

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

“LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL
ECUATORIANO”

Realizado por:

DAYÁN ALEJANDRA ARGÜELLO VEINTIMILLA

DIRECTOR: AB. NICOLÁS SALAS

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

QUITO, ENERO 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Dayán Alejandra Argüello Veintimilla, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

DAYÁN ALEJANDRA ARGÜELLO VEINTIMILLA

C.C. 171292688-8

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

“LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO”

Realizado por el alumno

DAYÁN ALEJANDRA ARGÜELLO VEINTIMILLA

Como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

Ha sido dirigido por el profesor

Ab. Nicolás Salas

Quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

AB. NICOLAS SALAS.

Director

Los profesores informantes

Ab. David Rivas y Dra. Fanny Correa

Después de revisar el trabajo escrito presentado,

Lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

AB. DAVID RIVAS.

DRA. FANNY CORREA.

QUITO, ENERO 2012

DEDICATORIA

A Dios, por darme salud y vida, que me han permitido conseguir mis anhelados sueños.

A mis padres, por ser el pilar fundamental de mi vida, por sus enseñanzas, su paciencia y cariño, porque han sido ejemplo de fidelidad, honradez, honestidad, valentía y lucha. Por su apoyo y amor incondicional en cada etapa de mi vida.

A mi hermano, por su ternura y cariño. Porque quiero ser su ejemplo de persona y profesional.

A mi tía Nancy, por haberme querido y consentido tanto, por esa confianza absoluta que tenía en mí.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi profesor Dr. Nicolás Salas, quién desde las aulas de clases me transmitió sus sabios conocimientos, incentivando mi interés en el Derecho Penal, y ahora como director de mi trabajo investigativo me ha ayudado a culminar uno de mis más grandes sueños.

También agradezco a mi querida Universidad Internacional Sek y sus docentes, por la formación académica y personal que me han brindado.

RESUMEN

El sistema penal en el Ecuador y la justicia tradicional lamentablemente no goza de la confianza ciudadana, más bien existe un escepticismo hacia su obrar y resultados. No solamente ha disminuido su capacidad para constituirse en el referente de un orden de derecho sino que con su eficiencia cada vez más limitada tiende a agravar la situación del país. La justicia tradicional o justicia retributiva mira el crimen como una infracción a la norma, una ofensa al Estado y ha desplazado a la víctima, olvidando que es una parte fundamental en el proceso, otorgándole protagonismo al Estado y al infractor. Mientras que la justicia restaurativa tiene un enfoque reintegrativo y busca la reparación integral de ofendido, procesado y comunidad; reconoce que la ofensa es contra la víctima y busca reparar el daño causado, le brinda la oportunidad al infractor de rectificar y de reparar el daño causado, quitándose la etiqueta de delincuente, ya que se ha comprobado que la privación de libertad a fracasado en lo que tiene que ver con la rehabilitación del reo, y finalmente la comunidad se involucra en el proceso de prevención y procesos de monitoreo para reducir la delincuencia. Surgen algunas corrientes que dicen que la justicia restaurativa desvirtúa o contradice los fines del derecho penal y de la pena. Frente a esto, luego de un cauteloso análisis he determinado que la justicia restaurativa no busca crear una nueva función o fin al derecho penal ni a la pena, sino que se puede encasillar perfectamente dentro de las funciones de prevención, ya que la reparación también busca la prevención.

La aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, la cual enfocará sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves, además ayudará a reducir la población de las cárceles, ya que se presenta como una alternativa diferente a la privación de libertad.

ABSTRACT

The penal system in Ecuador and traditional justice unfortunately does not enjoy public confidence, rather there is skepticism about its work and results. Not only has it diminished their capacity to become the benchmark for an order of law but with its increasingly limited efficiency tends to aggravate the situation in the country. The traditional justice or retributive justice looks at crime as a violation of the rule, an offense against the state and has moved to the victim, forgetting that is a fundamental part in the process, giving prominence to the state and the offender. While restorative justice is reintegrative approach and seek reparation of offended, processing and communication, recognizes that the offense is against the victim and seeks to repair the damage, it gives the offender the opportunity to rectify and repair the damage , removing the label of criminal, as it has been shown that deprivation of liberty failed in what it has to do with the rehabilitation of the offender, and finally the community is involved in the process of prevention and monitoring processes to reduce crime . Some trends are emerging that say that restorative justice undermines or contradicts the purpose of criminal law and punishment. Against this, after a careful analysis, I determined that restorative justice does not seek to create a new function or purpose of criminal law or to the penalty, but it can fit neatly within the functions of prevention, it also seeks prevention.

The application of restorative justice in our country will allow more efficient use of the criminal justice system, which will focus its efforts and limited resources on more serious crimes, will also help reduce the prison population as it is presented as an alternative to imprisonment.

RESUMEN EJECUTIVO

El tema del presente trabajo investigativo es sobre la justicia restaurativa, la cual es nueva y diferente a la conocida tradicionalmente como justicia retributiva. Determinar la aplicabilidad de la justicia restaurativa en nuestro sistema penal ecuatoriano; mediante el desarrollo y la utilización de mecanismos que permitan resolver los conflictos de formas diferentes al proceso penal tradicional; los cuales sirvan para reparar y restaurar el daño causado a la víