas o positivas, con base a la unanimidad en las disposiciones. Es decir, a un político populista no tendría por qué preocuparse si sus propuestas carecen de unos mínimos axiológicos que las respalden desde un punto de vista normativo.<sup>9</sup> Sino que pretende que la sociedad, por unanimidad, respalde las decisiones adoptadas, a través del discurso y justificación social para convencer a las masas, lo cual, sin duda alguna genera un gran conflicto puesto que se pueden tomar decisiones arbitrarias y que en realidad perjudiquen a la sociedad en general, con la vana idea que son decisiones en pro de la ciudadanía. Empero en el ámbito penal se torna diferente, ya que no necesita solo consensos, sino también pasiones y simpatías entre la población.<sup>10</sup>

Con este enfoque, Garland define que el populismo punitivo o el nuevo populismo es aquel que se utiliza para designar la manera como se abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad y se adopta, en cambio, un manejo completamente politizado de la cuestión penal.<sup>11</sup> Lo que significa que el ejercicio de control de la política criminal no es desarrollada por los expertos, profesionales del derecho o de los legisladores, sino que el pueblo reivindica su acción popular (acción de sentido común) y se enfoca en exigir la protección de las víctimas o las personas que han sufrido directamente los agravios y violaciones a sus bienes jurídicos. Manejar el derecho desde esta perspectiva, desarrolla una conducta de antagonismo pleno, puesto que dar protección total a la víctima significa ir en contra del delincuente, pretendiendo implementar acciones maquiavélicas, donde el fin justifica

---

<sup>8</sup> Nelson Arteaga Botello, “Administrar la violencia: racionalidad, populismo y desincorporación de la punición en México”, *Espiral*, Vol. 8, n.º 75 (2002), 45.

<sup>9</sup> Julián Muñoz Tejada, “Populismo punitivo y una “verdad” construida”, *Nuevo foro penal*, n.º 72 (2009), 26.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>11</sup> David Garland, “*La cultura del control: crimen y orden social en la Sociedad contemporánea*” (Barcelona: Gedisa Editorial, 2005), 49.

los medios, y, en el caso en concreto, que la tipificación de nuevas conductas y sanciones extremas son necesarias para proteger al público en general por medio del aislamiento y represión.

Con base a esta perspectiva es necesario abordar lo mencionado por Elena Larrauri, “el populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso”,<sup>12</sup> lo cual sin duda alguna ha legitimado los un cambio de paradigma a un modelo de control social, dónde el objetivo principal no es resocializar y reinsertar a los prisonizados, sino la inocuización de los sujetos y por ende su represión. Este enfoque ha fomentado la creación de nuevos tipos penales aumentando el número de población carcelaria, conjuntamente con un sistema penal que no valora los hechos sino también al autor y respaldado por una aceleración del proceso penal, a través del modelo acusatorio, pensando en la participación de la víctima y procesado, abreviando las etapas penales con el único objetivo de obtener sanciones y resultados en menor tiempo.

De esta manera se maneja un sistema penal de control e intolerancia, donde Larrauri, tomando como referencia a Garland, desarrolla cuáles son sus indicadores. En primer lugar, menciona la crisis del ideal resocializador,<sup>13</sup> es decir, se cuestiona si en realidad los infractores pueden rehabilitarse y reinsertarse en sociedad, puesto que es evidente el fracaso de la prisión y sobre todo la vulnerabilidad al estado de bienestar,<sup>14</sup> buscando dar protección a la sociedad a través de la incapacitación del delincuente. En Segundo lugar, se desarrolla la idea del resurgimiento de las sanciones punitivas y degradantes<sup>15</sup>, donde se requiere que las normas sean expresivas y se comunique cuan represivo y punitivo es el sistema. Esta realidad es traspolada a la ciudadanía con una conciencia colectiva de punibilidad, sin temor a represalias, críticas o *vendettas* por sus deseos. En tercer lugar, el aumento del clima punitivo entre la población,<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Elena Larrauri, “Populismo punitivo...y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia*, n.º.55 (2006), 15.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>14</sup> El concepto de Estado de Bienestar se asocia a un aparato institucional lo suficientemente desarrollado como para acometer con garantías de éxito la resolución de todos los problemas que se presentan en el funcionamiento de la sociedad actual y más concretamente en los desajustes producidos por el funcionamiento del sistema capitalista. Marisol Collazos, “*El estado de bienestar*”, 5. Tema 9. El Estado de Bienestar (marisolcollazos.es).

<sup>15</sup> *Ibid.*, 15.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 15.

preponderando la falta de empatía con el delincuente, debido que por la atrocidad de sus actos ya no es visto como una persona, sino como “el otro”, un ser sin conciencia y carente de recibir compasión. En cuarto lugar, el retorno de la víctima,<sup>17</sup> buscando reivindicar su participación en el proceso penal, limitando los derechos de los delincuentes. En quinto lugar, la reafirmación de la prisión como medio de conseguir la incapacitación de las personas que delincente,<sup>18</sup> confiando vehementemente que la cárcel es la institución que permite controlar y prevenir el delito, a través de la segregación y marginación del infractor. A su vez, este criterio permite la privatización de las instituciones carcelarias y sobre todo de las fuerzas del orden, justificada por el discurso de protección del estado de bienestar y cuidado de la ciudadanía. Y para finalizar, un sentimiento constante de crisis, plasmado en la multitud de reformas, pesimismo generalizado, descrédito de los expertos y en general desconfianza del público acerca de la posibilidad de contener la delincuencia.<sup>19</sup> Es así que, por medio de esta realidad, cualquier acción de persecución y protección, ya sea efectiva, inefectiva o de carácter simbólico se encontrará legitimada por el consenso social y por la tendencia a proteger el Estado y todos sus miembros.

Con estas bases se han desarrollado un sinnúmero de proyectos para frenar la delincuencia con denominaciones comunes como “cero tolerancias”, “duros contra el delito”, que marcaron, sin duda alguna, las estructuras para manejar el sistema penal a través de coerción y aceptación popular. Un claro ejemplo son las leyes de los “three strikes”, el cual consistía en:

En que ante la condena por tres delitos (en algunos casos meras bagatelas), al infractor reincidente le sería impuesta la pena de prisión a perpetuidad; discursos de ley y orden, donde se declaran guerras contra cierto tipo de delitos y son reivindicados los postulados decimonónicos de la responsabilidad estrictamente individual del delincuente, en otras palabras, al sujeto se le reprocha severamente por no haberse abstenido de delinquir pudiendo hacerlo y se configura con ello una noción de delincuente como sujeto racional que responde a la amenaza de la pena; y, ventanas rotas y tolerancia cero aludiendo a respuestas punitivas drásticas e intolerancia con cualquier infracción por ínfima que sea.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Ibid., 15.

<sup>18</sup> Ibid., 15.

<sup>19</sup> Ibid., 15.

<sup>20</sup> Diego Zysman Quirós, “La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”, en *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, coord. Iñiqui Rivera (España: Anthropos, 2005), 271.

Por lo tanto, se desarrolla un derecho penal de autor, donde los hechos quedan en segundo plano y se comienza a juzgar a la persona por su historial delictivo. A su vez, se introducen criterios económicos para criminalizar, es decir, se desarrollan estereotipos para afirmar que ciertas personas son más propicias a delinquir. Con base a esto, Nils Christie, afirma que los estados “gobiernan por medio del crimen” a partir de la creación de enemigos convenientes.<sup>21</sup> En el ejercicio del populismo punitivo es imperante y necesario tener el control del ámbito mediático y, por ende, control de los medios de comunicación que difunden los riesgos, los sucesos y las noticias sobre el delito, dónde se da a conocer las nuevas realidades criminales, implantando el miedo en la sociedad y, por parte del Estado, proveer los mecanismos para solucionar este conflicto los cuales deberán ser aceptados por la sociedad.

A su vez, un criterio que ha permitido el uso desmedido del discurso del populismo en el sistema penal es la expansión del derecho penal,<sup>22</sup> el cual, *grosso modo*, se da por la naturaleza dinámica y evolutiva del mismo sistema de justicia que debe irse adaptando a nuevas realidades, a los riesgos que se presentan a la sociedad y la necesidad de dar protección a nuevos bienes jurídicos. Esto, sin duda alguna, permite la introducción de nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes, es decir incremento de penas, creación de nuevos bienes-jurídicos penales, flexibilización de reglas de imputación.

Claros ejemplos de estas realidades son las tutelas penales desarrolladas al derecho penal económico, dónde ya no se abordan sanciones pecuniarias únicamente, sino también privativas de libertad, la responsabilidad penal de la persona jurídica, los delitos contra la naturaleza o animales, en el carácter simbólico tipificaciones como la del femicidio, que a criterio personal, rompen la idea de un modelo garantista y de mínima intervención penal, de los cuales se abordará a continuación, desarrollando un derecho penal de máxima intervención, dónde, se extralimita la tutela de bienes jurídicos, perdiendo así el sentido de *ultima ratio*. Sin duda alguna, el uso excesivo del derecho penal, pero sobre todo con un tinte populista y con enfoques de control social, han ocasionado que la cárcel y el sistema penal, en general, esté saturado y no ha generado políticas criminales óptimas enfocadas en la prevención del delito y la

---

<sup>21</sup> Nils Christie. “*El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobrecriminalización*”, en XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), 54.

<sup>22</sup> Para Silva Sánchez “expansión” sería la tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía. Silva Sánchez, José María, “*La expansión del derecho penal*”. 17-18.

rehabilitación de los delincuentes o infractores. El populismo punitivista es consecuencia directa de un déficit democrático, pues entender a la democracia únicamente en términos participativos ocasiona falta de control, deliberación y crítica a las decisiones que se tomen desde el poder. Entonces, el problema y la posible solución al tópico del punitivismo en el Ecuador y en cualquier Estado tiene raigambre democrática y, por ello, gran parte de la doctrina recomienda que se conciba a la democracia en términos deliberativos, es decir, con una ciudadanía involucrada en cada decisión del poder político.

El populismo no es otra cosa que la capitalización que hace el político de turno respecto de las necesidades inmediatas de venganza que tiene la ciudadanía, pues legisla para complacer a las masas sin basarse en criterios técnicos o científicos que le doten de racionalidad e idoneidad a las decisiones que se tomen. En el caso concreto de la República del Ecuador, la reforma al COIP de diciembre de 2019 es el paradigma del populismo penal, pues se incrementaron las penas, se tipificaron nuevos delitos y se establecieron institutos procesales por demás innecesarios, pero con un gran impacto social.

### **3. Sistemas penitenciarios: consecuencias del derecho penal**

Se ha mencionado que las consecuencias jurídicas son las que le dan el toque distintivo al derecho penal, respecto del resto de ramas del derecho. Entonces, siendo que ya se había hecho alusión a las distintas consecuencias, tanto para personas naturales, como también para personas jurídicas, es preciso mencionar la consecuencia jurídica más agravante de todas, como lo es la pena privativa de libertad y es que, además, es la única que tiene vinculación directa con el sistema penitenciario. Al respecto se pretende ofrecer una visión general de la situación jurídica y penitenciaria de algunos países de América Latina, para ello, se tomará como referencias cuán represivas resultan ser sus normas jurídicas y la consecuencia de aquello reflejado en el marco del sistema penitenciario. Para el efecto, se seleccionará el delito que con mayor frecuencia se sanciona en algunos países latinoamericanos y luego se revisará la situación carcelaria de cada uno de ellos.

Una de las obras que más ilustran el sistema penitenciario es *Vigilar y Castigar* (1975) de Foucault en el que expone el nacimiento, funcionamiento y los logros de las

prisiones en términos de construir una sociedad disciplinada. La prisión en Europa y Estados Unidos, siglos XVIII y XIX, está atravesada por un proyecto normalizador, donde emerge la disciplina como tecnología del poder, que tiene como centro de referencia el cuerpo de los individuos para transformarlos en dóciles y útiles,<sup>23</sup> “La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia)” (Foucault, 1989, 142).<sup>24</sup> Esta tecnología del poder alcanza su máxima expresión en el panóptico y, por lo tanto, la prisión se convierte en la vía central de introducción de la disciplina como tecnología del poder y se constituye en modelo de institución disciplinaria en la modernidad. Tal es el objetivo de la prisión, la corrección del criminal, cuyo objetivo es convertir al delincuente en un no delincuente. Se caracteriza por a) el encierro y el aislamiento, es decir una ruptura de las elaciones e influencias sociales; b) el trabajo, el cual ha estado asociado a la corrección, mediante el secuestro de aquellos que hay que corregir; c) la religión, en donde se busca la reconciliación del pecador, con la divinidad y a través de ello la reconciliación con la sociedad; d) la educación, a través de la cual se trasmite valores al preso, pero también se supone que una vez instruido y liberado, esta persona está en condiciones de vincularse a la sociedad de manera productiva; e) la familia, ya que se busca que el privado de la libertad, mantenga contacto con la familia y se fortalezcan los lazos familiares, a fin de que cuando sea liberado tenga un espacio de vínculo social directo; f) la reglamentación, la vigilancia y la sanción, como un mecanismo de para lograr la corrección de conductas lesivas a la sociedad, y moldear hacia formas de comportamiento aceptables en la sociedad moderna; g), la observación, en la cual los privados de libertad están bajo seguimiento para identificar los cambios de comportamiento; h) la flexibilización del encierro, con la finalidad de que el preso pueda alivianar la carga del Estado en las prisiones y procurar producir en condiciones de prelibertad.<sup>25</sup>

Así pues, una revisión meramente estadística permite colegir que el delito que más se sanciona y por el que, existe el mayor número de personas privadas de libertad en América Latina, es el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes. Al respecto, existe un estudio empírico del “Colectivo de estudios drogas y derecho”, en el cual se pone sobre la escena cuán perjudicial resultan ser las regulaciones jurídicas

---

<sup>23</sup> Máximo Sozzo ¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina Revista latinoamericana de seguridad ciudadana n° 1 (2007), 88.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Ibid., 89-92

sobre las drogas y las consecuencias que esto trae aparejado para los sistemas penitenciarios: A continuación, algunas de las consideraciones del colectivo aludido:

En todos los países latinoamericanos estudiados, con la excepción de Bolivia, la población encarcelada por drogas aumentó más rápido que la población carcelaria en general, a un ritmo de entre 8 y 33 veces en los últimos 15 años, con variaciones dependiendo del país. En Brasil, mientras la población carcelaria incrementó en 55% entre 2006 y 2014, la encarcelada por delitos de drogas creció 267%, es decir, a un ritmo cinco veces mayor. En Colombia, entre 2000 y 2015, la población carcelaria creció 141%, pero la población encarcelada por delitos de drogas aumentó 289%.<sup>26</sup>

Con base en estas estadísticas, resulta por demás importante preguntarse si el fenómeno de hiperinflación carcelaria tiene origen en un agravamiento del crimen relacionado a las drogas o si, por el contrario, el motivo se encuentra en una regulación jurídica absolutamente estricta y con consecuencias draconianas. El colectivo de investigación de la cita que precedió se encargó de investigar la situación carcelaria de 10 países, entre ellos los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México, Perú, y Uruguay. Sin embargo, para efectos del desarrollo y crítica de este apartado del trabajo, únicamente haré referencia a la situación del ordenamiento jurídico ecuatoriano y argentino respecto de las regulaciones jurídicas en general y en especial sobre la intensificación y rigidez de las normas en torno a las drogas y los institutos procesales que giran en torno a este, pues solo de esa forma será posible explicar la debacle de los sistemas penitenciarios.

Así pues, en Ecuador, por ejemplo, en la última reforma al COIP del año 2019, es ostensible que cada vez se regula con mayor rigidez el tema de las drogas, puesto que, no solo que las penas privativas de libertad aumentaron, sino que, el legislador ecuatoriano tomó la aberrante decisión de proscribir la posibilidad de que las personas sentenciadas por tráfico en alta y gran escala puedan acceder a los beneficios del régimen de prelibertad y esto afecta sustancialmente la situación de los sistemas carcelarios, pues significa más gente presa durante plazos de tiempo más extendidos. En realidad, una norma de estas características se contradice con la finalidad misma de la pena y muchísimos principios de jerarquía constitucional, como por ejemplo la idea de

---

<sup>26</sup> Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. “Nuevo estudio muestra crecimiento en el número de encarcelados en América Latina por delitos de drogas de bajo nivel”. <http://www.drogasyderecho.org/cedd-en-los-medios/prensa/nueva-investigacion-del-cedd-2/> (consultada el 10 de octubre de 2021)

resocialización, pues para estos supuestos no existen posibilidad de reinserción social anticipada. En el año 2019 el legislativo manifiesta lo siguiente:

Sustitúyase el artículo 698, por el siguiente texto:

Artículo 698.- Régimen semiabierto. - Es el proceso de rehabilitación social de la o del sentenciado que cumple con los requisitos y normas del sistema progresivo para desarrollar su actividad fuera del centro de ejecución de penas de manera controlada por el Organismo Técnico.

(...) para acceder a este régimen se requiere el cumplimiento de por lo menos el 60% de la pena impuesta.

(...) no podrán acceder a este régimen las personas privadas de libertad que hayan sido condenadas por asesinato, femicidio, sicariato, delitos contra la integridad y libertad persona con resultado de muerte, robo con consecuencia de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, delitos de violencia contra la mujer o miembros el núcleo familiar, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, enriquecimiento privado no justificado, delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en alta y gran escala ...

En consecuencia, si a esto último se suma la creación de nuevos delitos, el incremento en el *quantum* de las penas, y la reducción de garantías constitucionales en los procesos penales, se tiene como resultado una situación insostenible en las cárceles ecuatorianas. Ahora bien, es preciso que, en primer lugar, se concretice el análisis que continúa y, por ello, será importante destacar el verdadero significado de lo que debe entenderse como sistema o derecho penitenciario en general. Al respecto, los profesores Borja Mapelli Caffarena y Rubén Alderete Lobo, tienen escrito lo que continúa:

La conocida desatención de la cuestión penitenciaria necesariamente da lugar, en primer término, a que no se haya debatido suficientemente sobre el concepto y los contenidos de lo que llamamos penitenciario y con qué criterios debemos resolver ambas cuestiones. Y no son estas decisiones accesorias, sino que inciden en la concreción de los principios que operan y las competencias de los órganos y, consiguientemente, en la seguridad jurídica.<sup>27</sup>

Bajo este antecedente es evidente que el tema penitenciario no ha recibido un tratamiento minucioso como sí se lo ha hecho con otros aspectos problemáticos del derecho e incluso otras ramas del derecho.<sup>28</sup> Sin embargo, con base en todo lo expuesto

---

<sup>27</sup> Mapelli Caffarena Borja y Rubén Alderete Lobo, *Manual regional de buenas prácticas penitenciarias*, (Madrid: Eurosocial, 2015), 15.

<sup>28</sup> En el mismo sentido, Borja Mapelli y Alderete Lobo, sostienen que, “Hoy resulta incuestionable que el derecho penitenciario forma parte del conjunto del orden jurídico y, además, se trata de una rama del derecho público en la medida que abarca parte de las relaciones del Estado con los ciudadanos. Pero más allá de esto no hay un acuerdo pacífico sobre la rama del ordenamiento público en la que se inserta”, *Ibid.*, 18.

es posible definir al sistema o derecho penitenciario como el conjunto de normas, procedimientos y modelos encaminados a regular la situación de los ciudadanos que han sido privados de su libertad. En este sentido, sea cual fuere el modelo penitenciario que se adopte, es decir, que sea más o menos riguroso, lo cierto es que la cárcel como institución está atravesando una crisis de legitimación severa, puesto que, si el objetivo del sistema penitenciario es cumplir con la finalidad de la pena correspondiente a la resocialización o reinserción de los sentenciados,<sup>29</sup> cada reincidencia o el mismo aumento de privados de libertad, da como resultado un déficit de comprobación empírica sobre la idoneidad de este instituto.

Respecto de la crisis carcelaria, los autores argentinos Cecilia Ales, Rodrigo Borda y Rubén Alderete Lobo destacan una enorme crisis en la República de la Argentina y, por obvias razones, dicha crisis se ve caracterizada por una enorme y preocupante sobrepoblación, pues un estudio empírico ha demostrado que la gran mayoría de cárceles operan por encima de su capacidad. Algunos de sus argumentos:

Parte importante de las unidades carcelarias de la Argentina se encuentran oficialmente sobrepobladas, esto es, alojan una cantidad de personas superior a lo que el cupo declarado les permite. Al mes de febrero de 2005, ésta era la situación en varias de las prisiones del Servicio Penitenciario Federal, en tanto las restantes unidades se encontraban prácticamente al límite de su capacidad. [...] La sobrepoblación de las cárceles bonaerenses derivó en una situación aún más preocupante: el alojamiento de personas en condiciones infrahumanas en comisarías, cuyas instalaciones han sido, en la práctica, asimiladas a plazas de alojamiento.<sup>30</sup>

De lo expuesto, a todas luces se desprende la enorme crisis carcelaria de la República Argentina, y con ello se puede comprobar que dicho fenómeno no es exclusivo del Ecuador, sino que, en el resto de los países padecen una situación semejante, caracterizado por un sistema punitivo que da como resultado hacinamiento, violencia y vulneración de los derechos humanos a los privados de la libertad. En relación a las causas de esta preocupante sobrepoblación carcelaria, los precitados autores argentinos proponen las siguientes:

El análisis del fenómeno de la sobrepoblación carcelaria requiere evaluar la actividad de todos los poderes del Estado de manera individual y en su conjunto. No resulta

---

<sup>29</sup> Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10 (3) señala lo siguiente: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

<sup>30</sup> Cecilia Ales, Rodrigo Borda y Rubén Alderete Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, en *Colapso del sistema carcelario*, (Buenos aires: Siglo XXI editores, 2005), 17- 20.

arriesgado afirmar que el problema tiene su génesis en: a) la inconsistencia de las políticas públicas adoptadas en materia criminal y penitenciaria; b) deficiencias de orden normativo; y c) deficiencias en la administración de justicia.<sup>31</sup>

En este sentido, se coincide con criterio de los profesores citados, pues es claro que el problema se encuentra en la política criminal y penitenciaria de los Estados y la consecuente regulación jurídica estricta e irracional que se realiza al respecto. Además, es insoslayable hacer alusión a la participación del aparato jurisdiccional, puesto que, al final de cuentas son las personas llamadas para decidir sobre las libertades de los ciudadanos. Bajo esta premisa, si un Estado goza de juzgadores idóneos y probos, seguramente el nivel de privados de libertad en el Ecuador se reduciría sustancialmente, no obstante, aquello no parece suceder en el Ecuador, pues el número de privados de libertad de forma provisional es escandaloso.<sup>32</sup> Todo esto permite inferir cierto déficit en la administración de justicia. De cualquier manera, sea que se piense que el problema del déficit penitenciario es provocado por un incremento en la tendencia punitivista del legislador ecuatoriano, una errónea forma de concebir a la prisión o, a su vez, se crea el problema se explica por un incremento real de actividades delincuenciales, lo único cierto es que, un sistema penitenciario o carcelario con un severo déficit de operatividad, lesiona derechos fundamentales y de índole constitucional.<sup>33</sup>

Un sistema penitenciario puede definirse como el conjunto de normas, reglamentos, políticas y condiciones jurídicas e institucionales que regulan el funcionamiento de las cárceles en los Estados y que, también se encargan de regular las condiciones en las cuales los condenados cumplirán con sus sentencias. El sistema penitenciario, al igual que cualquier otra norma jurídica, depende del poder legislativo y ejecutivo, es decir que, las decisiones que se adopten deberán responder a criterios de científicidad y tecnicidad para que gocen de idoneidad y legitimidad democrática.

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, 21.

<sup>32</sup> Respecto del número de presos preventivos en el Ecuador, véase el siguiente comunicado de prensa, en el cual se desnuda de cuerpo entero la enorme predisposición punitivista que tiene la administración pública en el Ecuador, puesto que, es insostenible que se tenga un 30 % de presos preventivos cuando las cárceles se encuentran desbordadas. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/carceles-sentencia-presos-medidas-sustitutivas.html>.

<sup>33</sup> Con un criterio semejante, los profesores argentinos Cecilia Ales, Rodrigo Borda y Rubén Alderete Lobo, han emitido el siguiente argumento crítico: “El alojamiento de personas en establecimientos carcelarios por sobre su capacidad es, por sí solo, un indicador de violación a la garantía de los reclusos de recibir un trato digno y condiciones de detención adecuadas. Esta violación acarrea consecuencias concretas de suma gravedad para las personas privadas de su libertad y tiene repercusiones especialmente negativas en la ejecución de las penas”. *Ibid.*, 21.

El sistema penitenciario atraviesa una crisis institucional gravísima, y aquello puede corroborarse con echar un vistazo a la preocupante sobrepoblación y hacinamiento que padecen las personas privadas de la libertad. Los motivos de la precitada crisis pueden ser algunos, sin embargo, a cualquier luz resalta uno y es la tendencia política punitivista de los Estados en general y del Ecuador en particular. Este método, genera represión, severidad y violación de derechos, todas las decisiones político-criminales y político-penitenciarias que se toman al calor del momento se traducen violación de derechos humanos.

#### **4. El garantismo penal**

El garantismo penal, siguiendo a Ferrajoli viene a ser la ley del más débil, es decir de aquella persona que está en situación de vulnerabilidad. Según Ferrajoli, cuando se está cometiendo un delito, la persona más débil es la víctima, cuando está deteniendo investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso procesado o acusado y cuando se ha condenado, la persona más débil es el quien cumple sentencia.<sup>34</sup> Es decir que en Ferrajoli el concepto de debilidad transita desde la víctima al victimario en un proceso penal, pues éste último se enfrenta al poder omnipotente del Estado. Cuando se comete un delito, el criminal hace uso de la fuerza en contra de la víctima, en el proceso penal, los fiscales, los jueces y la policía tienen la facultad de detener, privar de la libertad y acusar al sospechoso, en las cárceles, el Estado tiene el control y la vigilancia absolutos.

Así como hay personas que se encuentran en situación de debilidad, hay personas que ejercen poder. Todas las personas en ciertas circunstancias son débiles y en otras ejercen poder. En tal sentido cuando la situación en la que uno se encuentra es el más débil, tiene los derechos para ejercerlos. Cuando una persona que se encuentra en condición de ejercer poder no requiere de los derechos, ejerce el poder.<sup>35</sup> Tal es el caso de la fuerza pública, por ejemplo, que se encuentra en condición de ejercer poder en nombre del Estado, o el Fiscal o el Juez, el uno ejerce el poder de acusar y el otro ejerce el poder de administrar justicia.

---

<sup>34</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, 335.

<sup>35</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Legales, 2013), 50.

Los derechos por un lado limitan el poder, imponiendo al Estado obligaciones de no hacer y por otro vinculan al poder imponiendo obligaciones de hacer. Así el garantismo se aplica en todas esferas de la vida, pero en lo penal tiene ciertas características particulares. Las personas y el derecho de los derechos humanos se enfrentan al poder de vigilancia, control y represión que ejerce el Estado de la manera más violenta. En tal sentido, las garantías penales son los límites y vínculos del poder punitivo. Un Estado que tiene una constitución donde se reconocen los derechos es un Estado con un modelo de justicia penal garantista, puesto que los derechos establecen los límites de actuación del Estado frente a los individuos, pero también obligaciones de protección. Así entonces, los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales adquieren la condición de principios, y por lo tanto se convierten en mandatos de optimización.<sup>36</sup> Los principios señalados por Ferrajoli son diez, relacionados con el delito, la pena y el proceso.

Principios de la pena: retributividad (no hay pena sin delito), mera y estricta legalidad (no hay delito sin ley), necesidad (no hay ley sin necesidad). Principios del delito: lesividad (no hay necesidad sin ofensa), materialidad (no hay ofensa sin acción), culpabilidad (no hay acción sin culpa). Principios del proceso: jurisdiccionalidad (no hay culpa sin juicio), acusatorio (no hay juicio sin acusación), probatorio (no hay acusación sin prueba), contradictorio (no hay prueba sin defensa).<sup>37</sup>

De esta manera, el garantismo penal es legítimo en cuanto supere adecuadamente las preguntas de si y por qué, cuándo y cómo en relación a la pena, el juzgamiento y el delito. En cuanto a si y por qué debe existir la ley penal, se plantea que tiene sentido solo si disminuye la violencia y protege al más débil, en tal sentido es un mal menor necesario. En este caso el procesado se convierte en la persona más débil ante un poder mayor que es el que ejerce el Estado a través de su sistema de justicia. El primero actúa violentamente en contra de otra persona desde una posición irracional, pero el segundo tiene la ventaja de que ejerce, la violencia y el poder de manera planificada, con base en un proceso institucional sólido que convierte al procesado en algo insignificante. De ahí la necesidad de que la, violencia que ejerce el Estado, sea mínima, es decir, que se limite al máximo, para lesionar lo menos posible al procesado. La ley penal previene las penas informales, maximiza el bienestar de las personas que cometen delitos y de las víctimas, y minimiza el malestar de los participantes en el conflicto social; es

---

<sup>36</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal*, 50-56.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 57.

decir, minimiza la lesión y maximiza la tutela. La forma que toma el derecho para lograr esta finalidad es lo que Ferrajoli denomina el “derecho penal mínimo”.<sup>38</sup>

Frente a la pregunta de ¿cuándo castigar?, operaría el principio de legalidad, es decir que, en un sistema garantista, la pena es la consecuencia de la existencia del delito, por lo tanto, el delito se convierte en la condición necesaria para la existencia de la pena. Pero en este caso debe observarse el principio de estricta legalidad, es decir cuando la ley penal se encuentra condicionada por otros principios como el de lesividad o el de última ratio.

En tanto que frente a la pregunta de ¿cómo castigar?, tanto la pena y el delito son dos formas de violencia, la una provocada por el Estado y la otra provocada por el individuo infractor. La diferencia está en cuanto la pena, es una violencia programada y organizada y que el delito es una violencia irracional, desmesurada e impulsiva.<sup>39</sup> En este caso se debe aplicar la pena mínima necesaria, tendiente a frenar reacciones penales más aflictivas, respetando a las personas y su dignidad, por lo tanto, debe ser necesaria, mínima y cierta.

En cuanto a la pregunta ¿cuánto hay que castigar?, que va en consonancia con el principio de proporcionalidad, es necesario señalar que, en el sistema penal, la determinación de la pena es difícil y atraviesa dificultades. Así, entonces, las penas deben tener un máximo, sobre el cual la pena debe considerarse desproporcionada y un mínimo, bajo el cual hay que considerar que la pena nunca debe ser peor que la violencia del delito. La primera determinación le corresponde al legislador, la segunda es la determinación judicial. Así entonces: El juzgador tiene la obligación de connotar el caso (encontrar el tipo penal que se adecua al hecho), denotar el hecho (verificar la falsedad o veracidad de los hechos mediante el juicio) y determinar la pena.<sup>40</sup> Finalmente, en la ejecución penal, se presentan vulneraciones de derechos, en la prisión preventiva o en la sentencia condenatoria, o cuando las penas se prolongan más de lo establecido en la sentencia y en la ley. En tal sentido, la administración no puede ser desproporcionadas o prohibidas, como “aislar, encerrar en calabozos, privar de visitas o tratar de forma cruel, inhumana o degradante”.<sup>41</sup>

La otra interrogante de ¿cuánto prohibir?, hace relación al principio de lesividad, es decir que solo se puede prohibir cuanto se produce un daño grave en contra de un

---

<sup>38</sup> Ibid., 70.

<sup>39</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal*, 73

<sup>40</sup> Ibid., 75.

<sup>41</sup> Ibid., 76.

derecho fundamental. Cómo prohibir, hace relación al principio de regularidad y taxatividad, es decir que las técnicas de control social vía penal deben ser compatibles con los dos derechos fundamentales.<sup>42</sup> En este caso, el legislador establece unos parámetros generales, que en algunos casos son, hasta controversiales, pero es el juez quien tiene la obligación de adecuar la conducta ilícita a una pena tendiente a restaurar la armonía en la sociedad, para que no se convierta en una simple venganza pública, sin objetivo social ninguno.

Con respecto al proceso se presentan las siguientes interrogantes, primero cuando juzgar, relacionado con el principio acusatorio, es decir que solo puede iniciarse un juicio cuando hay acusación. Segundo qué juez, es decir que se debe garantizar el principio de independencia e imparcialidad, pues el juzgador que se materializa es aquel que ejerce una función pública institucionalizada, que debe comprender la verdad y tutelar la libertad.<sup>43</sup> Se debe también abordar la pregunta de cómo juzgar que van en consonancia con el principio probatorio y contradictorio, es decir es una garantía para conocer la verdad y l para preservar la libertad.

## 5. El derecho Penal mínimo

El derecho penal mínimo es concordante con el liberalismo, es decir es una doctrina que surge en el siglo XVIII, en donde se reivindica la libertad, personal, religiosa, literaria, etc. Así entonces, el Estado, es quien tiene la facultad de determinar qué conductas son prohibitivas y las penas que deben imponerse.<sup>44</sup> De ahí que el Estado, está en la obligación de acordar los bienes a ser protegidos, mediante el sistema punitivo, su poder de coerción, con base en los principios de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad, humanidad y resocialización.<sup>45</sup> Para Milanese, (s.f), la doctrina habría logrado que los principios de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, resocialización, presunción de inocencia, sean considerados de rango constitucional y, por lo tanto, sean los escudos protectores del individuo, frente al poder del Estado.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Ibid., 81.

<sup>43</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal*, 89.

<sup>44</sup> Jorge pesquería leal, «El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico.» *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* (Policía Nacional de Colombia), 2014, 157.

<sup>45</sup> Ibid., 158.

<sup>46</sup> Ibid., 158.

De lo anterior se puede mencionar que las conductas punibles deben ser aquellas que ponen en riesgo la seguridad ciudadana, las libertades o los principios democráticos de un Estado. Para ello, entonces las medidas tienen que ser excepcionales, agotando todas las otras formas de sanción no privativas de libertad (art. 60 del COIP en Ecuador). Por otro lado, la privación de la libertad solo debe conducir a que el individuo viva un proceso de reinserción social con apoyo de las instituciones del Estado. No obstante, la realidad es muy diferente, ya que cuando un individuo ingresa en un Centro Penitenciario en el Ecuador, o un país de América Latina, el escenario que se le ofrece es degradante.

## **6. Sanciones y métodos alternativos al Derecho penal**

El derecho penal tiene características innatas que lo diferencian del resto de ramas del Derecho. Su naturaleza es eminentemente coercitiva y tiene como principal consecuencia jurídica a la pena privativa de libertad. Como es natural, la pena privativa de libertad que fue aludida no es la única consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de normas jurídico-penales, sino que, además, en la actualidad existen una serie de consecuencias como, por ejemplo: para personas naturales, existen restricciones a los derechos de la propiedad, movilidad, inhabilitaciones; y, a las personas jurídicas, se les puede imponer desde multas hasta una extinción como lo sería el cierre definitivo de dichas entidades. En el ámbito doctrinal, Muñoz Conde y García Arán coinciden con las apreciaciones indicadas en el párrafo anterior, pues los profesores españoles han sostenido que, es completamente posible hacer distinciones sobre la naturaleza de cada una de las consecuencias jurídicas, a saber, los profesores indican expresamente lo siguiente:

La naturaleza de las penas se diferencia atendiendo al derecho del que privan. Así, el art. 32 Cp. establece que las penas a imponer pueden ser privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa, que afecta al patrimonio del condenado. En cambio, el comiso, que también recae sobre objetos que pueden ser propiedad del condenado, no tiene la consideración de pena sino de consecuencia accesoria a la misma.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal parte general*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 504.

De esta manera, queda absolutamente claro que, tanto desde un punto de partida normativo, como también desde una visión meramente doctrinal es posible distinguir entre algunas consecuencias jurídico-penales. Sin lugar a dudas, la consecuencia que diferencia al derecho penal del resto de ramas del derecho es la pena privativa de libertad y, sobre esta, es necesario realizar algunas consideraciones particulares que tendrán un vínculo estrecho con la finalidad de la pena que persigue tanto el COIP, como también la doctrina mayoritaria.

En primer lugar, en términos normativos, el legislador ecuatoriano tiene prescrito que la finalidad de la pena debe perseguir un fin resocializador y, además, reafirmar la confianza de la sociedad en que el ordenamiento jurídico está vigente y debe ser respetado.<sup>48</sup> Entonces, lo indicado por el legislador ecuatoriano podría traducirse en el sentido de que en el Ecuador se pretende que la pena cumpla una función de prevención general positiva<sup>49</sup> y también de prevención especial positiva,<sup>50</sup> que vendría siendo la resocialización. Sin embargo, para nadie es un secreto que dichas finalidades de la pena tienen un tremendo déficit empírico, pues las elevadas cifras de encarcelamiento y de reincidencia, citadas anteriormente, hablan por sí solas.

Finalmente, sobre la finalidad de la pena, la doctrina mayoritaria maneja una idea semejante a la del COIP, es así que Claus Roxín, el mayor representante de la dogmática jurídico-penal a nivel mundial, ha planteado que la pena deberá cumplir finalidades de prevención especial y general positiva, pero a la vez se encuentra limitada

---

<sup>48</sup> Para mayor certeza, el COIP prescribe en el artículo 52 lo referente a la finalidad de la pena. Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 52.

<sup>49</sup> El concepto de prevención general positiva es un término pluricomprendivo que abarca desde distintos efectos de la pena hasta amplias concepciones de justificación del sistema jurídico penal e, incluso, nuevas concepciones dogmáticas. Durán Migliardi, Mario, y "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función". *Revista de Derecho (Valdivia)* XXIX, no. 1 (2016): 275-295. *Redalyc*, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326013>

<sup>50</sup> El concepto de prevención general positiva es un término pluricomprendivo que abarca desde distintos efectos de la pena hasta amplias concepciones de justificación del sistema jurídico penal e, incluso, nuevas concepciones dogmáticas. Por esta razón, las nociones surgidas bajo este concepto no solo vinieron a sumarse a la discusión de los tradicionales fines de la pena (retribución, prevención general negativa y prevención especial), sino que, al incorporar nuevos conceptos desde las ciencias sociales (entre otros, la conformación de la conciencia jurídica colectiva, el psicoanálisis, la fidelidad y la confianza en el Derecho, la defensa del ordenamiento jurídico, el control social y la pacificación de la conciencia social normativa) contribuyeron a renovar la discusión concerniente a la justificación, legitimación y limitación del Derecho penal. Durán Migliardi, Mario, y "La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función". *Revista de Derecho (Valdivia)* XXIX, no. 1 (2016): 275-295. *Redalyc*, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326013>, 278- 279.

por el principio-categoría de culpabilidad.<sup>51</sup> Ahora bien, el *statu quo* referente a las consecuencias jurídico-penales debido al incumplimiento de las normas, solo permite pensar en penas restrictivas de los derechos de libertad, multas y demás; no obstante, existe una nueva tendencia doctrinal que se caracteriza por proponer algo diferente en cuanto a la naturaleza de las penas, por ello, en lo que sigue se esbozará brevemente la tendencia aludida.

El profesor Gargarella plantea que, el arquetipo de penas que tiene cualquier Código Penal del mundo tiene como base fundamental la participación estatal en el conflicto pues se piensa que con el incumplimiento de una norma no solo se lesiona al sujeto pasivo de la infracción en particular, sino que, dicho incumplimiento legitima una participación activa por parte del Estado en el castigo, pues las conductas antijurídicas estarían erosionando el Estado de libertades jurídicamente configuradas. En consecuencia, la idea troncal de Gargarella es que, resulta posible devolverles el conflicto a las partes, es decir, a la víctima y al agresor y, en consecuencia, tomaría protagonismo la idea de justicia restaurativa, desplazando de esa manera, la antiquísima respuesta agresiva que ha tenido el Estado como respuesta al crimen.<sup>52</sup>

Desde otro punto de vista, la idea de justicia restaurativa puede ser una solución para erradicar en gran medida la respuesta agresiva del Estado en el ámbito penal. Sin embargo, desde otras ramas del derecho bien se pueden encontrar caminos alternativos que nada tenga que ver con las nocivas y severas consecuencias jurídicas que resultan inherentes a la justicia penal. Sobre este punto, podría pensarse en ramas del Derecho como el administrativo sancionador o el mismo derecho civil, pues es absolutamente plausible que ciertas conductas puedan ser retiradas del catálogo delictivo para ser reguladas y sancionadas en otras ramas del derecho.<sup>53</sup> Un ejemplo claro de este podrían ser los delitos en contra del patrimonio y que sean de baja cuantía, las contravenciones penales en general, las infracciones con un grado de lesividad ínfimo, ente otras.

---

<sup>51</sup> Para ganar en claridad sobre el pensamiento de Roxin, véase, Claus Roxin, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, trad. Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila (Barcelona: *InDret*, 2012), 9.

<sup>52</sup> Para profundizar en el pensamiento del profesor argentino, véase, Gargarella, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, 105.

<sup>53</sup> Al respecto, es muy acertado el pensamiento del profesor Caballero Quiñonez quien sostiene lo siguiente: “se debería implementar en nuestro país más política social y menos política criminal, considerando que los graves problemas sociales, son en gran parte las causas de la aparición y mantenimientos de determinados hechos punibles”. Caballero Quiñonez, “superpoblación penal y política criminal”, en *Población y desarrollo, Facultad de Ciencias Económicas. (Universidad Nacional de Asunción, 2016)*, 96.

La terminología “Derecho penal” debe ser definida previo a criticar su idoneidad y necesidad. Es por ello que, el derecho penal puede ser entendido desde dos esferas que resultan ser muy diferentes; la primera de ellas, es entenderlo como legislación penal, ley penal o a su vez, como poder punitivo. Es decir, como ley penal, es la facultad que tiene el Estado para regular la conducta de los ciudadanos y sancionarlos en caso de que se alejen de las prescripciones normativas. En segundo lugar, puede ser entendido como saber jurídico-penal, o lo que es igual, como el conocimiento, construcción, crítica y valoración que realizan los científicos del Derecho respecto del Derecho positivo.

## **7. Necesidad actual del derecho penal alternativo**

Previo a la discusión, se parte de la definición de lo que debe entenderse por derecho penal. A saber: será esencial diferenciarlo de la ley penal o, a su vez, denominarlo como conjunto sistemático de elementos que le dotan racionalidad al sistema jurídico-penal, pues uno y otro son muy diferentes para efectos de verificar su necesidad en el actual contexto sociopolítico. Sobre el derecho penal en el sentido de ley o legislación penal, el profesor Rusconi traza una diferenciación de lo que debe entenderse como Derecho penal objetivo y Derecho penal subjetivo, a saber: “En el sentido del derecho penal objetivo normalmente se hace referencia al conjunto de normas que regulan la definición del hecho como punible y la estipulación de consecuencias jurídicas. Se trata de una de las partes del sistema normativo de un Estado”.<sup>54</sup> Asimismo, respecto del derecho penal subjetivo, el profesor argentino indica que este se refiere a menudo al *Ius puniendi*, es decir, “se trata de la facultad que tendría el Estado para administrar ese poder y de distribuir las reacciones jurídico-penales frente a hechos definidos, por el derecho penal objetivo, como ilícitos”.<sup>55</sup>

De cualquier manera, siempre que se hable de derecho penal objetivo o subjetivo siempre se estará haciendo alusión a legislación, ley penal y hasta del poder punitivo, pero la noción de derecho penal puede ser entendido desde otro punto de vista, es decir, desde un punto de vista dogmático encaminado a reglamentar las normas y dotar de racionalidad al sistema de normas. Sobre esta diferenciación, los profesores Zaffaroni,

---

<sup>54</sup> Maximiliano Rusconi, *Derecho penal parte general*, (Buenos Aires: Ad-hoc, 2016), 50-1.

<sup>55</sup> *Ibid.*, 55.

Alagia y Slokar son muy críticos y resaltan que ley y derecho penal no son lo mismo y aquello merece ser diferenciado, a saber:

El uso de la expresión *derecho penal* es equívoco: con frecuencia se la emplea para designar una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la *ley penal*. La imprecisión no es inocua, porque confunde *derecho penal (discurso de los juristas)* con *legislación penal (acto del poder político)* y, por ende, *derecho penal* con *poder punitivo*, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero.<sup>56</sup>

En consecuencia, se desprende de las palabras de los profesores argentinos que, al derecho penal puede entenderse como una construcción discursiva de juristas que nada tiene que ver con la noción de poder punitivo que viene siendo otra de las dimensiones del tema en cuestión. Con mayor detalle, Zaffaroni, Alagia y Slokar, destacan alguna de sus principales características, entendido como saber jurídico:

Se trata, ante todo, de una *rama del saber jurídico o de los juristas*. Como tal, persigue un objeto práctico: busca el conocimiento para orientar las decisiones judiciales, (b) En la forma republicana de gobierno, las decisiones judiciales -que también son actos de gobierno- deben ser racionales, lo que demanda que no sean contradictorias (aunque la racionalidad no se agote con esta condición). De allí que su objeto no se limite a ofrecer orientaciones, sino que también deba hacerlo en forma de *sistema*. (c) El sistema orientador de decisiones se construye en base a la *interpretación de las leyes penales*, que se distinguen de las no penales por la pena. El derecho penal requiere, por lo tanto, un concepto de pena que le permita delimitar su universo, (d) Este concepto de pena debe tener amplitud para abarcar las penas lícitas tanto como las ilícitas, porque de otra forma el derecho penal no podría distinguir el poder punitivo lícito (constitucional) del que no lo es. Por ello, el derecho penal *interpreta las leyes penales siempre en el marco de las otras leyes que las condicionan y limitan* (constitucionales, internacionales, etc.). (e) El sistema orientador que le propone a los jueces debe tener por objeto *contener y reducir el poder punitivo*.<sup>57</sup>

De esta manera, en este punto corresponde responder a la pregunta propuesta haciendo alusión al derecho penal no solo como ley penal o poder punitivo sino también al derecho penal como saber jurídico. Respecto del primero, esto es, sobre la ley penal o poder punitivo, su necesidad es cuestionada de forma permanente desde hace muchísimos años atrás, pues un gran número de académicos abogan por una especie de abolicionismo de los sistemas coercitivos, más en concreto, este grupo de académicos abogan por el abolicionismo de los sistemas carcelarios como principal consecuencia de

<sup>56</sup> Véase, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal parte general*, (Buenos Aires: Ediar, 2000),4.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 5.

un ordenamiento jurídico coercitivo. En esta línea de pensamiento, el profesor Sebastián Scheerer explica al abolicionismo de la siguiente manera:

Es necesario comprender el desgaste del sistema carcelario, fenómeno que es muy fuerte al menos en varios países de Europa, para entender la atracción del abolicionismo. En los Estados Unidos la mayoría asocia este nombre con la abolición de la esclavitud y/o la pena de muerte. En Europa, abolicionismo significa "deshacerse de todo el sistema carcelario", y para algunos, hasta el propio fin del derecho penal como tal.<sup>58</sup>

Para sintetizar el criterio de los abolicionistas, desde su forma de ver las cosas, el poder punitivo del Estado resulta ser en demasía peligroso por su enorme respuesta agresiva y además, resulta por demás problemático en términos empíricos, pues el reflejo de la idoneidad de esta reacción estatal (pena) es posible medirla con la situación de las cárceles.<sup>59</sup> El razonamiento es el siguiente: a mayor precariedad carcelaria e incremento de presos, mayor es el fracaso del sistema punitivo ecuatoriano.<sup>60</sup> En consecuencia, sobre la pregunta de la necesidad del derecho penal como sistema jurídico o poder punitivo, es posible afirmar que, sí es necesario, pero bajo los términos que se expone a continuación:

Un ordenamiento jurídico, en este caso, un orden jurídico penal es absolutamente necesario, puesto que, se encarga de regular algunas de las conductas que más lesividad pueden traer consigo y, por ello, es legítimo que el Estado promulgue normas que se encarguen de alejar lo más posible de un indeseable estado de naturaleza. Por otro lado, también es necesario y muy importante por una cuestión de seguridad jurídica, pues resulta imprescindible que los ciudadanos conozcan de antemano los derechos y obligaciones que tienen como individuos parte de un Estado.

Ahora, si bien es cierto que, el ordenamiento jurídico es importante y muy necesario, aquello no quiere decir que todas las consecuencias que en este se prevén sea acertadas. De hecho, todo parece indicar que ese es el mayor conflicto, pues nadie

---

<sup>58</sup> Sebastián Scheerer, "Hacia el abolicionismo", en *Abolicionismo Penal*, (Buenos Aires: Ediar, 1989),17.

<sup>59</sup> Desde la doctrina argentina, Alberto Binder sostiene que la idea del abolicionismo es atractiva y debe encaminarse a reducir la violencia del Estado y optar por herramientas menos agresivas para controlar el incumplimiento de normas y lesión de bienes jurídicos. Alberto Binder, *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática* (Buenos Aires: Astrea, 2011),199.

<sup>60</sup> Para profundizar sobre el estado precario en el que se encuentran las cárceles en el Ecuador, véase el siguiente artículo de prensa en el cual se destaca el incremento del número de presos en Ecuador hasta mayo de 2019: <https://www.elcomercio.com/actualidad/numero-presos-carceles-ecuador-sobrepoblacion.html>

objeta ni le parece errado que exista un sistema de normas claro que permita tener previsibilidad respecto de las condiciones de convivencia. Sin embargo, el verdadero conflicto radica en la exacerbada reacción que tiene el Estado y las consecuencias que esta reacción trae aparejado. Por tanto, la pena privativa de libertad y con ello, el sistema carcelario, resultan ser un fiel reflejo de que el ordenamiento jurídico es necesario, pero necesita que se reconstruya en base a criterios mucho más racionales, idóneos y respetuoso de los derechos de los ciudadanos.

Respecto del derecho penal como saber jurídico, hay que decir que, no solo que su preponderancia es mayúscula, sino que, resulta esencial para el mismo Estado de derecho. El derecho penal, tiene entre sus finalidades contener el poder punitivo del Estado mediante reglamentación, reflexión y crítica, pues de lo contrario, las decisiones que se tomen desde el poder no serían controladas y mucho menos criticadas. Es por todo esto que, el derecho penal entendido en términos dogmáticos es la herramienta por excelencia para construir un sistema jurídico-penal previsible, racional y respetuoso de la dignidad y demás derechos de los ciudadanos.<sup>61</sup>

El Derecho penal como ley penal, es totalmente necesario para regular la conducta de los individuos que habitan bajo las reglas de un Estado, pues aquello asegura previsibilidad respecto de los derechos y obligaciones que cada uno tiene y en consecuencia aleja de un indeseable *status naturalis*. No obstante, lo que no es absolutamente necesario, son las consecuencias de las leyes penales, principalmente la pena privativa de libertad, pues su déficit empírico ha demostrado que no tiene resultados beneficios para la sociedad. Respecto de la necesidad del Derecho penal como saber jurídico-penal, aquello es de vital importancia en un Estado de Derecho, pues sirve de herramienta de control y crítica a las decisiones que se tomen desde poder.

## **8. Punitivismo y populismo punitivo en el Ecuador**

---

<sup>61</sup> Sobre las virtudes críticas de la dogmática jurídica, el profesor Carlos Nino sostenía que, “En el ámbito de la ciencia jurídica, la calificación de dogmática desde luego no se refiere al modo de aceptar la verdad de enunciados, de manera cegada, sin posibilidad alguna de establecer valoraciones”. Véase, Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, 1974, 18-19. De esta manera, es posible concluir que la dogmática en nada resulta ser un instrumento acrítico, sino que, su esencia es eminentemente valorativa y crítica de las normas que regulan la vida en comunidad, y he allí su enorme importancia.

En la actualidad, el derecho penal ha sufrido grandes transformaciones por las exigencias y necesidades de las nuevas realidades sociales y jurídicas enfocadas en dar protección a los bienes jurídicos y la comunidad en general. A su vez, se ha evidenciado la fuerte crisis y desnaturalización de éste, puesto que, al verse manipulado por el gobierno y las élites burguesas y aristócratas, para legitimar abusos de poder, se logró que no cumpla la función de limitar el poder punitivo del Estado. Por el contrario, ha impedido el goce de plena libertad en su aplicación, lo cual ha ocasionado que se reproduzcan a violaciones gravísimas a los derechos humanos, creando realidades sociales de persecución y terror social. El sistema penal debe estar enfocado en cumplir sus funciones básicas de proteger, orientar y prevenir, pero únicamente ha sido factible reconocer la sobredimensión del derecho penal otorgándole facultades extraordinarias que han desarrollado problemas aún más grandes como el uso excesivo de la privación de libertad, la estigmatización social de las personas que acceden a este sistema.

Actualmente, la situación carcelaria es crítica, por el hacinamiento, la violencia, la violación de los derechos humanos,<sup>62</sup> puesto que por el carácter retribucionista y el discurso político se ha enfocado en el populismo punitivo. Esta realidad empeora cada vez más, ya que se no solo se identifica un deficiente sistema preventivo y de rehabilitación social, sino también un sistema que imposibilita la reinserción de los privados de la libertad en la sociedad. A esto se suma que tanto la violencia como el número de las organizaciones delincuenciales incrementan en los centros de rehabilitación del Ecuador.<sup>63</sup> Lo referido demuestra que no existen medidas o programas que den solución a este problema que en la última década tuvo un crecimiento exponencial.

Es inevitable afirmar la pérdida de la racionalidad que tanto caracterizaba al derecho penal, pero aún más, la aplicación de principios rectores en su aplicación, como lo es la mínima intervención penal y de *ultima ratio*. Es así que, las nuevas corrientes punitivistas han optado por tipificar nuevas conductas, con base al expansionismo del derecho penal, y sobre todo idealizarlo como el mecanismo más eficiente para solucionar los conflictos y prevenir la comisión de delitos. Es imperante enfatizar que estas burdas creencias han desarrollado la crisis jurídica y social que vivimos en la

---

<sup>62</sup> Sara España, "El narco y el hacinamiento convierten las cárceles de Ecuador en un polvorín", *El País*, 2 de octubre de 2021. <https://elpais.com/internacional/2021-10-02/el-narco-y-el-hacinamiento-convierten-las-carceles-de-ecuador-en-un-polvorin.html> (consultada el 10 de octubre de 2021)

<sup>63</sup> Raúl Carnevali Rodríguez, "Derecho Penal Como Ultima Ratio. Hacia una Política Criminal Racional". *Ius et Praxis*, 14(1) (2008), 13-48.

actualidad, ya que esta rama del derecho se ha convertido en herramienta para criminalizar la pobreza, legitimar persecuciones políticas y dejar en libertad a los verdaderos responsables.

Es así que, el derecho en general y el derecho penal en particular, son esencialmente consecuencia directa de un ejercicio democrático, es decir, el Derecho no es otra cosa que política. Bajo esta premisa, es innegable que las normas jurídicas que tiene un Estado resultan ser un reflejo de las ideas políticas de sus ciudadanos y representantes parlamentarios. Dicho de otra manera, la mayor o menor racionalidad de las normas jurídicas no depende de nadie más que de los propios ciudadanos y las personas que se encuentran en calidad de representantes políticos.

Ahora bien, la legitimidad democrática<sup>64</sup> de las normas jurídicas invoca una serie de objeciones, pues un puñado de ciudadanos bien podrían argumentar que desde su perspectiva las normas jurídico-penales están mal elaboradas, y hasta son lesivas a los derechos humanos, y que ellos no son responsables de ese adefesio legislativo. Así también, algún sector limitado de la ciudadanía podría objetar que ellos no sufragaron a favor de los legisladores que están impulsando alguna reforma legal nociva y que, por ello, tampoco podría endilgárseles algún tipo de responsabilidad. Sin embargo, los argumentos de descargo de este grupo serían en demasía endebles, pues estarían dados desde un punto de partida equivocado. A saber, solo serían aceptables estos argumentos siempre que se entienda que la democracia debe ser apreciada en términos meramente participativos, pues allí si sería lógico sostener que, si yo no apoyé políticamente a un candidato no tendría ningún tipo de responsabilidad sobre las decisiones ulteriores que se tomen.

No obstante, si se considera que la democracia no es meramente participativa, sino que, su aspecto medular es la deliberación, todas las afirmaciones de un grupo de ciudadanos, que tratan de desentenderse de la responsabilidad no serían en lo más mínimo plausibles. Para entender de mejor forma este último argumento, se hace

---

<sup>64</sup> El devenir conceptual de la legitimidad política aparece como representación justificatoria del poder político, bien sea como concreción de un consenso a partir de un proceso electoral o como necesidad, en términos de funcionalidad del poder. La legitimidad contiene el reconocimiento del ejercicio del poder político por parte del llamado a ejercerlo, no de otro, es decir, de quien ostenta la titularidad del poder político, dado que esa titularidad aparece como consecuencia de la asunción al cargo que demanda el ejercicio del poder político y de la correspondiente aceptación del mismo por parte de los asociados al Estado. Rúa Delgado, Carlos, y "LA LEGITIMIDAD EN EL EJERCICIO DEL PODER POLÍTICO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. UNA REVISIÓN DESDE EL CASO COLOMBIANO". *Ius et Praxis* 19, no. 2 (2013): 85-121. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337004>

referencia a la concepción, alcance y naturaleza de la idea de democracia deliberativa que maneja el profesor argentino Roberto Gargarella con tres aspectos centrales: “ i) todos los potencialmente afectados por una cierta norma intervienen en su creación; y ii) el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una amplia discusión colectiva; iii) organizada bajo condiciones de igualdad”.<sup>65</sup> Bajo estos postulados, es preciso aseverar que, si la democracia deliberativa exige una participación activa y total de los ciudadanos de un Estado con ocasión a la elaboración de normas jurídicas, y no así, desentenderse de la política una vez depositado el voto en las urnas, es plausible concluir preliminarmente que un mayor grado de participación y deliberación democrática en la elaboración de las normas asegura un mayor grado de legitimidad política de dichas normas. En lo que respecta al Ecuador, se vuelve evidente que no existe una participación activa de los ciudadanos con esta finalidad, y en consecuencia las normas jurídicas jamás gozarán de legitimidad política, sea que tengan mayor o menor racionalidad.

Una vez analizada la cuestión democrática y legitimización que tienen las normas jurídicas, es preciso abordar en estricto sentido lo referente al populismo y el punitivismo, por lo que, en primer lugar, se dará una aproximación de la noción de populismo en términos meramente políticos para centrar posteriormente a esta problemática en la esfera jurídico-penal, principalmente en el ámbito legislativo. Ahora bien, considerando que el Derecho es una consecuencia directa de la política y, que en la política ha venido sucediendo un fenómeno por demás gravoso denominado populismo; es necesario alcanzar un entendimiento de este fenómeno político para extrapolarlo al ámbito del derecho penal. En este sentido, para el historiador Federico Finchelstein, manifiesta que “el populismo es una forma de democracia autoritaria que originalmente surgió como una reformulación de posguerra del fascismo”.<sup>66</sup> De esta manera, si el norte del populismo está trazado por una idea autoritaria de gobierno, seguramente cualquier líder de estos necesitará tener un aparataje jurídico favorable para la consecución de ese fin, es decir, si mi deseo de mandatario es dominar, restringir libertades, derechos y en general menoscabar la autodeterminación de los hombres, en el marco de un gobierno populista requerirá estructurar y fomentar la implementación de una base legal que legitime todas las aberraciones aludidas.

---

<sup>65</sup> Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, (2015): 102.

<sup>66</sup> Federico Finchelstein, *Del Fascismo al Populismo en la Historia*, (Buenos Aires: Taurus, 2018), 116.

Es por todo esto que, en el marco jurídico-penal, el populismo penal puede ser entendido de dos maneras. La primera en términos utilitaristas, es decir, en el sentido del fomento que realizan ciertos mandatarios o a su vez, emprendedoras morales pertenecientes a la sociedad, para obtener el apoyo del pueblo y de esa forma alcanzar un aparataje jurídico acorde a la agenda de un gobierno autoritario. Y, la segunda, puede ser entendida como aspiraciones de legitimación y aprobación política, pues se ha visto que gobiernos desprovistos de apoyo ciudadano y por demás rechazados, han encontrado en el ordenamiento jurídico-penal una herramienta atractiva y muy eficiente para lograr aumentar la clientela electoral.

En la misma línea argumental, hace bien Máximo Sozzo en resaltar que el populismo penal no es otra cosa que tratar de cautivar a la ciudadanía con decisiones políticas complacientes en el campo criminal. Con mayor especificidad, el profesor Sozzo señala que “Un elemento fundamental es la identificación de las iniciativas que se proponen como medidas o políticas en el campo penal, que están legitimadas por el hecho de responder a lo que la gente piensa, siente y quiere”.<sup>67</sup> Entonces, la idea referente al significado del populismo penal en general, es preciso señalar como argumento conglobante de este apartado que, el populismo penal es una herramienta electoral fortísima, pues el político de turno se encarga de capitalizar las necesidades inmediatas de la ciudadanía y tomar decisiones al calor del momento, sin tan siquiera tener la intención de legislar instituciones idóneas para solucionar los conflictos sociales.

Ya en el contexto jurídico ecuatoriano, nada puede ser más ejemplificador y paradigmático en referencia al populismo penal que la reforma al COIP del mes de diciembre del año 2019, pues muchas de las normas jurídicas que fueron promulgadas en nada se acercan a un estándar de científicidad y únicamente parecen estar pensadas para la satisfacción inmediata del clamor popular de mano dura en contra del crimen. A continuación, se presentan algunos casos en particular. Existe, la tendencia del legislador ecuatoriano en cuanto a las consecuencias jurídicas de los delitos reformados es al alza de penas privativas de libertad, desde el artículo 84 referido al delito de desaparición forzada, hasta el artículo 250 referente al abuso sexual en contra de animales. El patrón es que se eleven las penas o a su vez se introduzcan nuevas infracciones. Por lo tanto, con este fenómeno expuesto es fácil advertir el razonamiento

---

<sup>67</sup> Andrés Gómez; Proaño, Fernanda, Entrevista a Máximo Sozzo: “Qué es el populismo penal?” URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º11(marzo, 2012): 118.

del legislador y ciudadanos ecuatorianos, que mientras más nivel de represión y limitación de las libertades existe, hay la sensación, o intención del legislador, de tener más seguridad y, por lo tanto, los delitos vendrían a reducirse.

A todo esto, se resalta que el razonamiento del legislador y el grueso de la sociedad es cuanto menos risible, pues adolece de un insalvable déficit empírico. De hecho, no solo décadas, sino centenas de años han servido para comprobar que a mayor represión las tasas delincuenciales no bajan, sino que, la mayor cantidad de prohibiciones lo único que hace es satisfacer superficialmente las necesidades de “seguridad” del ciudadano. De la misma forma, el incremento de penas, ideación de nuevos delitos, existen también algunos institutos procesales en la legislación ecuatoriana que destacan por ser irracionales y altamente populistas. Una muestra de aquello es lo que prescribe el artículo 529.1 del COIP, para la identificación en caso de delito flagrante, en el cual da la posibilidad de que el presunto actor, sea identificado por la comunidad o los medios de comunicación.

Identificación en caso de delito flagrante.- La persona aprehendida por delitos contra la inviolabilidad de la vida, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y los delitos de robo con muerte, sicariato, trata de personas y tráfico de migrantes, podrá ser identificada físicamente ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante.<sup>68</sup>

Como se observa, esta cita es por demás ejemplificadora de lo que es el populismo punitivista, a través del cual se le otorga facultades a la sociedad en general y a los medios de comunicación de identificar a los presuntos actores de un delito, sin responsabilidad alguna de sus actos y las consecuencias que posteriormente se pueden derivar de dicha aprehensión. Es decir, si una persona comete un delito, la ciudadanía, haciendo uso de esta facultad, sin seguir un debido proceso y sin dimensionar los efectos que pudiera sufrir esta persona o su familia, podría desarrollar mecanismos de identificación, no lícitos. El razonamiento del legislador seguramente fue el siguiente:

[...] el ecuatoriano promedio tiene una sensación social de inseguridad, y además desea fervientemente venganza en contra de los ciudadanos que no respeten los derechos del resto. Entonces, nada más idóneo para saciar la sed de venganza que exponer a la luz

---

<sup>68</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento 10 de febrero de 2014, art. 529, 1.

pública a las personas que posiblemente hayan cometido una infracción, para que los medios de comunicación y la ciudadanía se encarguen de su cosificación.<sup>69</sup>

Con todo este marco, se advierte con claridad que, una técnica de legislación populista irrespeta los cimientos constitucionales y del Estado de Derecho, con una ligereza que asusta. En la última cita propuesta, puede verse que, si la ciudadanía desea patíbulo para juzgar los crímenes, el legislador lo concede, pasando por encima del derecho a la presunción de inocencia y una serie de derechos constitucionales por demás importantes, como el derecho a la dignidad y honra de los ciudadanos.<sup>70</sup> Finalmente, el populismo no solo se encuentra en la criminalización primaria, o lo que es igual, en la creación de las normas jurídicas, sino que, este fenómeno también puede suscitarse en la criminalización secundaria o jurisdiccional y, en consecuencia, existe la posibilidad de sancionar inocentes por la sola presión mediática y social que un caso concreto llegue a tener, es decir, el populismo penal hace que la idea de juez natural se desvanezca peligrosamente.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Respecto de la sensación social de inseguridad, algunos autores han venido sosteniendo que, estamos presenciando una especie de “transformación de Derecho penal en un “Derecho penal de la Seguridad Ciudadana”, cuyo simbolismo es más fuerte que el de su efectividad, porque discretamente deja de lado los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho y el sistema de garantías constitucionales, como elementos esenciales de la civilización jurídica y de la propia seguridad ciudadana, transformándose en un verdadero instrumento de poder político en relación directa con la “atención de las demandas populares”, de ahí surgen vinculadas las concepciones de “*seguridad ciudadana*” y de “*peligrosidad social*”, esta última frase para justificar de facto, el alejamiento de los principios y garantías constitucionales.” Véase, Javier Quenta Fernández, “El populismo del derecho penal: la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares”, en *Revista jurídica Derecho* 5, n.º6. (2017) :135. ISSN 2413 – 2810

<sup>70</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.66, núm. 2-3.

<sup>71</sup> Respecto de la criminalización primaria y secundaria, esta tiene una vinculación muy estrecha en la forma de concebir a la política criminal, así, por ejemplo, el autor Muñoz Tejada indica lo siguiente: “cuando se aluda al concepto de política-criminal, debe entenderse por ésta tanto una práctica social, como un mecanismo de control social que se despliega en dos momentos. En el primero de ellos, es decir, la definición frente al fenómeno criminal implica la emergencia y consolidación de discursos que a su vez legitiman y permiten el segundo momento de realización de la política-criminal, esto es, la respuesta o, lo que es lo mismo, las prácticas punitivas que se siguen de poner en marcha tales discursos.” Véase, Julián Andrés Muñoz Tejada, “Populismo punitivo y una verdad construida”, en *Nuevo Foro Penal*, n.º 72 (2009): 18.



## Capítulo segundo

### La justicia restaurativa y su aplicación en el Ecuador

#### 1. Nociones Generales

La justicia restaurativa se entiende como una evolución del sistema de justicia penal, en lo sustantivo y adjetivo. Si bien toma en cuenta a la víctima, se ocupa sobre manera del delincuente, en todas sus etapas, desde la prevención del delito, hasta la ejecución de las penas y las medidas de seguridad. En tal sentido, analiza y enriquece la noción de justicia, que se traslada de la represión a la restauración. Desde esta perspectiva, el cambio de los protagonistas directos o indirectos del conflicto penal es posible, y por lo tanto plantear la justicia restaurativa como un epicentro de todos los valores. Este concepto está alineado a la posición de John Rawls, quien sostiene que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales.<sup>72</sup> A diferencia de un sistema de justicia punitivo, en el cual se prioriza la venganza pública, para reprimir los actos contrarios al orden social necesario, “la justicia restaurativa equivale a la virtud de armonizar las relaciones interpersonales”,<sup>73</sup> es decir que trasciende a una cuestión de administración de justicia dentro de un Estado, sino que se enfoca en la naturaleza misma del Estado como centro de convivencia armónica con base en principios democráticos. Desde una perspectiva sustantiva, la justicia restaurativa es aquella

[...] que promueve la paz social, y en consecuencia la armonización de las relaciones intra e interpersonales dañadas por la conducta criminal; esto a través de la solución autocompositiva de las necesidades de la víctima, de las obligaciones, la responsabilización genuina y las necesidades del ofensor, así como de las necesidades y compromisos asumidos por miembros o asociaciones de la comunidad.

El profesor de la Universidad Menonita, Howard Zehr (1990), concibe la justicia restaurativa como una teoría y, a la vez, un movimiento social de carácter internacional de reforma a la justicia penal, que plantea que el crimen o delito es, fundamentalmente, un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, a diferencia de la justicia penal convencional de carácter retributiva, que plantea que el delito es una lesión de una norma jurídica en la que la víctima principal es el Estado.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Jorge Pesquería Icaza, "El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico." *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* 6, no. 1 (2014):156-160. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751550013>, 157.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 159.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 159.

La Organización de las Naciones Unidas, define a la justicia restaurativa como todo proceso en el que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquiera otra persona o miembro de la comunidad afectados por un delito participen conjuntamente de forma práctica en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general, con la ayuda de un facilitador.<sup>75</sup> En esta definición cabe resaltar el rol del tercero facilitador no como determinador de responsabilidades sino más bien como promotor de un diálogo interactivo que lleva a las partes, no solo a dar la razón, sino a comprender y a declinar posiciones individuales si es necesario en favor de un bienestar colectivo.

El interés de la comunidad en general juega un rol importante en este modelo de Justicia, ya que los conflictos no solo afectan a las partes involucradas en una contienda, sino que tienen como antecedente o como consecuencia el contexto sociocultural inmediato. Por ello es que, el consorcio británico de justicia la define como procesos en los que se busca equilibrar los intereses de la víctima y la comunidad con la necesidad de reintegrar al delincuente a la sociedad.<sup>76</sup> Por lo tanto, no solo se trata de resolver las diferencias de las partes, sino que además hay que buscar la reinserción social dentro de la comunidad, para lograr una verdadera armonía. Lode Walgrave define la justicia restaurativa como la puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores en un proceso informal no adversarial y voluntario que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas.<sup>77</sup>

En la obra de *Giustizia riparati penali*, Adolfo Ceretti, manifiesta que es el paradigma de una justicia que comprende a la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso, con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.<sup>78</sup>

Finalmente, El criminólogo británico, Tony Marshall la define como Medidas que han sido diseñadas para dar a la víctima de un delito la oportunidad de decir a su ofensor el impacto que esa ofensa ha causado en ella y su familia e incita al ofensor a aceptar su responsabilidad y a reparar el daño causado. Sus objetivos generales son:

---

<sup>75</sup> Jorge Pesquería leal, "El concepto de justicia, 159.

<sup>76</sup> *Ibid.*, 157.

<sup>77</sup> *Ibid.*, 159.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 159.

reducir la reincidencia, restaurar las relaciones entre la víctima y el ofensor que fueron perturbadas por el delito y mejorar la experiencia en la víctima con el sistema penal (Marshall, 1999).

## 2. Modelos de justicia restaurativa

Es importante destacar la diferenciación entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva, pues aquello asegurará comprender a cabalidad este cambio de paradigma y, consecuentemente, plasmar con suficiencia los distintos modelos que existen en el actual estado del saber jurídico-penal. Así, para el profesor Márquez la justicia restaurativa “se fundamenta en dar un mal por otro mal, es retribuir al delincuente con un castigo, es decir, con la pena, en especial la de privación de la libertad por el mal causado a la víctima con el delito”.<sup>79</sup> Por otra parte, sobre lo que debe concebirse por justicia restaurativa, el citado profesor Márquez identifica que, ésta. “... involucra más partes en repuesta al crimen, en vez de dar protagonismo solamente al Estado y al infractor, incluye también víctimas y comunidades”.<sup>80</sup> Además, el mismo profesor propone una serie de rasgos característicos de la justicia restaurativa y los explica de la siguiente manera:

[...] mide en forma diferente el éxito, en vez de medir cuanta pena se impuso al delincuente, mide cuantos daños fueron reparados o prevenidos. [...] busca superar la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y, sólo en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas.<sup>81</sup>

Con estas características, estamos claros que la justicia restaurativa está pensada para reestructurar el sistema coercitivo de castigo y aquello, de cierta manera, encuentra su cimiento en el reconocimiento de los Derecho paralelos que coexisten dentro de un espacio geográfico determinado. Ahora bien, sobre los modelos de justicia restaurativa, es posible identificar los siguientes: a) mediación entre víctima y

---

<sup>79</sup> Álvaro Márquez, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, n.º 20, (2007), 204.

<sup>80</sup> *Íbid.*

<sup>81</sup> *Íbid.*

delincuente; b) comunidad y conferencias de grupos familiares; c) sentencias en círculos; y, d) libertad condicional reparativa y juntas y paneles comunitarios.

Sobre el primero, esto es, sobre la mediación entre la víctima y el infractor, los profesores Paz Francés Lecumberri y Eduardo Santos Itoiz sostienen que, "... La figura de la mediación es la técnica de resolución de conflictos que en la actualidad en el Derecho penal de adultos con más fuerza se está desarrollando en el ámbito penal, dentro del marco de la justicia restaurativa".<sup>82</sup> Asimismo, El Consejo de Europa, en la Recomendación 99;19 se refiere a la mediación como "el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)".<sup>83</sup> Por otra parte, ya en el ámbito jurídico-penal interno, en el COIP se establece una definición de mediación que va acorde al contexto de la doctrina internacional; no obstante, la norma está pensada solo para resolver los conflictos en los cuales estén inmersos los menores infractores. La definición normativa de mediación en el COIP, artículo 348 menciona lo siguiente:

La mediación permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso, para que confronten sus 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.<sup>84</sup>

Entonces, queda claro que la mediación como método de justicia restaurativa se ha afianzado en la legislación nacional y, más importante todavía, está siendo útil para resolver conflictos sociales en los que, seguramente, la intervención del poder punitivo

---

<sup>82</sup> Paz Francés Lecumberri y Eduardo Santos Itoiz, "La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal?", *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, N.º 75, (2010), 77.

<sup>83</sup> Paz Francés Lecumberri y Eduardo Santos Itoiz, "La mediación penal, 77

<sup>84</sup> El legislador también se encarga de especificar los pasos tendientes a la celebración de un proceso de mediación en materia penal, así pues, en el artículo 348-c.- se establece lo siguiente: Reglas generales. La mediación se regirá por las siguientes reglas: 1. Existencia del consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima y la aceptación expresa, libre y voluntaria del adolescente. 2. Si existe pluralidad de adolescentes o de víctimas, el proceso continuará respecto de quienes no concurren al acuerdo. 3. En caso de no llegar a un acuerdo, las declaraciones rendidas en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno. 4. El Consejo de la Judicatura llevará un registro cuantitativo y sin datos personales del adolescente y sus familiares, en el cual dejará constancia de los casos que se someten a mediación y los resultados de la misma. 5. La mediación estará a cargo de mediadores especializados acreditados por el Consejo de la Judicatura. 6. El Consejo de la Judicatura organizará centros de mediación para asuntos de adolescentes. 7. Las notificaciones se efectuarán en la casilla judicial, domicilio judicial electrónico o en un correo electrónico señalado por los sujetos procesales. 8. El acta de mediación se remitirá al juzgador que derivó la causa al centro de mediación respectivo.

agravaría el conflicto, puesto que, utilizar una pena privativa de libertad en el contexto de menores infractores solo generaría una disociación en los adolescentes.

Ahora bien, si lugar a dudas, los beneficios que pueden traer las herramientas de la mediación para la resolución de conflictos en materia penal son muy variados, puesto que, alejar del conflicto los intereses del Estado inexorablemente van a hacer que la respuesta que se dé al contexto sea favorable para la persona que ha sufrido una merma en los derechos, es decir, la mediación como método de justicia restaurativa está pensada para reparar de forma plena a la víctima. En la misma línea argumental, puede verse en el Manual sobre programas de justicia restaurativa emitido por las Naciones Unidas que se emite el siguiente criterio:

Estos programas están diseñados para abordar las necesidades de las víctimas del delito, asegurándose de que los delincuentes sean hechos responsables por sus delitos. Los programas pueden ser manejados por instituciones gubernamentales y organizaciones sin fines de lucro, y están generalmente restringidos a casos que implican delitos no muy graves. Las remisiones pueden venir de la policía, los fiscales, los tribunales y los funcionarios de libertad condicional.<sup>85</sup>

Finalmente, sobre los requisitos básicos que deberán concurrir para que se produzca en legal y debida forma un proceso de mediación, las mismas Naciones Unidas han establecido los siguientes parámetros para resolver los predicamentos entre víctima-victimario: “• El delincuente debe aceptar o no negar su responsabilidad por el delito; • Tanto la víctima como el delincuente deben estar dispuestos a participar; • Tanto la víctima como el delincuente deben considerar si es seguro participar en el proceso”.<sup>86</sup>

En segundo lugar, la doctrina identifica que existe otra forma de justicia restaurativa consistente en conferencias de grupos familiares, la cual se caracteriza principalmente por un fuerte compromiso social con la resolución de conflictos vecinales; por ello, la viabilidad de esta forma de justicia restaurativa va depender en gran medida de las características de cada pueblo en particular, pues para nadie es un secreto que ciertos modelos de justicia son más efectivos en determinados espacios geográficos por cuestiones meramente culturales.

---

<sup>85</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, Manual sobre programas de justicia restaurativa: 2006 (New York: Naciones Unidas, 2006), 18.

<sup>86</sup> Ibid.

En el Manual de las Naciones Unidas sobre programas de justicia restaurativa, se destaca que este modelo de conferencias en grupos familiares tuvo su origen en la legislación nacional de justicia juvenil que se promulgó en Nueva Zelanda allá por 1989, con base en sus tradiciones, y que, desde allí, se convirtió en el en la metodología institucionalizada de solución de conflictos más avanzada. Ahora bien, sobre la metodología aludida, en el manual se detalla el procedimiento de la siguiente forma: “La mayoría de los casos son manejados por la policía a través de “precaución restaurativa” y conferencias de grupos de cortes familiares y dirigidas por la policía.<sup>87</sup>

De esta manera, es evidente que el sistema de resolución de conflictos aludido depende en gran medida del compromiso social y democrático de la comunidad, puesto que, si la idea de solución de conflictos tiene un basamento en reuniones entre la familia y amigos de la víctima y así también entre los familiares y amigos del infractor, miembros de la comunidad, y guiados todos ellos por un mediador o conciliador imparcial, lo lógico será que dicho sistema únicamente funcione cuando exista una enorme voluntad social de que el sistema cumpla con los objetivos trazados consistentes en analizar las consecuencias del delito, la naturaleza de la infracción y la posibilidad de tomar decisiones adecuadas para resarcir los daños causados y prevenir futuros comportamientos semejantes.

Sobre el tercer modelo de justicia restaurativa, los profesores Saucedo y Gorjón reconocen que existe un modelo restaurador denominado círculos de sentencia y que, básicamente consiste en reuniones en círculo en los cuales se sientan a dialogar tanto juez, consejeros, oficiales, fiscalía, víctimas, delincuente y sus respectivos familiares con la finalidad de tomar decisiones que resarzan los daños causados, rehabilitación y posible sanción del delincuente y por adherencia se proteja a la comunidad.<sup>88</sup> Es conocido que una técnica de esta naturaleza se ha utilizado por las comunidades aborígenes de Canadá y, según lo prescrito en el Manual sobre programas de justicia restaurativa se hace alusión a una serie de pasos que deberán llevarse a cabo y que se exponen a continuación: 1: Determinar si el caso específico es adecuado para un proceso circular, 2: Preparar a las partes que participan en el círculo, 3: Buscar un

---

<sup>87</sup> Ibid., 20.

<sup>88</sup> Brenda Saucedo y Gabriel Gorgón, “Justicia restaurativa, una herramienta de paz en la resolución de conflictos comunitarios. Caso Nuevo León”, *Polít. crim.* Vol. 13, n° 25, (2018), 554.

acuerdo consensual en el círculo y 4: Proporcionar seguimiento y asegurarse de que el delincuente se apegue al acuerdo.<sup>89</sup>

De esta manera, queda claro que, si bien es una herramienta muy útil para la solución de conflictos, la cuestión problemática y, aparentemente insalvable es que, no todas las controversias son susceptibles de resolverlas mediante este método, puesto que, pueden existir lesiones a bienes jurídicos en demasía importantes para la comunidad y debido a ello no sean susceptibles de resolución mediante el círculo de sentencia.

Sobre la libertad condicional reparativa, es posible trazar un parangón con la institución que se ha establecido en el COIP denominada suspensión condicional de la pena<sup>90</sup>, la cual, sin ser idéntica, comparte un mismo fundamento de fondo. Así pues, es bien conocido para los estudiosos del Derecho penal que, la suspensión condicional de la pena prevista en el COIP procede cuándo se cumple con ciertos requisitos y uno de ellos es que se haya reparado integralmente a la víctima de la infracción; en consecuencia, es ostensible que el fundamento troncal de este instituto es que se permita que el ciudadano infractor siga desarrollando su vida en comunidad cuando haya reparado los daños causados, por lo que, comparte en gran medida los principios de cualquier método de justicia restaurativa.

Dicho esto, y dado que han sido expuestos los distintos modelos de justicia restaurativa, había indicado en el último párrafo de respuesta a la pregunta 1 que sería importante responde algunas preguntas que a *prima facie* resultan problemáticas, como lo son: ¿Qué pasa con el derecho a tener un juicio justo? ¿Qué pasa con el derecho a la defensa y todas las garantías plasmadas en la Constitución pensadas para un proceso penal?

---

<sup>89</sup> Naciones Unidas. 2006. *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Nueva York. 23. Asimismo, en el manual aludido, se hace alusión a una serie de bondades que ofrece este modelo de justicia restaurativo y, entre algunos otros, se indican los siguientes: Un principio fundamental de la sentencia en círculos es que la sentencia es menos importante que el proceso usado para llegar a un resultado o a una sentencia. Debido a que el consenso alrededor de un resultado es deseado y valorado, todos los miembros del círculo tienen un papel activo en facilitar un proceso de sanación. El círculo en sí participa a menudo en vigilar el cumplimiento del delincuente con el resultado acordado y en proporcionarle apoyo continuo después de dictar la sentencia

<sup>90</sup> El artículo 630 del COIP se establece lo siguiente: “La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro horas posteriores. 1. Que la pena privativa de libertad prevista para la conducta no exceda de cinco años. 2. Que la persona sentenciada no tenga vigente otra sentencia o proceso en curso ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa. 3. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta sean indicativos de que no existe necesidad de la ejecución de la pena. 4. No procederá en los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

De esta manera, sobre la primera pregunta y quizás en el mismo argumento se dé respuesta a todas las preguntas, hay que tomar en consideración que uno de los objetivos de la justicia restaurativa según Saucedo y Gorjón es que "... cada individuo debe asumir la responsabilidad de los hechos que dieron origen al conflicto, particularmente el ofensor, así como participar en su solución y en el compromiso de no repetición de la conducta ofensiva."<sup>91</sup> Por tanto, uno de los requisitos necesarios para que se lleve a cabo cualquier modelo de justicia restaurativa es que el posible infractor acepte la responsabilidad de los hechos, lo cual, en comienzo, iría en contra del derecho a la presunción de inocencia, prohibición de auto incriminarse y tener acceso a un juicio justo.

Sobre el mismo tema, hay que tomar en consideración que, en el sistema penal ordinario, en el artículo 509 del COIP,<sup>92</sup> se establece que aun cuando el procesado admita ciertos hechos constitutivos de una infracción, el fiscal no quedará liberado de la prueba tendiente a la consecución de una condena. Todo esto se explica, debido a que la persona procesada puede aceptar responsabilidad penal aun cuando no haya sido quien verdaderamente cometió la infracción y al Estado le corresponde como tarea fundamental sancionar solamente a las personas quienes se alejen de las prescripciones normativas. Entonces, en un proceso comunicativo como lo es cualquier proceso de justicia restaurativa, esta garantía se pierde, pues sin que exista un verdadero proceso investigativo, cualquier persona puede hacer suyo ciertos hechos criminosos y, como tal, si bien puede existir reparación a la víctima, jamás existiría un afianzamiento del tejido social,<sup>93</sup> debido a que el verdadero criminal no fue quien participó del proceso restaurativo. Puede creerse que una situación de esta naturaleza es fantasiosa, sin embargo, la experiencia nos demuestra a diario que la realidad suele ser mucho más demostrativa que la misma ficción y, para ejemplo de ello, a continuación, propongo un ejemplo:

---

<sup>91</sup> Brenda saucedo y Gabriel Gorgón, "Justicia restaurativa"

<sup>92</sup> Artículo 509.- No liberación de práctica de prueba. - Si la persona investigada o procesada, al rendir su versión o testimonio, se declara autora de la infracción, la o el fiscal no quedará liberado de practicar los actos procesales de prueba tendientes a demostrar la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.

<sup>93</sup> Se deberá tomar en consideración que, uno de los propósitos esenciales de la justicia restaurativa es obtener un aseguramiento de que el ciudadano infractor se comprometerá con los valores de la comunidad. Con el mismo criterio, los profesores Saucedo y Gorgón tienen escrito lo siguiente: "De acuerdo al proyecto de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, uno de los objetivos de las reformas es privilegiar la reparación del daño, así como la restauración del tejido social." Ibid., 561.

A es padre de B, quien cumplió 18 años y lleva una vida muy descarrilada. Ambos viven en una comunidad indígena de la provincia de Imbabura. B, quien no trabaja y ha cometido varios crímenes menores sin ser descubierto, cierto día ingresa a la casa de C y le hurta todos los enseres. Entonces, dado que no existe un proceso investigativo suficiente, la comunidad y la víctima suponen que fue B quien cometió la infracción y proponen celebrar un proceso de justicia restaurativa, cualquiera de ellos. Una vez que A, padre de B, se entera que a su hijo se le responsabiliza por un hecho criminal, decide echarle la culpa para que su hijo no sufra con todas las repercusiones sociales y su futuro no se vea truncado. Efectivamente, A asume la responsabilidad y participa del proceso de justicia restaurativa y es plenamente sancionado.

De esta manera, queda demostrado que un proceso de justicia restaurativa puede ser falseado y, con ello, si bien puede lograrse el objetivo de reparar efectivamente a la víctima y que toda la comunidad intervenga y quede satisfecha con el proceso ejecutado, lo cierto es que, uno de los objetivos, esto es, tratar de conseguir que el verdadero delincuente asuma su responsabilidad y trabaje en su reinserción plena a la sociedad no se cumple. Pensemos en que B, hijo de A, luego de esto continuó con su vida criminosa.

Finalmente, solo como reflexión final respecto de esta pregunta, mucho se ha cuestionado la doctrina si es plausible o si caben los modelos de justicia restaurativa en el actual sistema penal y van en armonía con los fines de la pena que el legislador ha prescrito en las normas. Para dar respuesta a esta pregunta, en primer lugar, es necesario conocer la finalidad de la pena en el sistema jurídico-penal de Ecuador y, en el artículo 52 se prevé lo siguiente: "... los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima."<sup>94</sup>

En consecuencia, es ostensible que los fines de la pena previstos por el legislador no se alejan de los principios y propósitos de la justicia restaurativa, pues palabras más, palabras menos, ambos buscan una verdadera reparación para la víctima de la infracción y que, además, el ciudadano se reinserte exitosamente a la sociedad y que esta se disuada de cometer nuevos crímenes. Ahora bien, como es plenamente conocido por todos, las herramientas para obtener esos objetivos son contrapuestas, pues por un lado el Estado opera a través de toda la estantería que utiliza métodos en

---

<sup>94</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 52.

demasiá coercitivos, mientras que los modelos de justicia restaurativa se caracterizan por utilizar métodos mucho más pacíficos y conciliadores.

Por todo esto, según entiendo, un modelo de justicia restaurativa bien puede ser aplicado en el Ecuador, de hecho, ya se aplica en el plano de la justicia indígena, pues las finalidades de la pena en el proceso judicial de la justicia ordinaria son semejantes a las que se persigue en los modelos de justicia restaurativa. Ahora bien, sobre la incorporación plena de la justicia restaurativa que sustituya a la justicia ordinaria, aquello sí parece muy distante y problemático, pues ya se ha dicho que existen ciertos derechos y garantías que deberán renunciarse en un proceso de justicia restaurativa y, más problemático todavía es que se pretenda dar solución a cualquier caso a través de este instituto. Sobre esto último, Vásconez Merelo ha dicho lo que sigue:

... sería caer en un peligroso romanticismo sostener que todos los delitos deben ser contrarrestados mediante un modelo de diálogo y negociación; lo cierto es que, ante delitos de especial gravedad como el terrorismo, genocidio y otras conductas semejantes, irremediamente se deberá acudir al régimen de castigo que tanto cuestiona el ideal republicano; en este último supuesto, lo importante será abogar por la reformulación del actual sistema penitenciario plagado de malas prácticas y de esa manera reducir en la medida de lo posible las consecuencias perniciosas inherentes al encierro.<sup>95</sup>

Con todo este contexto, el lector deberá conocer que, se han desarrollado algunos modelos de justicia restaurativa que son abiertamente extraños al sistema penal de la justicia ordinaria a excepción de la mediación que fue tratada en páginas anteriores; no obstante, la doctrina ha identificado ciertos mecanismos de justicia restaurativa que se encuentran previstos en el proceso judicial penal ordinario. Así pues, el profesor Márquez ha indicado que, “El código se ocupa de tres formas o programas de solución de conflictos de justicia restaurativa (...) Estos mecanismos son: la conciliación pre procesal. La mediación. La reparación integral”.<sup>96</sup>

Ahora bien, en términos generales, es posible advertir que las críticas realizadas a los modelos de justicia restaurativa extraños al proceso judicial se desvanecerían, pues la conciliación, mediación y reparación integral que se den dentro del marco jurídico se darían con todas las garantías y derechos de los procesados que se reconocen en la Constitución; así que, a *prima facie* podría decirse que los medios de justicia restaurativa utilizados dentro de los límites del COIP aseguraría de mejor manera los

<sup>95</sup> Vicente Vásconez Merelo, “Ciudadanía Republicana: deberes generales y especiales de virtud cívica”, Foro, n.º 35 (2021): 207, doi.org/10.32719/26312484.2021.35.10

<sup>96</sup> Álvaro Márquez. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, n.º 20 (2007), 207.

derechos de los intervinientes. A continuación, se describen las principales características de los mecanismos de justicia restaurativa previstos en el COIP, con excepción de la mediación que fue analizada en párrafos previos:

Sobre la conciliación pre-procesal, misma que podrá darse tanto en sede de la fiscalía o en cualquier centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura, el profesor Márquez sostiene que tiene su origen en la crisis de la administración de justicia y, por ello, "...se adoptó en todas las áreas del derecho como una forma de descongestionar los despachos judiciales y una manera de apresurar la solución de las controversias entre los interesados..."<sup>97</sup> Asimismo, en el COIP se establece el instituto de la conciliación en el artículo 663, en el cual se prevé que este no solamente podrá realizarse en sede pre-procesal, sino que, una vez iniciado el proceso penal podrá realizarse también hasta que concluya la fase de instrucción fiscal.<sup>98</sup>

Además, es posible advertir que la conciliación plasmada en el COIP goza de principios y finalidades semejantes a los modelos de justicia restaurativa que fueron explicados en el preludio de este apartado, pues en el artículo 664 el legislador plasmó los principios rectores que deberán gobernar al proceso conciliatorio, entre los cuales están: "La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad".<sup>99</sup>

Finalmente, sobre la reparación integral a la que hacía alusión el profesor Márquez, a esta se le dará un tratamiento pormenorizado en la pregunta final de este trabajo, por lo que únicamente se adelantará que es un elemento esencial de la justicia restaurativa, pues la obtención de un resarcimiento de los daños causados a los derechos de la víctima es troncal para esta institución, pero también lo es para los fines de la pena prescritos por el legislador ecuatoriano.

### **3. Justicia restaurativa en el ámbito internacional**

<sup>97</sup> Ibid., 207.

<sup>98</sup> Artículo 663.- Conciliación. - La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos: 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. Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

<sup>99</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento: 10 de febrero de 2014, art. 644.

En el plano internacional, se ha visto que los modelos de justicia restaurativa han recibido una gran acogida por los legisladores, puesto que, sus beneficios reparadores y reconciliadores son por demás evidentes. De esta manera, previo a adentrarnos a estudiar el tratamiento y acogida que se le ha dado a la justicia restaurativa en el plano internacional, es importante destacar aquellos beneficios a los que se hizo alusión:

Fortalecimiento del sistema democrático. – Un sistema democrático robusto requiere de la intervención activa de todos los ciudadanos que forman parte de la comunidad; en consecuencia, y dado que un sistema de justicia restaurativa requiere del compromiso de las partes en conflicto, familiares y hasta la comunidad, todo esto traería aparejado una reafirmación del compromiso social en la resolución de los conflictos que aquejan a la comunidad.

- a) Verdadera solución del conflicto. – En el desarrollo de este trabajo se ha hecho alusión a que el actual sistema de resolución de conflictos, es decir, el sistema coercitivo que utiliza el Estado no resuelve el conflicto de manera satisfactoria y, en algunas ocasiones incluso lo agrava. Entonces, los modelos de justicia restaurativa tienen el beneficio, según se ha analizado en este trabajo, de resolver verdaderamente los conflictos y, sobre todo, reparar los daños causados.
- b) Evitar la revictimización de la víctima. – Una verdad incómoda es que el sistema punitivo del Estado causa un gran sufrimiento a las partes que se encuentran inmersos y, sobre todo, a la víctima que sufrió la vulneración de sus derechos. En los modelos de justicia restaurativa, que por su naturaleza son conciliadores entre las partes, la víctima no se expone más de lo que ella decida para resolver el conflicto, a diferencia de lo que sucede en el sistema ordinario de resolución de conflictos en los que por varias ocasiones y diligencias, se le conmina casi coercitivamente a la víctima a comparecer y esto se explica a que en este sistema ordinario la víctima no solo es la persona que sufrió el menoscabo del derecho, sino que, además, el Estado también pasa a formar parte del grupo de víctima y como tal adquiere un protagonismo importante.
- c) No es retributiva, sino restaurativa. - Se ha visto que, en el sistema jurídico-penal inexorablemente se tiene que imponer una medida restrictiva de derechos a quien ha cometido una infracción, a menos claro que se utilice un medio alternativo de

solución de conflictos que sí prevé la Ley. Ahora bien, la particularidad de los modelos de justicia restaurativa es que, a parte de la búsqueda de una verdadera reparación de derechos, también busca que el ciudadano en conflicto con la ley se reintegre a la sociedad y no siga cometiendo infracciones, para lo cual se utilizan herramientas conciliadoras y pacíficas.

Dicho esto, y dado que ha sido una explicación de las bondades que ofrecen los modelos de justicia restaurativa en contracara con la justicia coercitiva del Estado, será importante que en lo venidero se analice cómo se ha adaptado este instituto en el Derecho comparado y en los tribunales internacionales de justicia.

### **3.1. Contexto Colombiano**

En Colombia, en otras ramas del Derecho fue en donde se incorporó por primera vez algunos modelos de justicia restaurativa para resolver los conflictos suscitados, como, por ejemplo, en el plano del Derecho laboral se incorporó por primera una norma que habilitaba ejecutar conciliación en el marco de conflictos colectivos de trabajo allá por 1921 en la Ley 120. Asimismo, en el ámbito del Derecho de familia y agrario, se incorporó en el año de 1991 en la Ley 23 y el Decreto 2651 la posibilidad de que las partes en conflicto pudieran acudir a centros en los cuales concilien sobre los temas en pugna y de esa forma evitarse engorrosos procedimientos.

Ahora bien, en el marco del Derecho penal, la Ley 906 del año 2004 estableció el Código de Procedimiento Penal que desarrolla todo un capítulo sobre justicia restaurativa, haciendo alusión tanto a su definición,<sup>100</sup> reglas, condiciones para acceder a esta institución, como también a los mecanismos que podrán utilizarse con el fin de solucionar los conflictos.

De esta manera los modelos de justicia restaurativa, en Colombia, se han desarrollado bajo criterios y estándares internacionales, empleando los siguientes medios de sanción y mecanismo para solucionar los conflictos con enfoques restaurativos.

---

<sup>100</sup> Así, por ejemplo, el Artículo 518 define a la justicia restaurativa de la siguiente manera: “Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.”

Tabla 1  
**La justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia**

| Sanciones en el SRPA  | Definición y Duración  |
|---|--|
| Amonestación  | Puede comprender la recriminación al adolescente por parte de la autoridad judicial; la exigencia al adolescente o representantes legales de la reparación del daño; y la asistencia al curso educativo sobre respeto a los derechos humanos.  |
| Imposición de Reglas de Conducta                                    | Obligaciones y prohibiciones para regular su modo de vida, así como promover y asegurar su formación. (Máximo dos años).   |
| Prestación de Servicios a la Comunidad                              | Tareas de interés público que el adolescente debe realizar de forma gratuita. (Máximo seis meses).   |
| Libertad o Asistida   | Concesión de la libertad con la condición de someterse a supervisión, asistencia y orientación de un programa de atención especializada. (Máximo dos años).  |
| Internación en Medio Semi – cerrado                                 | Vinculación a un programa de atención especializada, durante horario no escolar (Máximo tres años).  |
| Privación de la Libertad en Centro de Atención Especializada (CAE). | Vinculación a Centros de Atención Especializada (CAE): Se aplicará a los adolescentes mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho años (18) que sean hallados responsables de la comisión de delitos, cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión. (Duración desde un (1) año hasta cinco (5) años). Se aplicará a los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años, que sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual. (Duración desde dos (2) hasta ocho años (8), con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas). |

Fuente: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Observatorio del Bienestar de la Niñez, n°5 (2012): 7  
doi: publicación-28.pdf (icbf.gob.co)

Es precisamente aquí donde debemos centrar nuestra atención, puesto que, es un país que se caracteriza por tener estructuras sociales, políticas y culturales similares al Ecuador, puesto que se pueden asumir procesos restaurativos con caminos semejantes y mismas directrices. Como referencia es imperante recalcar que Colombia ha sido uno de

los principales pioneros de manejar sistemas de pluralismo de alta intensidad hasta llegar a realizar una gran metamorfosis a sus sistemas jurídicos aplicando ejercicios de interlegalidad entre la justicia tradicional y la justicia indígena, modelo icónico de la justicia restaurativa.

De esta manera es necesario recalcar que las sanciones de los mecanismos de solución de conflictos de la justicia restaurativa colombiana tienen por objeto utilizar la privación de libertad en casos extremadamente complejos, evitando así el uso excesivo del derecho penal. Empero, no rompe la idea o coexistencia del derecho penal y la justicia restaurativa, empleando un claro ejemplo de cooperación procurando obtener resultados más favorables para la víctima, el infractor y la sociedad.

### **3.2. Contexto argentino**

El legislador argentino, al notar que los modelos de justicia restaurativa son en demasía efectivos, decidió prescribir de forma expresa a la conciliación como una de las causales que ponen fin al proceso penal. En concreto, en la Ley 27.147 que fue sancionada en junio del año 2015, se establece en su parte pertinente lo siguiente: Art. 59: la acción penal se extinguirá: 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondiente. De esta manera, es ostensible que, se ha incorporado tanto a la conciliación como también la reparación integral del perjuicio causado como una de las formas de solucionar los conflictos en materia penal, lo cual, sin lugar a dudas, es muy fructífero para descongestionar el sistema penal ordinario y, sobre todo, aplicar un sistema que soluciona los conflictos de las partes y, más importante todavía, no genera una disociación del ciudadano infractor.

### **3.3. Contexto chileno**

En Chile, al igual que en los demás países que han sido aludidos, el legislador tomó la sabia decisión de prescribir la posibilidad de que se lleven a cabo procesos de justicia restaurativa; de esta manera, es ostensible que hace más de una década se instauró un procedimiento adversarial que incluye al principio de oportunidad y este, a

su vez, ha dado pie para que se lleven a cabo salidas alternativas al juicio *en stricto sensu* y se ejecuten procesos restaurativos.

A su vez es importante mencionar que en Chile se evidenció un gran conflicto entre optar por la especialización de jueces en materia juvenil o en su defecto realizar su aplicación de la justicia restaurativa por medio de instituciones privadas. Para el efecto, Chile adopta los siguientes mecanismos para aplicar estos tipos de justicia alternativa. En primer lugar, la libertad asistida, conjuntamente con servicios en beneficio a la comunidad, salida alternativa y reparación del daño, las cuales, son administrados por organizaciones privadas sin fines de lucro que son supervisadas y financiadas por el Servicio Nacional de Menores (SENAME).<sup>101</sup>

### 3.4. Contexto brasileño

Por su parte, en el Derecho brasileño han incursionado desde hace muchos años atrás en el ámbito de la justicia restaurativa, sin embargo, únicamente lo han utilizado en el sistema de menores infractores, pero con excelentes resultados. Así pues, en el Estatuto de Niños y Adolescentes (Ley 8.069/90) y en el Sistema Nacional de Asistencia Socioeducativa, son las principales normas que establecen las medidas socioeducativas dirigidas a adolescentes víctimas y victimarios. En las normas aludidas, se establece por primera vez una serie de medidas socioeducativas tendientes a resolver la situación jurídica de los menores que se encuentren en conflicto con la ley penal, por lo que, en el artículo 103 se indica que ante el cometimiento de delitos o contravenciones por parte de adolescentes se podrán aplicar 6 tipos de medidas socioeducativas y son las siguientes: advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, inserción en régimen de semi-libertad e internación en establecimientos educativos.

En el artículo, Tribunales de Justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria, del Elsa Inés Rymak y Marina Soares Vital, se habla de un agotamiento del paradigma jurídico existente, que está basado en una “visión formalista del derecho, destinada a garantizar valores de una clase dominante

---

<sup>101</sup> Claudia Reyes, Catherine Labrenz y Gabriela Donoso, “Justicia restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile”, *Política Criminal*, Vol. 13, n.º25 (2018):638, doi: 0718-3399-politcrim-13-25-00626.pdf (conicyt.cl)

que defienden categorías formuladas en la Revolución Francesa”,<sup>102</sup> esta cultura jurídica es adecuada al individualismo liberal, del elitismo colonial-republicano y la legalidad lógico formal. Ante esta situación se presenta el pluralismo jurídico como nuevo paradigma, en donde se trata de enfocarse en un sujeto colectivo, la satisfacción de las necesidades humanas, el proceso democrático descentralizado y la participación y control comunitario, entre otros aspectos.<sup>103</sup>

### 3.5. Contexto español

En España, aunque al igual que en otros países se muestran renuentes a dotarle plena aplicabilidad a los modelos de justicia restaurativa, poco a poco se ha visto que el legislador español va incorporando este tipo de soluciones alternativas para la resolución de conflictos. Por ejemplo, se promulgó la LO 1/2015, en la cual se modificó el Código Penal y se refirió por primera vez sobre la posibilidad de llevar a cabo una mediación entre adultos; de igual forma, en la Ley 4/2015, concerniente al Estatuto de la víctima del delito, se establece en el artículo 15 la posibilidad de que la víctima acceda a un servicio de justicia restaurativa con el fin de que obtengan una adecuada reparación integral de los daños derivados del delito, para lo cual, por supuesto, se deberá cumplir con una serie de requisitos.

### 3.6. Contexto europeo

En el plano de los países europeos en general, como primer antecedente de la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa tenemos que, en 1977 se incorpora en Gran Bretaña algo denominado *Victim Offender Reparation* y que más luego, en la misma tierra británica se incorporarían los *Youth Offender Team* (YOT) y los *Youth Justice Panels* (Paneles de Justicia Juvenil), en los se establecían mecanismos como el de mediación y algunos otros de justicia restaurativa para solucionar los conflictos en los que se hallaban inmersos los menores.

---

<sup>102</sup> Elsa Ines Rumak De González y Marina Soares Vital Borges. Tribunales de justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria. (2020), 169.

<sup>103</sup> Elsa Ines Rumak De González y Marina Soares Vital Borges. Tribunales de justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria. (2020), 171.

Más adelante, según las investigaciones del profesor Ayllón García, quién se encargó de hacer una revisión en retrospectiva de los antecedentes europeos sobre modelos de justicia restaurativa, nos da a conocer el siguiente antecedente cronológico, pero es claro en resaltar que, estos han tenido principal acogida en los modelos de justicia penal juvenil y que, todavía en el marco de la justicia para adultos el legislador guarda cierta reserva:

Posteriormente se organizaron los Comités noruegos de resolución de conflictos y tienen lugar las primeras experiencias municipales en Finlandia, y a mediados de la década de los ochenta se dan los primeros pasos hacia la Justicia Restaurativa en Holanda, Alemania y Austria, y a inicios de la década de los noventa se emprenden estas experiencias en Francia, Italia, Bélgica y España. De este modo, se extiende rápidamente el modelo reparador en Europa, pero hay que destacar que en la Justicia juvenil es donde ha encontrado especial aplicación porque la legislación en esta materia es más flexible y permite a los jueces mayor discrecionalidad.<sup>104</sup>

Con base a lo antes expuesto y el correspondiente análisis de cómo opera la justicia restaurativa en el ámbito latinoamericano y europeo, se ha podido determinar que la incursión de estos métodos alternativos al derecho penal se desarrolla exclusivamente en temas de justicia penal juvenil, dejando inoperable en otros ámbitos del derecho penal, salvo en los casos establecidos de mediación penal y sus requisitos fundamentales. Se evidencia un limitante a la evolución de la justicia restaurativa por el miedo a generar impunidad, pero es momento de dinamizarla y ampliar su ámbito de aplicación y sobre todo, implementarla como una herramienta independiente e interrelacionada para obtener resultados innovadores y más eficientes. De esta forma los profesionales del derecho, en Suecia, indicaron que una de las barreras principales para la ejecución de las prácticas restaurativas era la descentralización de los programas, y proponen como solución el establecer una organización federal que pudiera implementar y regular independientemente.<sup>105</sup>

Por lo tanto, para alcanzar una correcta aplicación de la justicia restaurativa, es indispensable darle autonomía y desarrollarla desde un ámbito independiente al derecho penal, pero que manejen diálogos constantes en la toma de decisiones con el único fin de cambiar paradigmas, es decir, de un modelo punitivista a un modelo restaurativo-

---

<sup>104</sup> Jesús Daniel Ayllón García, “La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos”, *Ars Boni et Aequi*, n.º 2 (2019), 14.

<sup>105</sup> Claudia Reyes, Catherine Labrenz y Gabriela Donoso, “Justicia restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile”, *Política Criminal*, Vol. 13, n.º25 (2018):642, doi: 0718-3399-politcrim-13-25-00626.pdf (conicyt.cl).

retributivo, donde el fin no sea reafirmar el imperio de la ley, sino restituir el conflicto conjuntamente con la paz social.

Soletó Muñoz, en un trabajo titulado, *Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos*, realiza el siguiente análisis. El nacimiento de este modelo de justicia se debe a movimientos sociales y jurídicos, de los países del norte de Europa y los Estados Unidos.<sup>106</sup> Plantea que son cinco los factores que han producido cambios en el sistema de justicia penal, estos son: a) corrientes retributivas, b) corrientes de empoderamiento social, c) ineficacia y búsqueda de satisfacción con la administración de justicia, d) fines de reinserción, y e) importancia de la víctima.

Entre los modelos que se han desarrollado existen tres: Los sistemas complementarios a los tribunales, las iniciativas ajenas a la justicia y sistemas alternativos de enjuiciamiento. En cuanto al primera se plantea que se conectan a los Tribunales, que culminan con acuerdos de reparación que pueden incidir en la reducción de la calificación, de la pena, o suspensión o sustitución e incluso beneficios penitenciarios.<sup>107</sup> En los países anglosajones, la derivación se produce de acuerdo con los programas en diversos momentos, antes de la acusación, después y antes de la condena, después de la condena pero antes de la sentencia, posterior a la sentencia, antes del encarcelamiento<sup>108</sup>. El segundo modelo, son los sistemas alternativos de enjuiciamiento, en donde determinados delitos, pueden ser llevados por la justicia restaurativa por derivación ante ciertas características de los individuos, por ejemplo aquellos que pertenecen a grupos étnicos o jóvenes,<sup>109</sup> finalmente, están las iniciativas ajenas al proceso de ejecución, que tienen finalidad de restauración emocional, es decir posterior a cumplir la condena, el agresor se reconcilia con la víctima, o donde no se desea el inicio de un sistema de justicia penal, como en los conflictos entre padres e hijos.<sup>110</sup>

Entre los procedimientos que se consideran son los siguientes: a) mediación entre víctima y ofensor, la cual es una de las formas más extendidas, en donde el diálogo es lo

---

<sup>106</sup> Helena Soletó Muñoz. *Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos* (Curitiba: Editorial MULTIDEIA, 2013), 115.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 123.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 123.

<sup>109</sup> *Ibid.*, 124.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 124.

más importante, y se basa en la restitución respecto de la víctima y la rehabilitación del agresor; b) la conferencia de grupo familiar, o comunitaria es una forma de mediación en donde el agresor y la víctima participan conjuntamente con personas del entorno familiar y comunitario, c), los círculos sentenciadores, en cambio tienen participación del órgano jurisdiccional, donde el tribunal hace el reenvío, monitoriza los casos y el cumplimiento de las reglas;<sup>111</sup>d) los paneles restaurativos son una especie de respuesta comunitaria a la incompetencia del sistema público de producir la reparación a través del proceso, una vez que el agresor asume la culpa, el juez le ofrece acudir al panel de restauración, donde discute con la víctima la reparación, los paneles se constituyen con ciudadanos. Una limitante es que el enfoque de justicia se limita a la reparación; e) la mediación comunitaria, en Estados Unidos habría unos 500 centros, que realizan mediaciones en ámbitos escolares y vecinales no conectados con los tribunales, pero también mediaciones y facilitaciones civiles y penales por reenvío de la corte.<sup>112</sup>

Los aportes de la justicia restaurativa en Europa de acuerdo con Soletto serían tres. El primero, un impulso jurídico y práctico desde la UE y el Consejo de Europa, el segundo las experiencias comparadas en otros países, y el tercero la influencia fuerte de las ONGs, activistas. En tal sentido se diría que hay una multiplicidad de mecanismos alternativos, desde la justicia restaurativa que están siendo aplicados en los países anglosajones. Es preciso señalar en este caso que el modelo romano germánico no ha logrado calar en profundidad en estos países y que el derecho consuetudinario habría dado paso a estas prácticas de justicia restaurativa.

#### **4. Justicia restaurativa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

En el plano del Derecho Internacional, más específicamente en los casos de Derechos humanos, se ha visto que generalmente son los Estados que con mayor asiduidad violan los Derechos humanos de sus ciudadanos y, como tal, las medidas de justicia ordinaria o, a su vez, los mecanismos de justicia restaurativa están encaminados a reparar integralmente a las víctimas. Hay que decir que todo esto se acentuó, sobre todo, luego de la segunda guerra mundial, en donde el Derecho Humanitario estableció como uno de sus principios a la reparación integral de las víctimas.

---

<sup>111</sup> Ibid., 126.

<sup>112</sup> Helena Soletto Muñoz. Justicia Restaurativa en Europa, 128.

Ahora bien, si bien es cierto en las Cortes internacionales no se utilizan los sistemas de resolución de conflictos tales como la mediación, mesas redondas y más, pero sí se toma como punto troncal en la justicia internacional a la reparación integral, pues las Cortes entienden acertadamente que, una adecuada restauración de los derechos vulnerados es el propósito principal de cualquier ciudadano que acude a sedes judiciales. Por todo esto, en lo que sigue se hará una breve descripción de algunas sentencias dictadas en el marco del Derecho internacional, específicamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por la Justicia Penal Internacional, en donde se resolvió dictar medidas sobre dicha reparación.

#### **4.1. Justicia restaurativa en la Corte IDH**

En el caso de la Corte IDH, dado que su aplicación debe ir en consonancia con los parámetros establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, es claro que esta deberá resolver y pronunciarse sobre la reparación integral de los derechos lesionados, pues en la convención aludida se establece en el artículo 66, numeral 1, lo siguiente:

[...]1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.<sup>113</sup>

En consecuencia, en la convención se denota que, se extiende la obligatoriedad para los juzgadores de la Corte para que se pronuncien sobre cuestiones inherentes a la reparación integral de los derechos vulnerados y, de entrada, indica que una de las formas de reparación bien podrá ser la indemnización. Ahora bien, en el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile* de 2006, apartado 151, la Corte indicó lo siguiente sobre la reparación:

151. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación.

---

<sup>113</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, art 1.

De no serlo, el Tribunal debe determinar medidas que garanticen los derechos conculcados y reparen las consecuencias que las infracciones produjeron. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno.<sup>114</sup>

De todo esto es loable destacar que, entre las principales medidas de reparación está la garantía de no repetición y, sobre todo, la restitución en la medida de lo posible de los daños causados. No obstante, no es posible indicar en términos abstractos cuál deberá ser la reparación idónea, pues deberá analizarse en cada caso concreto la naturaleza de la afectación. Un ejemplo claro de esto, se lo puede ver en el caso Cantoral Benavides contra Perú, en el cual se analizaba la medida adecuada para reparar el proyecto de vida de la víctima y, la Corte resolvió que debía ser la concesión de una beca de estudios superiores que incluía la manutención durante la carrera. Por tanto, con esto queda demostrado que la reparación puede tener cualquier índole y que, los factores claves a tomar en consideración serán las necesidades de la víctima y las posibilidades de que el agresor cumpla con las mismas.

#### **4.2. Justicia restaurativa en la Corte Penal Internacional**

Finalmente, en el marco del Derecho penal internacional, es importante hacer alusión al Estatuto de Roma de 17 de enero de 1998, el cuál por circunstancia de operatividad entró en plena vigencia recién en el año de 2002, y aquí se establece que a la Corte Penal Internacional le corresponde conocer y resolver sobre delitos graves que hayan tenido una gran repercusión en el plano internacional, tales como: Genocidio, de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros que se detallan en el artículo 5 del estatuto.

En este instrumento, se reconoce una participación activa de la víctima, pues se garantiza su derecho a ser asistida y protegida en el marco del proceso, a precautelar sus intereses y, principalmente, a ser reparada integralmente. De esta manera, en el artículo 75 del estatuto se señala expresamente lo siguiente:

---

<sup>114</sup> Corte IDH, “Sentencia de 2006”, Claude Reyes y otros Vs. Chile, párr. 155.

Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.

4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93.

5. Los Estados Parte darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicarán al presente artículo.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.<sup>115</sup>

Se puede observar que, uno de los pilares de la justicia penal internacional es la reparación integral de la víctima y, en la misma línea que los criterios de la Corte IDH, se establece que deberá evaluarse en cada caso en particular las características de la lesión para con ello tomar medidas idóneas en torno a la reparación. Entonces, con estos criterios, el primer caso resuelto por la Corte en donde se tomó en consideración la reparación integral fue el caso Fiscalía contra Lubanga Dyilo, en el cual, este último actuó como líder de milicias que violaron derechos humanos entre la segunda guerra del Congo acaecida de 1998 hasta 2003.

En este caso en concreto, la fiscalía acusó por haber utilizado niños menores de 15 años para la guerra, no obstante, como es costumbre en los tribunales de justicia internacionales, recién en el año de 2012 se dictó sentencia y, en ella, se establecieron los siguientes parámetros tendientes a reparar a las víctimas:

3) Beneficiarios de las reparaciones. - Para efectos de reparación se considera la existencia de víctimas directas e indirectas, siendo directas las que tuvieron contacto inmediato con la agresión o violación, y las otras, aquellas que por circunstancias como

---

<sup>115</sup> Estatuto de Roma, 17 de enero de 1998, art 75.

lazos familiares hayan sufrido daños y vulneraciones, especialmente de carácter psicológico.

9) Reparaciones proporcionales y adecuadas. - las medidas de reparación deberán ser apropiadas, efectivas y rápidas para que cumplan con su finalidad, además se señala que debe buscar la reconciliación de las víctimas, sus familias y la comunidad. Cuando sean programas de reparación, éstos deberán ser autosustentables para que les reporten a las víctimas beneficios por largos años. En caso de compensación económica se la hará en pagos periódicos, permitiendo y prolongando los beneficios económicos y prestaciones sociales. Siempre deberán ser igualitarias y proporcionales al daño sufrido.<sup>116</sup>

### 4.3. Reparación integral

Como primer punto, es importante emitir un criterio sobre esta noción. Ya que deberá ser entendido como un conjunto de mecanismos encaminados al restablecimiento del estado de las cosas previo a la lesión de los derechos por parte del infractor. Es decir, la reparación integral tiene el objetivo principal de retrotraer los efectos nocivos o, a su vez, minimizar las consecuencias de la lesión de derechos.

Guzmán, Aguirre *et al.* (2018), manifiestan que hay unos estándares internacionales sobre mecanismos de reparación integral. Uno de ellos, es la *restitutio in integrum*. De acuerdo a los principios y directrices de la ONU, en tal sentido se pueden considerar, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes;<sup>117</sup> en cuanto a la jurisprudencia interamericana se tienen los siguientes: a el restablecimiento de la libertad de la persona detenida ilegalmente, la devolución de bienes confiscados ilegalmente, el regreso al lugar de residencia del lugar del cual la víctima fue desplazada, el reintegro al empleo, la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales, y cancelación de los registros correspondientes, la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.<sup>118</sup> Cabe señalar que todos estos mecanismos se dan sobre sentencias que ha dictado la Corte Interamericana de

<sup>116</sup> Corte Penal Internacional, “Sentencia de Marzo de 2012 (Criterios de reparación)”, Fiscal Vs. Lubanga Dyilo, Marzo de 2012, ICC-01/04- 01/06.

<sup>117</sup> Alfredo Ruíz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Fernanda Ávila Benavidez. “Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador” (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018), 46.

<sup>118</sup> Alfredo Ruíz Guzmán, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Fernanda Ávila Benavidez. “Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador” (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018), 46.

Derechos Humanos, uno de los casos de restitución en Ecuador es sobre el caso *Sarayacu vs Ecuador*.<sup>119</sup>

La compensación es el segundo mecanismo que se concreta en la reparación económica, siendo una de las comunes en los casos de violaciones de derechos humanos. La Convención Americana. El tercer mecanismo es la rehabilitación que tiene como propósito que la víctima reciba una atención integral para eliminar o reducir los padecimientos a causa de las violaciones de sus derechos<sup>120</sup>, otro de los mecanismos es la satisfacción que son considerados como las medidas simbólicas que buscan compensar aspectos que van más allá del fuero interno de la persona y que lo relacionan con su comunidad y la participación en la sociedad.<sup>121</sup> Y finalmente estaría la garantía de no repetición, como medidas idóneas de carácter administrativo, legislativo, y judicial, para que las víctimas no sean objeto nuevamente de violaciones de derechos humanos. Lo central en este caso, es que a partir de estos hechos se produzca un cambio de manera que no se vuelvan a repetir situaciones similares y el Estado viva una transformación en materia de derechos.<sup>122</sup>

Dicho esto, la reparación integral no solamente constituye un pilar para la institución de la justicia restaurativa en cualquiera de los modelos estudiados, sino que, además, constituye un pilar para la justicia ordinaria en el marco del COIP.<sup>123</sup> Así pues, pese a que ya fue citado, es necesario volver a hacer alusión al artículo 52 del COIP,<sup>124</sup> en el cual se establece que una de las finalidades de la pena es reparar de forma integral a la víctima, lo cual también se busca en los modelos de justicia restaurativa. No

---

<sup>119</sup> Ibid., 47.

<sup>120</sup> Ibid., 49.

<sup>121</sup> Ibid., 55.

<sup>122</sup> Ibid., 57.

<sup>123</sup> Es importante indicar que, aquella prescripción normativa guarda consonancia con las prescripciones del legislador constituyente de la Constitución de Montecristi, pues en el artículo 78 se estableció lo siguiente: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.” Por tanto, es evidente que, desde la máxima norma se pretende reparar a las víctimas de cualquier agresión antijurídica, por lo que, ésta se ha convertido en un pilar del sistema coercitivo; Asimismo, la doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido: “la reparación del daño no es, según esta concepción, una cuestión meramente jurídico-civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima.” Merck Milko Benavides, “La Reparación Integral de la víctima en el proceso penal”, *Universidad y Sociedad*, n.º 11(5), 109.

<sup>124</sup> Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

obstante, como ya se ha explicado, la obtención del fin de reparación integral se busca con medios contrapuestos. Así también lo entiende la profesora Battola, quien arguye lo que sigue: “la reparación integral en el sistema penal de justicia se sostiene que esta temática se encuentra íntimamente vinculada a los fines y fundamentos de la pena como así también a los fines y fundamentos de las prácticas restaurativas”.<sup>125</sup> Al decir de la regulación de la reparación integral en el COIP, se debe notar también que, para el legislador fue tan importante prescribir la reparación integral de las víctimas que incluso la puso como una exigencia en las sentencias que los juzgadores vayan a emitir. Así pues, en el artículo 622 del COIP en donde se prevé los requisitos de la sentencia, se establece en el numeral 6 lo siguiente:

La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.<sup>126</sup>

Así también, en el plano del Derecho comparado, en el artículo 64 de la Ley General de Víctimas de México se prescribe que: “las compensaciones a las víctimas se otorgarán por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia de la comisión de los delitos a los que se refiere el artículo 68 o de la violación de derechos humanos.” Por tanto, es posible advertir que, hablar de reparación integral no necesariamente debe tener una connotación económica, sino que, mucho dependerá del bien jurídico o derecho que se haya lesionado y las pretensiones de las partes que intervengan en el proceso comunicacional de justicia restaurativa.

Así, por ejemplo, puede suceder que, el bien jurídico tutelado haya sido el honor y buen nombre de una persona. En ese caso, dependiendo de las calidades y necesidades de las partes intervinientes, es posible que una reparación integral suficiente para resarcir el derecho de la víctima sea meramente simbólica, como puede ser una disculpa pública. Así que, para efectos de ésta, se deberá tomar en consideración tanto el daño causado, la naturaleza del derecho afectado y, sobre todo, las exigencias y posiciones de las partes que interviene. Sobre los posibles mecanismos de reparación integral, la profesora Battola efectuó un trabajo de investigación con insumos empíricos y logró

<sup>125</sup> Edith Battola, “Procesos restaurativos. La reparación en el sistema penal de justicia” *Mediaciones Sociales*, Vol. 17 (2018), 97.

<sup>126</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 622.

identificar que, en el ámbito de la justicia restaurativa se ha utilizado en gran medida a las reparaciones simbólicas, incluso un poco más que las reparaciones de tinte económica. Todo esto se plasmó en un cuadro muy didáctico que me permito citar:

**Tabla 2**  
**Tipo de reparación acordada en las prácticas restaurativas realizadas**

| OFICINAS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN PENAL | Reparación económica | Reparación simbólica | Ambos tipos de reparación | Total de casos finalizados con acuerdo | Porcentaje en relación a los casos abordados y finalizados |        |
|--|----------------------|----------------------|---------------------------|--|--|--------|
|  |                      |                      |                           |  |  |        |
| JA (I)                                     | 12                   | 16                   | 9                         | 37                                     | 40,65%   | 57,81% |
| SMA (II)                                   | 7                    | 23                   | 8                         | 38                                     | 23,60%   | 30,89% |
| VLA (III)                                  | 7                    | 7                    | 6                         | 20                                     | 24,09%   | 29,85% |

Fuente: Procesos restaurativos. La reparación en el sistema penal de justicia por Edith Battola

De todo esto se puede colegir que, en términos pragmáticos la reparación integral que con mayor asiduidad se utiliza en el marco de la justicia restaurativa es la simbólica; ahora bien, es importante destacar que en el marco de la justicia ordinaria también se prevén una serie de métodos, así, por ejemplo, en el artículo 78 del COIP se establecen las siguientes:

1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad, así como al restablecimiento de los derechos políticos.
2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica, así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines.
3. Las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente.
4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica.
5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.<sup>127</sup>

<sup>127</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 78.

Ahora bien, el reto consiste en identificar cual de todas las formas de reparación integral que existen en la norma jurídico-penal son susceptibles de utilizar en el marco de la justicia restaurativa; al respecto, sobre la primera forma de reparación integral prevista en la norma, esto es, la restitución, es evidente que podría utilizarse este método a plenitud, pues la finalidad de la restitución es regresar el estado de los derechos a su estado anterior, es decir, previo a la lesión.<sup>128</sup> Por tanto, dependerá de cada supuesto fáctico en particular para saber cuál es el medio de restitución idóneo para satisfacer las necesidades de la víctima. Para ejemplificar:

Digamos que, A le hurta un celular a B; entonces, luego de que se lleve a cabo un proceso de justicia restaurativa deciden que, la medida idónea para reparar integralmente a B es únicamente que A le devuelva el teléfono celular que le fue sustraído. Por tanto, la restitución dependerá de dos factores: en primer lugar, de la casuística que el caso ofrezca y, en segundo lugar, de los bienes jurídicos o derechos que se encuentren en pugna, pues la naturaleza de cada uno de estos ofrecerá indicadores concretos sobre los métodos idóneos de restitución.

Sobre la rehabilitación, se vio en el desarrollo de los modelos de justicia restaurativa que, puede llevarse a cabo mesas de conversaciones en los cuales se decida sobre las sanciones y medios de reparación integral que más se ajusten a las necesidades de la víctima y del infractor. En consecuencia, si dado el caso se requiere que la víctima se someta a un proceso de rehabilitación sea físico o psicológico, lo razonable será que el victimario sea quien cubra con los costos durante el tiempo que sea necesario para el alivio de la víctima. En la misma línea, sobre las particularidades de la rehabilitación, la ONU tiene dicho que:

... dicho tratamiento se deberá otorgar, en la medida de las posibilidades, en los centros más cercanos a su lugar de residencia. Además, al proveer dicho tratamiento se deben considerar, además, las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, de

---

<sup>128</sup> Un criterio idéntico fue plasmado por la ONU, al decir que: “19. La restitución, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.” ONU. 2015. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, 8.

manera que se les brinde tratamientos familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada una de ellas y después de una evaluación individual.<sup>129</sup>

En términos de indemnización, es claro que ciertos derechos o bienes jurídicos son susceptibles de una valoración económica y, por ello, lo más lógico será que la reparación de la víctima vaya en el mismo sentido, sin perjuicio de que también puedan utilizarse métodos meramente simbólicos o de otra naturaleza. Para ejemplificar este punto, digamos que entramos en un proceso de justicia restaurativa, llámese mediación o cualquier otro, en el cual se va a ventilar un delito de daño a bien ajeno; entonces, dado que el bien jurídico patrimonio fue lesionado, las partes pueden acordar que se resarzan los daños causados a través de una indemnización económica o, en todo caso, se le devuelva un objeto de características semejantes. En la doctrina se ha indicado que, la indemnización es una especie de obligación jurídicamente impuesta al infractor de las normas, así pues, los autores Machado, Medina, *et. Al.* han indicado lo siguiente: “La indemnización del daño causado es la obligación que nace, tanto del delito como del cuasidelito, tanto del dolo o intención positiva de perjudicar a otro, como de la culpa o imprudencia o negligencia u omisión, no excusable.”<sup>130</sup>

En los casos de reparación simbólica, me reafirmo en el argumento de que siempre será un dato para tomar en cuenta la naturaleza del bien jurídico, pues las características de cada uno de estos harán que nos aproximemos con mayor facilidad hacia el método de reparación integral más eficaz. Por ejemplo, en el marco de un delito de injurias, dado que el la honra y buen nombre de las personas es un bien jurídico en demasía subjetivo, la intervención del Derecho penal en su faz sancionatoria solamente traía como consecuencia resultados inidóneos para resolver el conflicto creado; tal es el punto que, Donna había escrito que, "el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho Penal y por tanto el menos eficazmente protegido".<sup>131</sup>

De esta manera, parecería que la justicia restaurativa está llamada a suplir las enormes falencias del sistema punitivo, pues lo más razonable es pensar que una reparación integral idónea para bienes jurídicos tan sutiles como la honra, tiene que ser

---

<sup>129</sup> Jorge Calderón, *La reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicados al nuevo paradigma mexicano* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2013), 176.

<sup>130</sup> Libertad Machado, *et. Al.*, “Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?”, *Revista Espacios*, Vol. 39, n.º 09, (2018), 4.

<sup>131</sup> Edgardo Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo I (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999), 306.

en términos simbólicos o de reparación de la dignidad, sea por la vía de disculpas o en su caso, la vía que amerite la situación en concreto. Sobre las características troncales de las reparaciones simbólicas, el autor Patiño Yépez ha indicado lo que sigue:

Las reparaciones simbólicas son medidas específicas de carácter no pecuniario ni indemnizatorio que buscan subvertir las lógicas de olvido e individualidad en las que suelen caer las sociedades en donde se perpetraron violaciones a derechos humanos, ampliando hacia la comunidad el dolor de las víctimas, a través de una mirada crítica de lo pasado que trasciende al futuro.<sup>132</sup>

Finalmente, sobre la medida de reparación de garantía de no repetición es evidente que, una consecuencia necesaria de adoptar una teoría especial positiva y general positivo de la pena es –al menos en términos teóricos– que el sujeto infractor ya no vuelva a defraudar las expectativas normativas y, tampoco, por obvias razones, lesione a la víctima del delito.

Además, aunque parezca una obviedad, las garantías de no repetición tienen un tinte disuasorio que se verá reflejado en lo venidero y que, en lo principal, tiene como objetivo impedir el cometimiento de nuevos delitos. Asimismo, en el plano internacional, se ha visto que una medida reparadora utilizada con mucha asiduidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la garantía de no repetición, puesto que, dado que la Corte conoce y resuelve casos en los cuáles se han vulnerado derechos humanos, siempre es importante interponer una medida que impida que esa vulneración de Derechos se vuelva a cometer. Un ejemplo de todo esto puede verse en el fallo del caso *Gomes Lund y otros versus Brasil*, en donde la Corte declaró y sentenció al Estado Brasileño por las violaciones de Derechos Humanos por las torturas y desapariciones forzadas de aproximadamente 70 personas, como consecuencia de operaciones militares acontecidas entre 1972 y 1975. Aquí, por ejemplo, la Corte resolvió condenar al Estado Brasileño y, entre algunas formas de reparación ordenó la garantía de no repetición para prevenir que el futuro se susciten hechos semejantes.<sup>133</sup>

Para complementar Roxin plantea la idea de la reparación integral como una sanción penal independiente, denominándola como la “tercera vía penal”. Roxin afirma que no hay necesidad de imponer una sanción adicional a la reparación, ya que con palabras textuales afirma que el objetivo estaría orientado al “efecto de satisfacción que

<sup>132</sup> Álvaro Patiño Yépez, “Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21, n.º 2, (2010), 54.

<sup>133</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») contra Brasil.*, Serie C n.º 219, párr. 281 y ss.

aparece cuando el delincuente se ha esforzado tanto, que la conciencia jurídica general se tranquiliza en relación con el quebrantamiento de la ley y considera como solucionado el conflicto con el autor”.<sup>134</sup> De esta manera, se evidencia una práctica muy similar a la justicia restaurativa. Roxin, se enfocaba en una vía que se utilizaría de manera correcta en delitos contra la propiedad. Sin embargo, no han tenido gran acogida a pesar de que a lo largo de la evolución del derecho se ha evidenciado la necesidad de frenar la tipificación excesiva de nuevas conductas y por ende el uso desmedido del derecho penal, dejando en tela de duda la aplicación del principio de mínima intervención y la concepción de que el derecho penal es de *ultima ratio*.

Es así que, es necesario implementar soluciones alternativas y plasmadas en nuestra realidad y diversidad cultural, motivo por el cual se realizará una aproximación de la justicia restaurativa por medio de la justicia indígena, demostrando su efectividad y sobre todo su factibilidad de aplicación como un sistema independiente y autónomo al derecho penal tradicional, que tanto ha tergiversado su esencia y finalidades.

## 5. Límites a la justicia restaurativa

El presente trabajo de investigación se aborda en el pluralismo de alta intensidad de Wolkmer, el cual concibe que es necesaria “la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes. Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales”.<sup>135</sup> En otras palabras, el presente trabajo propone la creación de un modelo de justicia restaurativa autónomo e independiente al sistema de justicia ordinario, lo cual no quiere decir que es una propuesta abolicionista, sino que se pretende complementar al derecho penal a través de aplicación de modelos de interlegalidad, es decir que estos tipos de justicia trabajen conjuntamente.

Por lo tanto, no se pretende prescindir del derecho penal como tal, pero sí que se apliquen principios de mínima intervención, puesto que existen delitos y acciones

---

<sup>134</sup> Hans Hirsch, *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*, en *De los delitos y de las víctimas*, ed. Albin Eser, Claus Roxin (Argentina, Editorial ADHOC, 1992), 63.

<sup>135</sup> Antonio Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*, (Argentina: CENEJUS, 2003), 15.

contrarias a la ley que no representan el riesgo que transmiten y se pueden aplicar sanciones alternativas a la prisión, puesto que como lo mencionaba Thomas Mathiesen: “La solución de la cárcel no es, en primer lugar, solidaria ni con la víctima ni con el victimario; en segundo lugar, no es compensatoria ni con la víctima ni con el victimario”,<sup>136</sup> y, como es evidente, la cárcel, en el Ecuador, se ha convertido en lugares para perfeccionar la criminalidad. A su vez se evidencia que las personas privadas de libertad y las que han pasado por este medio de sanción no han obtenida una correcta rehabilitación y reinserción en la sociedad. Con este enfoque no se pretende dar plenas facultades a la justicia restaurativa, sino que se debe delimitar en que se pueden aplicar estos medios alternativos con el objetivo de reafirmar la conciencia colectiva y solucionar el conflicto sin acciones extremas. Resulta una tarea imposible abordar delito por delito, pero si se puede determinar en qué situaciones la justicia restaurativa no sería aplicable y sin duda alguna se recurriría a la aplicación del derecho penal tradicional.

### **5.1. Delitos que atenten contra la vida**

En primer lugar, se tomará como referencia a la decisión de la Corte Constitucional en el caso “La Cocha”. De la resolución 0731-10-EP se desprende que el día 9 de mayo de 2010, en la comunidad La Cocha en Cotopaxi el pueblo kichwa aplicó justicia indígena a Flavio e Iván Candalejo Quishpe, Wilson y Klever Chaluisa y a Orlando Quishpe Ante, por ser autores del asesinato de Marco Olivo, también miembro de la comunidad antes mencionado. Para el efecto la justicia ordinaria conoce el caso y apresó a los autores del ilícito y prosiguió con la respectiva sustanciación del proceso penal.<sup>137</sup> Este proceso significó una reestructuración de la justicia indígena, puesto que la Corte Constitucional Ecuatoriana, desconoce la competencia de la comunidad La Cocha y determina que los pueblos y nacionalidades indígenas no tenían competencia ni capacidad para juzgar este tipo de delitos. La decisión tomada por la Corte Constitucional fue la siguiente:

La jurisdicción y competencia para conocer y resolver casos que atenten contra la vida de toda persona es facultad exclusiva y excluyente del sistema penal ordinario aun

---

<sup>136</sup> Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión: El futuro del encarcelamiento* (Buenos Aires: Ediar Editorial, 2003), 231.

<sup>137</sup> Carlos Pérez Guartambel, *Justicia Indígena* (Cuenca: Universidad Estatal de Cuenca, 2015), 34-5.

cuando se trate de personas miembros de comunidades indígenas y aun cuando se suscite dentro de la comunidad indígena. De igual manera establece que la jurisdicción indígena conserva su competencia para solucionar conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.<sup>138</sup>

Por lo tanto, se evidencia que la justicia ordinaria es la única competente para conocer y sustanciar los delitos que atentan contra la vida, lo cual, a criterio del autor, estos delitos necesitan un estudio minucioso para que no queden en la impunidad y se provea sanciones óptimas y conforme a derecho. Al aplicar un proceso restaurativo no se pondría en dialogo y en contacto directo a la víctima directa del ilícito y al infractor. El proceso restaurativo podría imponerse con las víctimas indirectas, siempre cuando exista la voluntad de las partes, requisito sine qua non para efectuar este tipo de justicia.

Continuando con el análisis, resultaría imposible determinar la voluntad de la víctima directa, por lo tanto, la solución a este conflicto sería complementaria a la sanción de la justicia ordinaria. En estos casos se pueden realizar procesos de interlegalidad para el trabajo en conjunto de estos tipos de justicia. En la gran mayoría, por no decir todos, de los delitos que atentan contra la vida, las víctimas indirectas son invisibilizadas y no se evidencian acciones que satisfagan sus necesidades. En un sinnúmero de casos el perdón al infractor, por parte de estas víctimas, adicionalmente a la sanción del sistema penal al infractor, pueden significar la solución al conflicto de manera integral.

## **5.2. Delitos referentes a la integridad sexual y núcleo familiar**

En los delitos contra la integridad sexual y núcleo familiar se deben sustanciar y velar por la integridad de las víctimas, a través de la justicia ordinaria, puesto que se caracterizan por ser violentos y evidenciar que las principales víctimas son grupos de atención prioritaria y por ende necesita que sean sustanciados por personas especializadas y expertas en la materia, ya que un mal proceso, sin seguir los protocolos, ocasionaría la revictimización de los sujetos pasivos. En este caso se entiende por Victimización Secundaria los sufrimientos que, a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones

---

<sup>138</sup> Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia n.º 113-14-SEP-CC”, en Juicio No: 0731-10-EP, 30 de julio de 2014, 35.

más o menos directamente encargadas de hacer justicia,<sup>139</sup> es decir cuando las víctimas, directas o indirectas, son expuestas en el proceso penal, a situaciones que representen un daño por estar expuestas a circunstancias que representen un recordatorio a la violencia perpetrada por el sujeto activo. De esta manera la justicia ordinaria ha previsto mecanismos jurídicos como el testimonio anticipado para evitar el contacto directo entre la víctima y el victimario. Con base a esto es importante definir a la violencia sexual para determinar que la justicia restaurativa carecería de medios para sustanciar los delitos que tengan vinculación con la integridad sexual y núcleo familiar.

La violencia sexual se reconoce como una forma de dominio y poder sobre otra persona, a quien el agresor percibe como inferior u objeto sexual, es una forma de violencia que se ejerce principalmente contra las mujeres, los niños. Por ello, la violencia sexual vulnera la libertad y el derecho a decidir de las personas sobre el ejercicio de su sexualidad, provocando daños graves a la salud física y mental de quienes son objeto de esta brutal violencia.<sup>140</sup>

En consecuencia, se evidencia una relación de poder y dominación, donde el infractor ha superpuestos sus deseos y convicciones sobre su víctima ocasionando daños a su salud física y mental, por lo cual sería imposible obtener un proceso transparente, pero, sobre todo, un proceso que precautele los intereses de la víctima. El diálogo sería una herramienta errada, puesto que se puede terminar revictimizando a la víctima y generando situaciones adversas a su condición actual. De igual manera sería imposible transigir en delitos referentes al núcleo familiar, debido que su convivencia se desarrolla en un plano íntimo y personal y los círculos de violencia pueden perpetrarse a través del tiempo generando consecuencias aún más graves y dejando en impunidad estos hechos atroces.

La necesidad de la justicia ordinaria es evidente, puesto que es deber fundamental del estado dar protección integra a los grupos más vulnerables proveyendo situaciones óptimas para su desarrollo personal y crecimiento en sociedad. Sin duda alguna estos delitos deben ser exclusivamente sustanciados a través de la justicia tradicional, con gente especializada únicamente en violencia e integridad sexual, para dar la atención legal y psicológica a la víctima.

---

<sup>139</sup> José Reyes, *Victimología* (Guatemala: Impresos Caudial S.A, 1997), 221.

<sup>140</sup> Gobierno Federal Mexicano, *Protocolo De Investigación De Los Delitos De Violencia Sexual Hacia Las Mujeres, Desde La Perspectiva De Género* (México: Gobierno Federal Mexicano), 5, protocolo de violencia sexual pg edo méx (inmujeres.gob.mx).

### **5.3. Delitos contra la eficiente administración pública**

A criterio del autor estos delitos deben ser sustanciados por la justicia ordinaria por el carácter simbólico y de cuidado del estado como organización y estructura porque son las instituciones encargadas de precautelar el bienestar de sus ciudadanos. De igual manera se evidencia que existe pluralidad de víctimas, en primer lugar, el estado y por último la sociedad en general, por lo tanto, resultaría imposible consensuar una solución restaurativa independiente. Empero, se puede aplicar medidas restaurativas que pretenda reparar el daño causado a la sociedad, sin dejar atrás la sanción penal para que el delito no quede en la impunidad. Un claro ejemplo de estas situaciones es en los delitos de peculado o enriquecimiento ilícito, donde la sanción privativa de libertad resulta ineficaz, puesto que en la mayoría de los casos no se evidencia el arrepentimiento del autor, debido que las penas son relativamente bajas y en la mayoría de los casos el dinero robado no se recupera en su totalidad. La cooperación del infractor en la restitución del dinero robado se puede concebir como un atenuante para la pena impuesta, a su vez las disculpas públicas a la ciudadanía significarían un alivio para la ciudadanía.

Para complementar es necesario destacar que, de acuerdo al expansionismo del derecho penal, la justicia restaurativa, deberá irse adaptando y autorregulando, es decir, si bien es cierto que se delimita en que delitos no puede aplicarse, se debe tener en cuenta que los delitos de extrema gravedad como delitos de lesa humanidad o en casos extremos de narcotráfico no operaría este tipo de justicia. A su vez, es importante, sin querer incurrir en un derecho penal de autor, implementar la reincidencia como un impedimento para acogerse a este tipo de procesos alternativos, puesto que el objetivo central no es crear impunidad, sino solucionar los conflictos con base a derecho y en pro de los intervinientes.

Con base a lo antes mencionado, es necesario recalcar una vez más que la justicia restaurativa inicia por medio de la voluntad de la víctima siempre y cuando se acepte la culpa y se evidencie arrepentimiento del infractor, con el objetivo de compartir y entender los efectos negativos del crimen para obtener un acuerdo en términos de

reparación, enfocadas en las necesidades de la víctima e infractor para obtener “sanación”.

Con lo expuesto en este trabajo se pretende dar una participación más activa a medios alternativos de solución de conflictos que permitan una purificación a nuestro sistema penal que ha tergiversado su esencia y se ha convertido en una herramienta utilizada por las fuerzas políticas y elites de nuestro país para oprimir y dominar a los ciudadanos. Es una realidad que nuestro sistema carcelario carece de la infraestructura para albergar a tantos prisionados víctimas del mismo sistema, los cuales son expuestos a vivir en hacinamiento y sobrepoblación, sin ambientes óptimos para su rehabilitación y futura reinserción. En la mayoría de los casos los usuarios de la prisión son por delitos menores, o que en otras situaciones se podían solucionar con sanciones que permitan resultados óptimos para todas las partes del conflicto.

Es momento de reescribir la historia y luchar por sentar las bases de nuevas realidades jurídicas. Es deber de todos luchar por una justicia más transparente y que tenga por objetivo el bien social y restaurar la vida en sociedad, más no fragmentarla como lo ha hecho el derecho penal a través de la tipificación excesiva de conductas.

## **6. La justicia restaurativa en Ecuador**

En el Ecuador y en algunos países que gozan de un mosaico de culturas y etnias, se ha venido posicionando la idea política de reconocerles cierto grado de autonomía jurídica a los pueblos autóctonos. De hecho, tal es el grado del reconocimiento del pluralismo jurídico que, en Ecuador se ha prescrito normas de la máxima jerarquía que reconocen este derecho; así pues, puede verse en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador<sup>141</sup> que, el legislador constituyente reconoce expresamente a la justicia indígena como un método de solución de controversias alternativo a la justicia ordinaria. Más a detalle, el legislador ha prescrito lo que continúa:

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la

---

<sup>141</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008, art.171.

solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.<sup>142</sup>

La idea de pluralismo jurídico, sin lugar a dudas, tiene un punto de partida *Ius Naturalista*, pues los argumentos a favor del pluralismo jurídico tienen una fuerte tendencia antipositivista debido a la monopolización absoluta por parte del Estado de normar la conducta de los ciudadanos. Así, por ejemplo, Ariza y Bonilla ha emitido el siguiente criterio: “...en nuestro tiempo, como en cualquier otra época, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma.”<sup>143</sup>

De esta forma, para los autores quienes sostienen que el derecho positivo no debe encargarse de normar cada aspecto de la vida en comunidad, ven con buenos ojos que se reconozca otros derechos que emanan de la naturaleza de las cosas, como lo es una organización cultural que goza de sus propias costumbres y formas autónomas de resolver los conflictos. Asimismo, desde una postura muy crítica, incluso quienes están de acuerdo con la existencia y reconocimiento del pluralismo jurídico, se han encargado de resaltar las virtudes y déficits del pluralismo jurídico y, gracias a la constante discusión sobre este tópico, sería plausible decir que, en la actualidad existe una definición consensuada y mayoritaria sobre este tema tan controversial del Derecho. Así pues, sobre la concepción de pluralismo jurídico, los autores Rengifo, Wong y Posada, establecen que por pluralismo jurídico se ha de entender la posibilidad de que coexistan,

---

<sup>142</sup> Una situación semejante sucedió en la Constitución colombiana en la cual se reconoce la diversidad cultural. De esta manera, en el artículo 7 se prescribe lo siguiente: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” y, asimismo, en el artículo 330 se prescribe lo que sigue: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentos según los usos y costumbres de sus comunidades”. Además, este contexto no solo se vive en los países de Ecuador y Colombia, sino en prácticamente en todos los países que forman parte de la comunidad Andina y aquello tiene un preludeo muy marcado que se explica a raíz de la suscripción del convenio de la OIT.

En esta línea, la autora Irigoyen Fajardo ha expresado lo siguiente: “El Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los “pueblos indígenas”, mientras que en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan “pueblos”, “comunidades”, “comunidades campesinas y nativas” y “rondas campesinas”. El texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas. Con base en el Convenio 169, los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no sólo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan (Perú). El concepto de pueblo es más comprensivo que el de comunidad, pudiendo comprender formas de organización comunal que no están reconocidas por ley, o estando reconocidas, que no están tituladas propiamente como indica la ley.” Raquel Irigoyen Fajardo, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El otro derecho*, n.º30 (2004), 177.

<sup>143</sup> Arizay Bonilla, “El pluralismo jurídico Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico”, *Revista jurídica UP*, n.º1 (2012), 23.

en un mismo ente territorial (contexto espacio temporal), distintos enunciados normativos y con estos, una pluralidad de sistemas jurídicos; es decir, enunciados legales adecuados o correspondientes a un mundo real-hecho.<sup>144</sup>

Se había dicho que es un tema por demás controversial, puesto que, cualquier decisión política que signifique reducirle atribuciones coercitivas al Estado siempre se pondrá en tela de duda, pues ha venido siendo una constante en términos históricos que el Estado sea quien ejercite el monopolio de la fuerza. Todo esto, sin dudas, obliga incluso a repensar las formas de organización del poder, ya que el reconocimiento del pluralismo jurídico ha venido a reestructurar las atribuciones coercitivas de los miembros de una comunidad.

De esta manera, en la misma línea de las ideas plasmadas en el párrafo anterior, es evidente que el Estado ha dejado de monopolizar el uso de la fuerza para castigar a los ciudadanos que infrinjan las normas de convivencia<sup>145</sup> al menos así se percibe en términos teóricos-, lo cual es positivo desde cualquier punto de vista, pues era un secreto a voces que el sistema coercitivo del Estado jamás ha sido un medio de solución idóneo a los conflictos originados, sino que, su intervención ha hecho que se agrave aún más el problema. Así también lo entiende López Melero, quien aduce que, en tanto que la principal consecuencia jurídico-penal es la pena privativa de libertad, ha quedado por demás claro en términos históricos y empíricos que jamás ha servido para solucionar los conflictos sociales. Más concretamente, la profesora emite el siguiente criterio esclarecedor: “que la prisión no resocializa, ya que éste es un concepto que no está completamente definido, incluso se recalca que la resocialización es un proceso de interacción entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo”.<sup>146</sup>

Ahora bien, no es un dato menor que el Estado haya cedido protagonismo coercitivo, pues a lo largo de la historia ha sido este un método muy eficaz de arraigarse en el poder; no obstante, una de las explicaciones para haber logrado esta transición quizás puede ser el correcto entendimiento de lo que significa un Estado republicano. Desde este punto de partida de teoría del Estado, Vásconez Merelo critica el sistema

---

<sup>144</sup> Carlos Rengifo, Eduard Wong y Jorge Posada, “Pluralismo jurídico: Implicaciones epistemológicas”, *Inciso*, Vol. 15 (2013), 33.

<sup>145</sup> “Un sistema jurídico es “pluralista” cuando el soberano establece regímenes jurídicos diferentes para grupos diferentes de la población.” *Idem*. Con esto se quiere indicar, dicho en buen romance que, el Estado ha dejado de monopolizar el uso coercitivo de la fuerza al dar reconocimiento e independencia jurídica a ciertos grupos culturales y sociales.

<sup>146</sup> Montserrat López Melero, “Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos”, *ADPCP*, Vol. LXV (2012), 287.

coercitivo de la siguiente forma: “Todo esto supone que los rasgos del reproche en términos republicanos de ninguna manera podrían direccionarse a la exclusión del ciudadano, pues esto reafirmaría y reproduciría los conflictos del individuo caído en la desgracia punitiva”.<sup>147</sup>

Entonces, mal podría hablarse de que el actual sistema coercitivo estatal es un método de resocialización para el ciudadano caído en desgracia, puesto que, aislar a un ciudadano de su círculo de convivencia no se condice con un modelo de gobierno inclusivo que busca solucionar los conflictos de una forma pacífica. Por tanto, los modelos de justicia restaurativa están llamados a devolverle el conflicto a las partes involucradas y de esa forma buscar una solución menos lesiva para los derechos de los ciudadanos; no obstante, la justicia restaurativa en el marco del pluralismo todavía tiene un serio inconveniente, puesto que, es plausible coincidir con un sector de la doctrina en el sentido de que todavía no están completamente claros los principios del pluralismo jurídico y aquello podría traer como consecuencia que, la noción de justicia restaurativa tampoco tenga ese grado deseado de previsibilidad.<sup>148</sup> Sobre esto último, en concordancia con el argumento dado en líneas precedentes, Rosillo Martínez ha escrito lo siguiente: “[...] No existe una uniformidad de principios sobre el pluralismo jurídico, pues se da una variedad de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas, etc.”.<sup>149</sup>

Pese a que no existe un consenso mayoritario sobre los principios que darán cierto grado de racionalidad y previsibilidad la ejecución de la justicia restaurativa, algunos autores se ha tomado el trabajo de proponer y desarrollar ciertos principios que cumplan con el fin aludido; de esta manera, los profesores Patiño y Ruiz han

---

<sup>147</sup> Vicente Vásconez Merelo, “Ciudadanía Republicana: deberes generales y especiales de virtud cívica”, *FORO*, n.º 35, (2021), 204.

<sup>148</sup> Un ejemplo claro de este inconveniente que se resalta es que, en el ámbito jurídico penal formal, esto es, lo que se encuentra plasmado en las normas jurídicas del Ecuador, existen principios como el de mínima intervención penal que impide que se ponga en marcha todo el aparato coercitivo del Estado cuando se analizan delitos llamados de “bagatela” por su exigua capacidad lesiva. Así también lo resalta la doctrina, al destacar lo siguiente: “El PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO. A veces no se justifica realizar investigaciones penales porque se trata de delitos bagatela o porque la investigación penal en vez contribuir a la convivencia pacífica en ocasiones lo que hace es agravar los problemas en la comunidad. El sistema penal es inquisitivo un mal sistema para la regulación de los conflictos y en ocasiones agrava en vez de solucionar los problemas sociales.” De esta manera, quizá una de las deudas que todavía el pluralismo jurídico y la consecuente justicia restaurativa no ha podido resolver es cómo proceder ante situaciones en las cuales no amerita una respuesta coercitiva; desde mi punto de vista, aquello solamente se puede responder una vez que haya normas claras y previsibles aun en el contexto derecho originario.

<sup>149</sup> Alejandro Rosillo Martínez, “Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación”, *Derechos en acción*, 2017, 57.

identificado 3 principios consistentes en un proceso dialogado, la participación de las partes y el resultado restaurativo.

- a) Proceso dialogado. - los autores Patiño y Ruiz destacan que, este proceso se debe caracterizar no solamente por una participación activa entre la víctima y el infractor, sino que, además deberá participar la comunidad; la explicación de esto último es que “posibilitan un control del infractor en orden a disminuir la reincidencia en el delito.”<sup>150</sup> Además, los autores resaltan que este principio iría en perfecta armonía con los valores republicanos de una democracia participativa, pues se tendría una comunidad comprometida en resolver sus conflictos sociales.
  
- b) La participación de las partes. – Asimismo, Patiño y Ruiz destacan que, la efectiva participación de las partes en la solución del conflicto, hace que, existan decisiones restaurativas de derechos mucho más discutidas y, como tal, con un mayor grado de legitimidad social; no obstante, es ostensible identificar un serio problema en la definición de comunidad, pues “algunas veces la comunidad está conformada por la familia o los amigos del infractor y la víctima; en otras ocasiones por las personas que ocupan una zona geográfica determinada”.<sup>151</sup> Todo esto, hace que la crítica se agudice sobre la falta de taxatividad de los principios de la justicia restaurativa, pues un valor fundamental que nos permite vivir en una comunidad armónica es tener previsibilidad de lo que sucederán luego de que ejecutemos una conducta.
  
- c) El resultado restaurativo. – Finalmente, Patiño y Ruiz indica que, “La reparación simbólica o material de la víctima y la comunidad afectada, así como la reintegración del infractor a la misma, constituyen los efectos predominantes del proceso restaurativo.”<sup>152</sup> Es decir, el colofón de todo el proceso de diálogo tendiente a obtener justicia restaurativa, necesariamente debe culminar con el resarcimiento del daño causado, por lo que, la naturaleza de cada derecho será determinante para identificar el tipo de reparación que resulte suficiente.

---

<sup>150</sup> Daniel Mauricio Patiño Mariaca y Adriana María Ruiz Gutiérrez, “La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos”, *UPB*, Vol. 45, No. 122 (2015), 248.

<sup>151</sup> Daniel Mauricio Patiño Mariaca y Adriana María Ruiz Gutiérrez, “La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos”, *UPB*, Vol. 45, No. 122 (2015), 249.

<sup>152</sup> *Ibid.*, 250.

Ahora bien, sobre la noción de justicia restaurativa, el mismo autor Vásconez Merelo plantea que la justicia restaurativa, sería una alternativa a la privación de libertad y que: “en teoría devolvería el conflicto a las partes para que en una dinámica de diálogo y negociación se llegue a resolver los conflictos y pueda arribarse a una reconciliación”.<sup>153</sup>

Dicho todo esto, es evidente que existe terreno fértil para analizar y, sobre todo, poner en marcha un modelo de justicia restaurativa que tenga como punto de partida la existencia y reconocimiento de que los pueblos originarios puedan adoptar decisiones coercitivas tendientes a solucionar conflictos sociales. A *prima facie*, un modelo de justicia restaurativa bajo la luz del pluralismo jurídico deberá ser reparador, conciliador, dinámico y, sobre todo, evitar la disociación de los ciudadanos en pugna con la ley. En la misma línea, el profesor Márquez Cárdenas tiene dicho lo que sigue: “La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes.”<sup>154</sup>

Finalmente, como conclusión preliminar para este apartado, se ha visto que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha dado carta libre para el reconocimiento y el desarrollo del pluralismo jurídico y esto se ha plasmado tanto en la norma de mayor jerarquía nacional como lo es la Constitución nacional y también en el COIP que es la norma llamada a regular el poder punitivo del Estado. De esta manera, una revisión normativa deja entrever que, por ejemplo, en las disposiciones generales de la norma aludida se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a aplicar sus normas coercitivas. En este caso, la norma citada señala que: “se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.”<sup>155</sup> En este caso, cuando el Estado reconoce el pluralismo jurídico y faculta a las comunidades indígenas, de que administren justicia, también está

---

<sup>153</sup> Vicente Vásconez Merelo, “Ciudadanía Republicana: deberes generales y especiales de virtud cívica”, *FORO*, n.º 35, (2021), 205. En el mismo sentido argumental, el profesor Marqués, sobre la justicia restaurativa, ha definido esta posición de la siguiente manera: “es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes.” Álvaro Márquez, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y valores*, n.º 20, (2007), 203.

<sup>154</sup> Vicente Vásconez Merelo, “Ciudadanía Republicana, 203.

<sup>155</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, Disposiciones generales: segunda.

reconociendo la posibilidad de aplicación de otras formas de justicia, de procedimiento y de cumplimiento de sanciones, diferentes a la privación de libertad.

Asimismo, en el artículo 5, numeral 9 del COIP se ha previsto de forma expresa un amplio reconocimiento a la pluralidad jurídica en el Ecuador, pues se prescribe que, cuando exista una sanción coercitiva en el plano de la justicia indígena, esta deberá tomarse en consideración para efectos de la prohibición de doble juzgamiento. Veamos: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.<sup>156</sup>

Por todo esto, más allá de cualquier explicación y consideración doctrinaria, la mera expectativa de que se tome en consideración el Derecho ancestral ha pasado a tener una relevancia pragmática y tiene impacto en una serie de esferas del derecho, tanto en su faz coercitiva, como también en las demás ramas del Derecho que se encargan de regular los demás aspectos de nuestra vida en comunidad. Ahora bien, como tema a tratar en la resolución de la siguiente pregunta, si bien la justicia restaurativa goza de varios beneficios pragmáticos y sociales, todavía es posible advertir la presencia de déficits que podrían generar conflictos de aplicación, como, por ejemplo: ¿Qué pasa con el derecho a tener un juicio justo? ¿Qué pasa con el derecho a la defensa y todas las garantías plasmadas en la Constitución pensadas para un proceso penal?, etc. Sin duda alguna son interrogantes que surgen con la implementación de modelos de justicia alternativos al derecho penal como la justicia restaurativa, o en el Ecuador, en concreto, con la justicia indígena. Empero existen soluciones claves como el uso de la interlegalidad para fomentar la cooperación efectiva de los sistemas jurídicos convergentes en una misma esfera social, política y jurídica. La interlegalidad tiene como objetivo principal buscar la armonización de sistemas jurídicos para que trabajen en conjunto y así solventar las deficiencias propias de cada sistema. En consecuencia, manejar el concepto de interlegalidad es la manera de evitar una visión demasiado pura, aislada y estática de comunidades distintas.<sup>157</sup> Por lo tanto, permite la proactividad de

---

<sup>156</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 5.

<sup>157</sup> André J. Hoekema, "Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal", en Pluralismo e interlegalidad: textos esenciales, compi. Armando Guevara y Aníbal Gálvez

sistemas jurídicos y, sobre todo, lo más importante, una evolución constante del derecho en pro de la sociedad.

Para profundizar lo referente a la interlegalidad es necesario citar a Boaventura de Sousa Santos, en su artículo seminal *Law: a map of misreading* de 1987, donde plasma el alcance de la palabra “interlegalidad”, sobre todo destacando cuál su objetivo fundamental:

El pluralismo jurídico es el concepto clave en una visión posmoderna del derecho. No el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en el cual diferentes órdenes jurídicos son concebidos como entes separados que coexisten en el mismo espacio político, sino más bien la concepción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados, tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones, ya sea en momentos de transformación cualitativa o fuertes crisis en nuestras trayectorias de vida, o en la insulsa rutina de una cotidianidad sin incidentes. Vivimos en tiempos de una porosidad legal o legalidad porosa, de una multiplicidad de redes de órdenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. Nuestra vida jurídica está constituida por una intersección de diferentes órdenes legales, esto es, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y es por esto que es el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del derecho. La interlegalidad es un proceso altamente dinámico, debido a que los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por esto tiene como resultado una mezcla irregular e inestable de códigos jurídicos.<sup>158</sup>

Bajo esta perspectiva, De Sousa Santos, concibe a la interlegalidad como la evolución del pluralismo jurídico y significa una visión del derecho enfocada a velar por las necesidades de los ciudadanos, pero sobre todo pretende alcanzar la integralidad de las diferentes cultas y desarrollar modelos jurídicos enfocado a adaptarse a las realidades materiales de cada ciudadano, sin debilitar o romper las estructuras tradicionales del derecho. A su vez, permite que el derecho desarrolle su esencia de ser dinámico y que debe adaptarse a través de la evolución en el tiempo y su expansión, pero enfocadas en nuevos caminos con soluciones óptimas, deconstruyendo y modificando los modelos netamente punitivistas y retribucionistas. Es así que, a continuación, se abordarán modelos de justicia restaurativa para entender cuál es su esencia y como se desarrolla en el ámbito jurídica como respuesta alternativa al uso excesivo del derecho penal.

---

(Lima, PE: Pontificia Universidad Católica del Perú / Centro de Investigación, capacitación y asesoría jurídica, 2014), 429.

158 Boaventura De Sousa Santos, “Law. A map of misreading: Toward a post-modern conception of law”, *Journal of Law and Society* 14, n.º3 (1987): 297-8.

## **7. Aproximación de la justicia indígena en Ecuador: Nueva alternativa legal y su ámbito de aplicación**

Una vez contextualizada la función y esencia de la justicia restaurativa en el ámbito nacional e internacional, es imperante abordar, grosso modo, el estudio de la justicia indígena, un claro ejemplo de justicia restaurativa en nuestro país, la cual, sin duda alguna, nos permitirá sentar las bases para introducir este tipo de justicia en nuestro país, no solo como una parte del derecho penal, sino como una herramienta alternativa para dar una posible solución, no solo a los problemas carcelarios como el hacinamiento y sobrepoblación, sino también al carácter retribucionista y corrupto de nuestro sistema de justicia actual. Para el efecto es imperante abordar que los pueblos y nacionalidades indígenas han sido pueblos oprimidos a lo largo de la historia por las élites, y burocracias que han dominado el Ecuador. Desde los procesos de conquista y aún después de la liberación de los dominios coloniales, la hispanidad conquistadora supuso la apropiación de vidas con sus respectivas almas multiplicadas en la fe, en la obediencia y en la sumisión.<sup>159</sup>

La justicia indígena ha existido desde antes de la presencia europea en América.<sup>160</sup> Sería una falsedad afirmar lo contrario, ya que todos los pueblos en el transcurso de la humanidad han buscado, aunque con métodos considerados crueles, restablecer la paz social cuando ésta se ve alterada. Pese a ello, en el Ecuador el sistema de justicia que ha imperado ha sido únicamente el ordinario u oficial con una visión eurocentrista, que se ha impuesto por la fuerza desterrando las diversas formas de restaurar la armonía en los pueblos precoloniales y manteniendo más bien, un sistema de discriminación y desigualdades económicas y sociales propios de la colonia y del Estado absolutista.

Cuando los europeos invaden América en 1492, existían tres civilizaciones importantes: los Aztecas y los Mayas en lo que hoy es Centro América y los Incas en Suramérica, cada una de estas civilizaciones tenían sus propias estructuras políticas,

---

<sup>159</sup> Gabriel Sánchez Sorondo, *Historia oculta de la conquista de América: Los hechos omitidos de la historia y la leyenda negra del descubrimiento del nuevo mundo* (Madrid: Ediciones Nowtilus, 2009), 22.

<sup>160</sup> Vladimir Serrano, *El derecho indígena* (Quito: Abya-Yala, 2002), 21.

sociales y culturales. Dentro de la estructura política existían las diferentes formas de resolver los conflictos, en los que predominaba el rol del jefe. Enrique Ayala Mora señala que “el Estado inca se caracterizó por su eficiente organización, asentada sobre las relaciones comunitarias y por sus rasgos autoritarios”<sup>161</sup>. Al hablar de eficiente organización, se puede entender que existían, normas, estructuras y procedimientos para el funcionamiento del Estado y por lo tanto para el restablecimiento de la armonía de la sociedad. Serrano manifiesta que “el derecho indígena (de los pueblos pre-incáicos) en dos ocasiones regresa al derecho consuetudinario, el primero con la invasión incásica y el segundo con la llegada de los españoles. Es decir que su desarrollo ha estado limitado, pero también influenciado por el pensamiento ideológico y político de los invasores.

Así, durante la colonia, los españoles consideraron necesario organizar la administración política y para ello, en lo que corresponde a la justicia crearon las Reales Audiencias, una de ellas fue la Real Audiencia de Quito creada en 1563. Estas estructuras, si bien estaban encaminadas a resolver los conflictos internos fueron al mismo tiempo entidades que legitimaron la usurpación y explotación de los pueblos originarios. No obstante, con respecto a los indios de la sierra, se produjo en proceso de expropiación de la tierra a través de las encomiendas y con ello el desplazamiento de los indios desde las planicies a los páramos. Sin embargo, para asegurar la mano de obra esclava de los indios, constituyeron unas unidades territoriales denominadas cabildos, en las cuales los indios tenían la responsabilidad de resolver los conflictos internos. Además, es importante señalar que muchos pueblos no fueron invadidos hasta épocas muy recientes, como es el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía. Estos pueblos, han mantenido sus propias formas de resolver los conflictos, inclusive hasta el día de hoy. Esta realidad se produce porque el Estado, pese a su voluntad, no ha sido capaz, por falta de voluntad principalmente, de dar total cobertura a través del sistema de justicia “ordinaria” a los múltiples conflictos dentro de las comunidades indígenas.

No existe información suficiente que permita relatar, las formas de administración de justicia, durante la colonia y la vida republicana. Sin embargo, algunos acontecimientos, hacen referencia al reclamo de los pueblos indígenas por sus formas de organización, social y política, reivindicaciones en las cuales estaría incluida

---

161 Enrique Ayala, Resumen de Historia del Ecuador (Quito: Biblioteca Digital Andina,2008), 14.

la resolución de conflictos dentro de las mismas comunidades. Uno de estos acontecimientos es el de 1871 liderado por Fernando Daquilema en Chimborazo en contra del régimen de García Moreno (Lopez-Ocón), otro acontecimiento es el Levantamiento de 1990 en el gobierno de Rodrigo Borja, donde los pueblos indígenas reclaman el derecho a sus territorios y el ejercicio de autoridad dentro de los mismos.

Desde el ámbito jurídico mediante resolución legislativa publicada en el R.O. 304, aprobó el Convenio No. 169 de la OIT, el mismo que ratificado por el Presidente de la República mediante decreto ejecutivo No. 1387 publicado en R.O. 311 del 6 de mayo de 1998; de la misma manera en la Constitución de 1998, el Estado se reconoce como multiétnico y se reconocen en los Artículos 83 y 84 “Los derechos colectivos” a los pueblos indígenas. En el numeral 7 se señala que dichos pueblos tienen derecho a “Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad” (CRE, 1998). Si bien este numeral no expresa claramente la facultad de administrar justicia, el reconocimiento del ejercicio de autoridad, le da el poder para resolver los propios conflictos internos dentro de los territorios reconocidos. En el Art. 191, la carta política, establece que “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”<sup>162</sup>

En la Constitución del 2008, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es mucho más significativo, lo cual por su naturaleza también hace más compleja y controvertida la existencia de los pueblos en el Ecuador. La Constitución, declara al Estado Plurinacional en el Art. 1. Esta definición, es mucho más profunda que el concepto de multiétnico que se reconoce en la constitución de 1998. Por lo tanto, a Constitución actual, fundamentada en la plurinacionalidad establece a través del Art. 57 el numeral 10, que los pueblos indígenas tienen derecho a “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Como se ha citado, el Art. 171 faculta administración de justicia. Este reconocimiento se hace en base al derecho consuetudinario, es decir, se reconoce la práctica constante que han tenido las comunidades desde hace mucho tiempo, con lo cual el Estado está aceptando la existencia de formas de resolver conflictos en las comunidades. También el citado artículo señala que “ejercerán funciones jurisdiccionales”

---

<sup>162</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 311, 6 de mayo de 1998, art.83-4.

Para llevar a la aplicación de la justicia indígena el Código Orgánico de la Función judicial en los Artículos 343 al 346 (COFJ, 2010) se establecen los principios, procedimientos y mecanismos de cooperación entre el Estado y las Nacionalidades y Pueblos Indígenas para una eficaz la administración de justicia. Los principios que considera el Código antes señalado son: el de la diversidad, *Non bis Ídem*, el de la igualdad, pro-jurisdicción indígena y el de interculturalidad; se destaca también la necesidad de la cooperación entre el sistema de justicia ordinario y el indígena.

En el plano internacional el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT en su Artículo 8 menciona que al “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.”<sup>163</sup> Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

La Declaración de las Naciones Unidas para los pueblos Indígenas en el Art. 5 señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.”<sup>164</sup> Cuando se habla de sus propias instituciones políticas, jurídicas, sociales y culturales, se está reconociendo la autonomía en el gobierno, el mantenimiento de la seguridad, el orden y la paz internos. Además, en el Artículo 11 numeral señala dentro de la práctica y revitalización de sus tradiciones y costumbres “... el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.”<sup>165</sup>

Los dos documentos citados anteriormente, tanto el Convenio 169 de la OIT (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas para los Pueblos Indígenas (2007), ratifican el reconocimiento del ejercicio de autoridad a las comunidades indígenas

---

<sup>163</sup> Convenio N° 169 de la OIT, 27 de junio de 1989, 23.

<sup>164</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas ,2007, 5.

<sup>165</sup> Ibid., 5

dentro de sus propios territorios. En este sentido el debate sobre la justicia indígena no se agota en el escenario nacional, sino que trasciende al ámbito internacional, lo que lo convierte por un lado en un tema de mucha importancia y actualidad, pero también muy controvertido.

Sin duda alguna los fervorosos procesos revolucionarios y sobre todo la unidad de los pueblos y nacionalidades indígenas, conforme el transcurso del tiempo significó poner límites a estos abusos de poder. Las victorias fueron plasmadas en reconocimiento de derechos, creación de acciones afirmativas y en la activa participación de los diferentes representantes indígenas en la esfera política y en el ejercicio de la vida cotidiana. Empero, a criterio del autor, el punto clave e importante es el reconocimiento del Ecuador como un Estado democrático, pluricultural y multiétnico en la Constitución de 1998. Este proceso de reivindicación social significó de manera simbólica y material la visibilización de los pueblos indígenas, pero sobre todo el Ecuador reconoce que es un país conformado por varios pueblos y etnias y su deber fundamental será velar por la protección y cuidado de todos sus ciudadanos, costumbres, idiosincrasias, organización y estructura social.

De esta manera el Ecuador reconocía la justicia indígena como un modelo de justicia propio de las comunidades y pueblos indígenas, que, en el aspecto material, carecía de realidad jurídica y aplicación. Es así como, para la constitución del 2008, surge una propuesta ambiciosa y que sin duda alguna significaría el reconocimiento clave de la autonomía e independencia de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que se buscó materializar su aplicación y establecer los mecanismos óptimos para su ejecución.

El Art 1. de la Constitución de la República del 2008 reconoce al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.<sup>166</sup> De esta manera el Ecuador se constituye como un estado intercultural y plurinacional y su deber máximo es la protección y conservación de sus pueblos ancestrales juntamente con sus prácticas e independencia. Con base a esto se fortaleció la justicia indígena y con ello libertad para su libre organización y aplicación. Por lo tanto, el Art. 171 de la Constitución del Ecuador establece que:

---

<sup>166</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.1.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.<sup>167</sup>

De esta forma, se evidencia con claridad el reconocimiento de un pluralismo jurídico en el Ecuador, puesto que descontextualiza las ideas monistas de existencia de un solo organismo jurídico en el Ecuador, y reconoce a la justicia indígena como un sistema de justicia independiente y autónomo, cimentado con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio con activa participación de sus miembros. A su vez reconoce mecanismos de interlegalidad, lo cual significa el apoyo en conjunto entre las dos justicias convergentes, es decir la justicia indígena y justicia ordinaria. Este hecho es de suma importancia, porque como se mencionaba con anterioridad, abre las puertas para incorporar nuevos sistemas de justicia que satisfagan las necesidades de los ciudadanos y de solución a los diferentes problemas de la ciudadanía.

En el Ecuador, a través del reconocimiento de la justicia indígena, se observa, un pluralismo de corte progresista, pero que, por erradas políticas públicas, estatales y jurídicas se ha visto mermado y sobre todo limitado para su pleno ejercicio y armoniosa convivencia entre los dos sistemas jurídicos.<sup>168</sup>

Si bien es cierto se ha evidenciado conflictos en la armonización y convergencia de los dos sistemas de justicia, es inevitable hablar de los fines y objetivos positivos de la justicia indígena, puesto que destruye las ideas tradicionales de sistemas de sanción punitivas por sanciones netamente restaurativas. La justicia indígena reafirma el papel de la víctima y el infractor, puesto que existe una confrontación directa entre las partes involucradas en el conflicto y se busca dar una solución que resulte beneficiosa para todas las partes del conflicto. En primer lugar, la víctima participa activamente en la exposición de su afectación y expone sus necesidades, es decir es escuchada y manifiesta el daño que ocasionó el infractor, en segundo lugar, el procesado, asume su responsabilidad, manifiesta su arrepentimiento y se busca una solución óptima para las

---

<sup>167</sup> Constitución de la República del Ecuador, art.171.

<sup>168</sup> Jorge Guevara, *Pluralismo jurídico e interlegalidad en la convergencia de los sistemas jurídicos en el Ecuador: Aplicación y principales problemas* (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020), 21

dos partes y por último se evidencia la reinserción de todas las partes a la sociedad. Con base a esta práctica se da una solución proactiva a lo manifestado por Nils Christie, el cual afirma que: “el Estado ha profundizado un proceso en el que los conflictos le han sido arrebatados a las personas directamente involucradas, de modo tal que, o bien han desaparecido, o bien se han transformado en pertenencia de otra gente.”<sup>169</sup>

Empero es importante recalcar que estas realidades no solo deben plasmarse en el ámbito de comunidades indígenas, puesto que debería extenderse a la población en general, puesto que el modelo punitivo no resuelve ningún problema y únicamente se enfoca en dar una sanción al quebrantamiento de la ley, invisibilizando el papel de la víctima. A diferencia de los pueblos indígenas que buscan implementar sanciones alternativas que no solo busquen la solución del conflicto sino también reafirmar la paz de la comunidad y de todos sus miembros, puesto que al cometerse una infracción atentan contra la armonía de sus pueblos.

De esta manera es importante destacar que:

Se puede hacer hincapié en la doctrina criminológica de Durkheim, ya que la comisión de estos delitos causa daños, no solo a la víctima, sino también a sus pueblos causando conmoción social y por medio del castigo persiguen la sanación y corrección del procesado para que así pueda reincorporarse a la sociedad sin ningún tipo de estigmatización, restableciendo el orden social dentro de su colectivo, reafirmando así, la conciencia colectiva.<sup>170</sup>

De esta forma es importante incursionar en el uso de modelos restaurativos enfocados directamente en repensar los modelos de sanción, donde se usen medidas cautelares como la prisión preventiva como último recurso, y sobre todo modelos que permitan desarrollar una política criminal enfocada en una restitución del conflicto que busque prevenir la reincidencia y tenga por objetivo principal la rehabilitación y reinserción a la sociedad, tanto de la víctima como del infractor. Para abordar esta realidad es necesario y correcto recurrir nuevamente a la justicia indígena, puesto que se ha constituido no solo como un sistema histórico, sino que ha ido evolucionando y adaptándose a las nuevas realidades sociales, económicas y políticas para que sus prácticas permanezcan a través del tiempo. A su vez, es imperante recalcar que los pueblos y nacionalidades ancestrales poseen un sinnúmero de sanciones no privativas como las asambleas generales, la conciliación, trabajo comunitario proporcional al daño

---

<sup>169</sup> Nils Christie, “Los conflictos como pertenencia”, en *De los delitos y de las víctimas* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992), 159.

<sup>170</sup> *Ibid.*, 4.

causado, mediación, entre otras, permitiendo así un claro ejercicio de prácticas restaurativas que, sin duda alguna, generan resultados más favorables que las medidas privativas de libertad, donde la cárcel se ha convertido en la universidad del crimen.

Para tener un panorama más claro de estas realidades recurriremos a Ramiro Ávila Santamaría, quien nos presenta como se desarrolla la justicia indígena y se realiza una comparación con la justicia ordinaria, caracterizada por sus corrientes punitivistas.

Tabla 3  
**La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local:  
estudio de caso, 2013.**

|  | <b>Justicia Estatal</b>            | <b>Justicia Indígena</b>                                    |
|--|------------------------------------|---|
| Fin de la pena                                 | Retribución                        | Restauración  |
|  | Segregación Punitiva               | Paz/Armonía   |
| Resultado                                      | Sentencia                          | Aconseja  |
| Control Social                                 | Sistema Penal Represivo            | Sistema Comunitario   |
| Concepción<br>Conflicto                        | Delito                             | Dolor/ Desgracia  |
|  | Falla Individual                   | Armonía Rota  |
| Pena   | Cárcel solución                    | Restitución/Limpieza  |
|  | Adversarial                        | Problema Comunitario  |
| Efecto en el<br>conflicto                      | Suspende y crea más problemas      | Se intenta resolver el<br>conflicto                         |
| Efecto en<br>personas                          | Degrada                            | Sana  |
|  | Daño psicológico permanente        | Dolor físico  |
| Efecto en<br>sociedad                          | Proceso de etiquetamiento          | Proceso de sanamiento                                       |
| Relación<br>autoridad-actores<br>del conflicto | No hay vínculo con las autoridades | Proceso participativo.<br>Juzgador parte de la<br>comunidad |
| Procedimiento                                  | Adversarial                        | Dialógico   |
|  | Burocrático                        | Comunitario   |

Fuente: Ramiro Ávila Santamaría: *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso*, 2013. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito.

Tabla 4  
**La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local:  
 estudio de caso, 2013.**

|                       | <b>Justicia Estatal</b>         | <b>Justicia Indígena</b>               |
|-----------------------|---------------------------------|--|
| Tipo de registro      | Expediente                      | Acta manuscrita                        |
| Número de páginas     | 2504 páginas (aún no terminado) | 23 páginas                             |
| Objetivo              | Condenar/” Rehabilitar”         | Paz/armonía/curar                      |
| Hecho conflictivo     | Asesinato                       | Desgracia                              |
| Publicidad            | 30 personas                     | 6000 personas                          |
| Autoridad Juzgadora   | Tribunal penal (tres personas)  | Dirigentes de 24 comunas (24 personas) |
| Víctima               | Irrelevante                     | Actor Importante                       |
| Fiscal                | Representa sociedad/Acusador    | Vigila respetos DDHH                   |
| Investigación         | Policía nacional y fiscalía     | Comisión comunitaria                   |
| Prueba determinante   | Informe Pericial                | Testimonio de autoinculpación          |
| Solución              | Cárcel                          | 23 alternativas discutidas             |
| Garantes de ejecución | Policía y guías penitenciarios  | Juzgados y sus familiares              |
| Duración              | Tres Años (no termina)          | Catorce días                           |

Fuente: Ramiro Ávila Santamaría: *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso*, 2013. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito.

Se puede concluir que la justicia indígena es rápida, accesible y eficaz.<sup>171</sup> Se evidencia que los objetivos y directrices de aplicación van enfocados en un proceso que pretende alcanzar la paz, la armonía a través de la restitución y la limpieza. Se caracteriza por ser un proceso, en todo el sentido de la palabra, público, expedito y efectivo. Por lo tanto, es un ejemplo claro de la efectividad de la justicia indígena y sobre todo se puede determinar la viabilidad de constituir e implementar la justicia restaurativa en nuestra esfera jurídica, puesto que es necesidad ampliar estos criterios y modos de juzgamientos, no solo a los pueblos y nacionalidades indígenas, sino también a la sociedad en general. En el Ecuador se evidencian prácticas de justicia restaurativa Juvenil (CN-3/19) juntamente con la mediación y conciliación, son prácticas que no han tenido el uso esperado y sobre todo se evidencia la necesidad de implementar más

<sup>171</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 30

opciones al derecho penal. Con este enfoque es imprescindible comparar la justicia restaurativa con la justicia retributiva, con el objetivo de relacionar la práctica de la justicia indígena con la implementación de la justicia restaurativa en una misma esfera jurídica. Con este análisis se podrá comprender de mejor manera los puntos en común, pero sobre todo los aspectos más beneficiosos para nuestra sociedad y el derecho penal.

Tabla 5

| <b>Prácticas Retributivas</b>  | <b>Prácticas Restaurativas</b>   |
|--|--|
| Una falta/infracción significa que se han roto las normas del Estado   | Una falta/infracción significa que se ha podido afectar negativamente a otras personas   |
| Foco de atención en establecer el castigo o la inocencia, basado en el pasado. ¿Lo hizo?   | Foco de atención en resolver el problema expresando sentimientos y necesidades, en las responsabilidades y en las obligaciones futuras. ¿Qué debería hacerse?                                      |
| Énfasis en relaciones adversariales  | Énfasis en el diálogo y la negociación   |
| Imposición de una sanción para castigar y prevenir   | Restitución como significado de restauración de ambas partes: objetivo de reconciliación   |
| El conflicto es algo impersonal y abstracto: la persona contra el estado   | La falta se reconoce como un conflicto interpersonal en el que siempre hay un espacio para el aprendizaje y la rehabilitación  |
| La atención se pone en las reglas sancionadoras  | Se presta especial atención a las relaciones personales y a que se puedan conseguir los resultados que ambas partes quieran  |
| Un daño causado a otra persona se compensa causando daño a la persona causante del mismo: un daño social se compensa con otro daño | Se focaliza en reparar el daño causado, tanto a la persona que lo ha sufrido como a la comunidad y la sociedad   |
| La comunidad se constituye como una mera observadora, ya que existe personal encargado de gestionar la sanción                     | La comunidad se involucra en la consecución de la restauración del daño causado  |
| Las personas que han sido afectadas por la falta no tienen necesariamente que participar en la resolución del conflicto            | Se empodera y se anima a participar en el proceso a todas las personas que han tenido algún protagonismo en el conflicto   |
| La responsabilidad se define en términos de recibir un castigo   | La responsabilidad se define como entendimiento del impacto que ha causado la acción y las consecuencias de esa elección, ayudando a la persona a decidir cómo hacer las cosas de manera correcta. |

### **Prácticas restaurativas en el ámbito escolar y comunitario**

Fuente: Carlos Romera y Lucía Gorbeña, *Prácticas restaurativas en el ámbito escolar y comunitario* (Vasco, Geuz), 9.

Como se puede observar tanto la justicia indígena como la justicia restaurativa tiene como aristas y pilares fundamentales, la víctima, la comunidad, el infractor, armonizar su convivencia y la paz social. Pretende cumplir una reparación de acuerdo con las necesidades de la víctima, pero sobre todo romper la idea de una culpabilidad normativa, sino que afronta directamente el conflicto, dando soluciones más eficientes y eficaces. Es evidente que estos tipos de justicia comparten un mismo camino y por ende es viable aplicarla en nuestro entorno social y jurídico. Para el efecto, y a pesar de ser en el ámbito educativo es importante destacar que:

Según estudios realizados en Estados Unidos las instituciones educativas que han asumido las herramientas de la Justicia Restaurativa, como el modelo para el tratamiento de los conflictos e infracciones graves de normas, han mejorado su capacidad para fortalecer las relaciones entre el alumnado y las de éste con el centro escolar y la comunidad, ya que desarrollan habilidades sociales y ciudadanas.<sup>172</sup>

Estos de modelos de justicia restauradores son herramientas importantes para reducir los índices de violencia y a su vez, son indispensables para manejar una política criminal enfocada en la prevención del delito y la correcta rehabilitación y reinserción de los infractores, al proveerles una nueva oportunidad de incorporarse en sociedad, y aún más, reparar el daño causado por sus actos contrarios a la ley. Por lo tanto, este proceso se debe realizar con base a lo mencionado por la Dra. Nina Pacari y trasladarlo a una esfera general y de enfoque restaurativo:

La consideración de un nuevo principio como el de diversidad cultural si bien se orienta a fortalecer a los pueblos indígenas, obliga a los operadores de justicia, por ejemplo, a inmiscuirse en el conocimiento de las formas de pensar, de generar la convivencia interna, de los usos y costumbres, de la religiosidad (...) Para superar los marcos de tensión se plantea el diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos para el entendimiento y convivencia.<sup>173</sup>

Plasmar la incorporación de principios que permitan que los operadores de justicia, estudiantes de derecho, abogados, servidores públicos y en si la sociedad en

---

<sup>172</sup> Carlos Romera y Lucía Gorbeña, *Prácticas restaurativas en el ámbito escolar y comunitario* (Vasco, Geuz), 10.

<sup>173</sup> Nina Pacari, *Derecho constitucional diversidad y discriminación en un cambio ineludible: la Corte Constitucional*, citado en *Las garantías jurisdiccionales en el sistema jurídico ecuatoriano: Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena* (Quito: CEP, 2011), 389.

general se capacite y deconstruya viejos paradigmas punitivistas para incorporar caminos de restauración, tanto en conflictos jurídicos, como en la vida cotidiana. Al entender estos nuevos caminos y al capacitar a las personas encargadas de sustanciar el derecho penal e impartir justicia, significaría el inicio de la reestructuración de justicia y sobre todo la implementación de una nueva realidad jurídica independiente que vele materialmente por las necesidades de sus ciudadanos, dando una participación a la víctima y al infractor a través del dialogo y la comprensión.

Los métodos alternativos a las consecuencias nocivas del ordenamiento jurídico-penal son numerosos. Principalmente, dentro del mismo marco coercitivo del Derecho penal, se puede pensar en cambiar el paradigma sancionatorio en el que el Estado es el protagonista y toma las riendas del castigo y cambiarlo por un modelo de justicia restaurativa, en el cual en la medida de lo posible se les regresa el conflicto a las partes y se espera que estos puedan solucionar los conflictos de una forma racional sin acudir a la violencia estatal. Por otro lado, también se puede buscar alternativas a las afueras del derecho penal, como la civil o la administrativa sancionadora, pues de esa forma se evitaría la más nociva de todas las respuestas estatales, como lo es la pena privativa de libertad.

El pluralismo jurídico es por excelencia el medio correcto para romper con la estructura monista tradicional del derecho penal, conjuntamente con el dominio ejercido por las elites burgueses a los sectores más vulnerables, proveyendo la aceptación de nuevas realidades y sistemas jurídicos convergentes enfocados en satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. El Ecuador, en la Constitución del 2008, reconoce abiertamente que es un país plurinacional y multiétnico, pero sobre todo reconoce la existencia de la justicia indígena como un sistema jurídico independiente y convergente, sentando las bases para una reestructuración del derecho penal. Esto marca el inicio del pluralismo jurídico en el Ecuador, con el objetivo de no centralizar la idea tradicional del derecho y materializar su esencia evolutiva y dinámica.

En el Ecuador, y gracias al pluralismo jurídico, se puede incursionar en sentar las bases de construcción de nuevos sistemas jurídicos independientes, como por ejemplo la idea de elevar a la justicia restaurativa como un mecanismo de resolución de conflictos autónomo y complementario al derecho penal y romper la idea de subyugación y dependencia del mismo. Al palpar un pluralismo jurídico en el Ecuador y demás esferas jurídicas es necesario implementar ejercicios de interlegalidad, la cual tiene por objetivo un trabajo armonioso, amigable y en conjunto de todos los sistemas

jurídicos que converjan en una misma esfera social, política y jurídica. A su vez, significa una metamorfosis al espectro jurídico, puesto que materializa nuevas realidades jurídicas que rompan con la idea del derecho penal conservador y tradicional, el cual ha sido utilizado para reprimir conductas y dominar a las clases sociales vulnerables.

## Conclusiones

Existe un sistema de justicia penal retributiva, que se caracteriza por un modelo centrado en lo punitivo, en la privación de la libertad, lo que da como consecuencia, hacinamiento carcelario y que no garantiza una real reinserción de la sociedad. En tal sentido, el victimario ante el poder del Estado se convierte en víctima y con ello es sujeto de violación de derechos humanos.

El sistema penal en el Ecuador está mayoritariamente alineado a la justicia penal retributiva, en donde también tiene cabida el populismo punitivo. Lo cual ha derivado que el derecho penal tenga uso político y más no de justicia. El punitivismo penal ecuatoriano se manifiesta un sistema penitenciario deficitario que ha derivado en hacinamiento, penas desproporcionadas, violencia y vulneración de los derechos en las cárceles.

Un sistema penitenciario puede definirse como el conjunto de normas, reglamentos, políticas y condiciones jurídicas e institucionales que regulan el funcionamiento de las cárceles en los Estados y que, también se encargan de regular las condiciones en las cuales los condenados cumplirán con sus sentencias. El sistema penitenciario, al igual que cualquier otra norma jurídica, depende del poder legislativo y ejecutivo, es decir que, las decisiones que se adopten deberán responder a criterios de científicidad y tecnicidad para que gocen de idoneidad y legitimidad democrática. De esta manera es claro afirmar que el uso excesivo del derecho penal, la excesiva tipificación de delitos y la incidencia de la política en los sistemas de sanción han ocasionado el hacinamiento carcelario en un sistema que carece de mecanismos y medios apropiados para la correcta rehabilitación y reinserción de los privados de libertad. Sin duda alguna, la implementación de medidas alternativas al sistema penal tradicional, como la justicia restaurativa desde una perspectiva del pluralismo jurídico, permitirá solucionar los conflictos de manera más eficiente, proveer nuevas oportunidades a los infractores y reducir las sanciones privativas de libertad, y por ende reducir la población carcelaria.

En el Ecuador se vive un pluralismo jurídico de alta intensidad, puesto que conviven dos sistemas jurídicos autónomos, independientes y de igual jerarquía. Su convergencia se ha visto viciada por la falta de conocimiento y capacitación de la ciudadanía y operadores de justicia. Para implementar nuevos sistemas jurídicos, como la justicia restaurativa, y optimizar su aplicación y coexistencia, es necesario

implementar ejercicios de interlegalidad, la cual es un proceso dinámico que permite la sincronización de modelos jurídicos incompatibles por su misma esencia y naturaleza. Con base a esto, no se pretende el dominio de un sistema jurídico a otro, sino que busca la armonización de estos sistemas para sobrellevar sus diferencias y realizar un trabajo interdependiente e interrelacionado. La empatía de sistemas jurídicos contrapuestos, a través de la integralidad, permitirá fortalecer sus desventajas y tener como objetivo central el conocimiento de la verdad y la aplicación de justicia conforme a las necesidades de las víctimas directas e indirectas, así como también de los infractores.

La existencia de la Justicia Indígena en el Ecuador no ha significado la abolición o modificación de la justicia ordinaria, por lo que la implementación de la justicia restaurativa, como un modelo jurídico adicional y autónomo, no significará la destrucción de las bases del derecho tradicional, sino que significará el perfeccionamiento de la justicia a través del trabajo en conjunto de los nuevos sistemas jurídicos, con el objetivo de aplicar justicia con estricta observancia de los derechos humanos, persiguiendo la rehabilitación y reinserción de los infractores y, a su vez, una reparación integral pertinente para las víctimas.

La justicia restaurativa es una alternativa a la justicia retributiva, que se complementa con el garantismo y el derecho penal mínimo, que plantea alternativas de privación de libertad como lo es el Art. del COIP, con las penas no privativas de libertad. La justicia restaurativa se sustenta en la armonización de la sociedad y se centra en la dignidad en el ser humano.

La justicia restaurativa, contempla avances importantes, en el Ecuador, se reconoce los sistemas alternativos de resolución de conflictos en el COIP, pero además el Art. 171 de la Constitución faculta a las comunidades y pueblos indígenas aplicar métodos alternativos de solución de conflictos. Hay aún limitaciones del ejercicio de sistemas de justicia alternativa, como sucedió con el caso la Cocha.

## **Recomendaciones**

La administración de justicia indígena en el Ecuador no ha tenido la suficiente atención del Estado, tanto para identificar sus deficiencias como para rescatar los aportes desde un enfoque de justicia restaurativa. Se recomienda hacer un estudio específico y a profundidad, sobre la resolución de casos (considerados penales por la justicia ordinaria), lo cual servirá de base para identificar los aportes o retrocesos desde un enfoque de justicia restaurativa en el Ecuador.

Se recomienda fortalecer la enseñanza de los métodos alternativos de resolución de conflictos a todos los funcionarios y miembros de la función judicial para crear una cultura de armonía del conflicto, que generen soluciones eficientes y eficaces, para fortalecer la implementación de nuevos modelos restaurativos con el objetivo de constituir una nueva realidad jurídica preocupada por los intereses y derechos de las personas.

Se recomienda al estado y al consejo de la judicatura implementar procesos y políticas de interlegalidad para la correcta cooperación de los actuales sistemas jurídicos convergentes. Esto significará las bases para poner en acción lo plasmado en este trabajo de investigación. Se debe proveer de herramientas a funcionarios judiciales y cabildos urbanos para que se trabaje en conjunto y a su vez sentar las bases para el pleno ejercicio del pluralismo jurídico de alta intensidad que vive actualmente el Ecuador.

Se recomienda a las universidades y diferentes casas de estudio que implementen en sus programas académicos, materias que aborden el estudio del pluralismo jurídico y, a su vez, estudio intercultural para fomentar la armonización de los sistemas jurídicos actuales, y, con base a los nuevos juristas estructuren un nuevo sistema penal y carcelario, dejando atrás las corrientes es retribucionistas.



## Bibliografía

- Arteaga Botello, Nelson. *Desincorporación de la punición en México*. Espiral, Vol. 8, n.º75 (2002): 37-62.
- Ávila Santamaría Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar/Ediciones Legal, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local: estudio de caso*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
- Ayllón García, Jesús Daniel. *La Justicia Restaurativa en España y en otros ordenamientos jurídicos*. Ars Boni et Aequi, n.º 2 (2019): 9-29.
- Battola, Edith. Procesos restaurativos. La reparación en el sistema penal de justicia. *Mediaciones Sociales*, Vol. 17 (2018): 95-115.
- Benavides Merck Milko. La Reparación Integral de la víctima en el proceso penal. *Universidad y Sociedad*, 11(5) (2019): 410-420.
- Binder, Alberto. *Análisis político criminal: Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2011.
- Bonilla, Arizay. El pluralismo jurídico Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico. *Revista jurídica UP*, n.º 1 (2012): 1-49.
- Borja Mapelli Caffarena y Rubén Alderete Lobo. Manual regional de buenas prácticas penitenciarias. Madrid: Eurosociaal, 2015.
- Caballero Quiñonez, José. *Superpoblación penal y política criminal, en Población y desarrollo. Facultad de Ciencias Económicas*. Universidad Nacional de Asunción, 2016.
- Calderón, Jorge. *La reparación Integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicados al nuevo paradigma mexicano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2013.
- Carnevali Rodríguez, Raúl. Derecho Penal Como Ultima Ratio. Hacia una Política Criminal Racional. *Ius et Praxis* (2008): 13-48.

- Christie, Nils. *Los conflictos como pertenencia. De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1992.
- Christie, Nils. *El derecho penal y la sociedad civil. Peligros de la sobre criminalización*. En *XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, 45-69. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. (9 de marzo de 2017). Nuevo estudio muestra crecimiento en el número de encarcelados en América Latina por delitos de drogas de bajo nivel. <https://www.drogasyderecho.org/cedd-en-los-medios/prensa/nueva-investigacion-del-cedd-2/> (consultada el 10 de octubre de 2021).
- Consejo de la Judicatura. Guía para la Aplicación del Enfoque Restaurativo en la Justicia Juvenil. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20PARA%20LA%20APLICACION%20DEL%20ENFOQUE%20RESTAURATIVO%20EN%20LA%20JUSTICIA%20JUVENIL.pdf> (consultada el 10 de octubre de 2021)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Sentencia 18 de agosto 2000", *Caso Cantoral Benavides vs Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Sentencia 19 de septiembre de 2006", *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Sentencia 24 de noviembre de 2010 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*)", *Caso Gomes Lund y otros («Guerrilla do Araguaia») contra Brasil, Serie C n.º 219*.
- Corte Penal Internacional. "Sentencia 1 de marzo del 2012", *Caso de Criterios de reparación. Fiscal Vs. Lubanga Dyilo*. ICC-01/04- 01/06.
- De Sousa Santos, Boaventura. Law. A map of misreading: Toward a post-modern conception of law. *Journal of Law and Society* 14, n.º 3 (2017): 297-8.
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999.
- Durán Migliardi, Mario. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de Derecho* (Valdivia) XXIX, no. 1 (2016): 275-295. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173746326013>
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de

- febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- España, S. (02 de octubre de 2021). El narco y el hacinamiento convierten las cárceles de Ecuador en un polvorín. *El País*.
- Finchelstein, Federico. *Del Fascismo al Populismo en la Historia*. Buenos Aires: Taurus, 2018.
- FMDerecho UNCUYO. Zaffaroni (Estructura del Derecho Penal: Teoría del Delito. 07 de agosto de 2013.Video, 3h34m07s. <https://www.youtube.com/watch?v=ad1BSfv5Peo&t=61s>
- Gargarella, Roberto. Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo* (2015): 101-115.
- Garland, David. *La cultura del control: crimen y orden social en la Sociedad contemporánea*. Barcelona. Gedisa Editorial, 2005.
- Gobierno Federal Mexicano. *Protocolo De Investigación De Los Delitos De Violencia Sexual Hacia Las Mujeres, Desde La Perspectiva De Género*. México: Gobierno Federal Mexicano. PROTOCOLO DE VIOLENCIA SEXUAL PG EDO MÉX (inmujeres.gob.mx)
- Goite Pierre, Mayda; Arnel Medina Cuenca, Rodolfo Fernández Romo, Omar Huertas Díaz, y Angie Lorena Ruiz Herrera. Globalización, derecho penal mínimo y privación de la libertad a 250 años de la obra cumbre de Beccaria. *Scielo* (2016): 109-126.
- Gómez, Andrés y Fernanda Proaño. Entrevista a Máximo Sozzo: ¿Qué es el populismo penal? URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 11(2012): 117-122.
- Gorjón Gómez, Francisco J, y José G Steele Garza. *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford University Press, 2015.
- Guevara, Jorge. *Pluralismo jurídico e interlagalidad en la convergencia de los sistemas jurídicos en el Ecuador: Aplicación y principales problemas*. Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.
- Hirsch, Hans. *La reparación del daño en el marco del derecho penal material*. En De los delitos y de las víctimas, editado por Albin Eser y Claus Roxin, 63. Argentina/ Editorial ADHOC, 1992.

- Hoekema, André. *Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal. En Pluralismo e interlegalidad: textos esenciales, compilado por Armando Guevara y Aníbal Gálvez, 429.* Lima, PE: Pontificia Universidad Católica del Perú / Centro de Investigación, capacitación y asesoría jurídica, 2014.
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *La Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia.* Observatorio del bienestar de la niñez, n.º5 (2012): 7. doi: publicacion-28.pdf (icbf.gov.co)
- Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente. *Los sistemas penitenciarios latinoamericanos y los derechos humanos. ¿Qué hacer?* Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2013.
- Irigoyen Fajardo, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.* El otro derecho, n.º 30 (2004): 171-195.
- Larrauri, Elena. *Populismo punitivo...y cómo resistirlo. Jueces para la democracia,* n.º 55 (2006): 14-22.
- Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Suplemento del Registro Oficial 151, 28 de febrero de 2020.
- López Melero, Montserrat. *Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador. La reeducación y la reinserción social de los reclusos". ADPCP,* Vol. LXV (2012): 253-304.
- Macedonio Hernández; Carlos Alberto, y Lucely Martina Carballo Solís. *La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (2020): 307-328.*
- Machado, Libertad; Rolando Medina, Germania Vivanco, Lianet Goyas y, Erik Betancourt. *Reparación integral en el sistema jurídico ecuatoriano; ¿derecho público o privado?". Revista Espacios. Vol. 39, n.º 09 (2018): 1-14.*
- Márquez, Álvaro. *La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria". Prolegómenos. Derechos y valores* 10, n.º 20 (2007): 201-212.
- Mathiesen, Thomas. *Juicio a la prisión: El futuro del encarcelamiento.* Buenos Aires: Ediar Editorial, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho penal parte general.*

- Valencia: *Tirant lo Blanch*, 2010.
- Muñoz Tejada, Julián Andrés. Populismo punitivo y una verdad construida”. en *Nuevo Foro Penal*, N° 72 (2009): 13-42.
- Muñoz Tejada, Julián. Populismo punitivo y una “verdad” construida, *Nuevo foro penal*, n.º72 (2002): 13-42.
- Naciones Unidas contra la droga y el delito. *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. New York: Naciones Unidas, 2006.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Ciudad de México: UNAM, 1989.
- ONU Asamblea General. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. 2015. Resolución 60/147.
- Pacari, Nina. *Derecho constitucional diversidad y discriminación en un cambio ineludible: Acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena*. Quito: CEP. 2011.
- Patiño Mariaca, Daniel y Adriana Ruiz Gutiérrez. *La justicia restaurativa: un modelo comunitarista de resolución de conflictos*, *UPB*, Vol. 45, No. 122 (2015): 213-245.
- Patiño Yépez, Álvaro. Las reparaciones simbólicas en escenarios de justicia transicional. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 21, n.º2 (2010): 51-61.
- Paz Francés, Lecumberri y Santos Itoiz, Eduardo. La mediación penal, ¿un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal? *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 6, No. 75 (2010): 53-93.
- Pérez Guartambel, Carlos. *Justicia indígena*. Cuenca: Universidad Estatal de Cuenca, 2015.
- Pérez Saucedo; José Benito, y Zaragoza Huerta, José. *Justicia Restaurativa: del Castigo a la Reparación*, 2011. <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/handle/123456789/3815> (consultado el 10 de octubre de 2021)
- Pesqueira Leal, Jorge. El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología* 6, no. 1 (2014):156-160.

Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751550013>

- Pontón, Jenny y Torres, Andreina. Cárceles del Ecuador: los efectos de la criminalización por drogas. URVIO. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* (1) (2007): 55-73. [Fecha de Consulta 26 de noviembre de 2021]. ISSN: 1390-3691. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552656565004>
- Ales, Cecilia; Rodrigo Borda y Rubén Alderete Lobo, “Sobrepoblación y violencia carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, en *Colapso del sistema carcelario*. Buenos aires: Siglo XXI editores (2005): 17-20.
- Quenta Fernández, Javier. “El populismo del derecho penal: la necesidad de racionalizar las leyes punitivas populares”. en *Revista jurídica Derecho* 5, N° 6 (2017): 133-152. ISSN 2413 – 2810.
- Rengifo C. Carlos A, Wong J. Eduard M, Posada Jorge G. Pluralismo jurídico: Implicaciones epistemológicas. *Inciso*, Vol. (15) (2013), 27-40.
- Reyes, Claudia., Labrenz, Catherine y Donoso, Gabriela. Justicia restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile”. *Política Criminal*. Vol. 13, n.º25 (2018): 626-649, doi: 0718-3399-politcrim-13-25-00626.pdf (conicyt.cl)
- Reyes, José. *Victimología*. Guatemala: Impresos Caudial S.A, 1997.
- Romera, Carlos y Lucía Gorbeña. *Prácticas restaurativas en el ámbito escolar y comunitario*. Vasco, Geuz. [https://elearning3.hezkuntza.net/013159/pluginfile.php/7846/mod\\_resource/content/1/GEUZ-eko\\_MATERIALAK/Guia\\_procesos\\_restaurativos\\_escuela\\_CAS.pdf](https://elearning3.hezkuntza.net/013159/pluginfile.php/7846/mod_resource/content/1/GEUZ-eko_MATERIALAK/Guia_procesos_restaurativos_escuela_CAS.pdf) (consultada el 15 de noviembre de 2021)
- Rosillo Martínez, Alejandro. Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación. *Derechos en acción*, 2017. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37685.pdf>
- Roxin, Claus. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, trad. Ricardo Robles Planas e Ivó Coca Vila. Barcelona: *InDret*, 2012.
- Rúa Delgado, Carlos. La Legitimidad en el Ejercicio del poder Político En El Estado Social De Derecho. Una Revisión Desde El Caso Colombiano. *Ius et Praxis* 19,

- no. 2 (2013): 85-121. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19729337004>
- Ruíz Guzmán, Alfredo, Pamela Juliana Aguirre Castro y Dayana Fernanda Ávila Benavidez. *Reparación integral: Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2018.
- Rumak De González; Elsa Ines y Marina Soares Vital Borges. *Tribunales de justicia en Brasil, nuevas prácticas de justicia participativa y justicia comunitaria*, 2020.
- Rusconi, Maximiliano. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2016.
- Sánchez, Gabriel. *Historia oculta de la conquista de américa: Los hechos omitidos de la historia y la leyenda negra del descubrimiento del nuevo mundo*. Madrid: Ediciones Nowtilus, 2009.
- Sauceda, Brenda y Gorgón, Gabriel. “Justicia restaurativa, una herramienta de paz en la resolución de conflictos comunitarios. Caso Nuevo León”. *Polít. crim.* Vol. 13, N° 25 (2018): 548-571.
- Scheerer, Sebastián. *Hacia el abolicionismo, en Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- Soletto Muñoz, Helena. *Justicia Restaurativa en Europa: Sus Orígenes, Evolución y la Directiva de la Unión Europea 2012/29 Sobre los Derechos, Apoyo y Protección de las Víctimas de Delitos*. Curitiba: Editorial MULTIDEIA, 2013.
- Sozzo, Máximo *¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y “prisión-depósito” en Argentina*. *Revista latinoamericana de seguridad ciudadana* n° 1 (2007) 88-116 DOI: <https://doi.org/10.17141/urvio.1.2007.1055>
- Vásconez Merelo, Vicente. *Ciudadanía Republicana: deberes generales y especiales de virtud cívica*. FORO, n.º 35 (2021), 191-209. DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.10>
- Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: Nuevo marco emancipatorio en América Latina*. Argentina: CENEJUS, 2003.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Cuestión Criminal*. 2º Edición. Buenos Aires: Planeta, 2012.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

Zysman Quirós, Diego. La crisis del Welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona”. En Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas, coordinado por Iñiqui Rivera, 255-286. España: *Anthropos*, 2005.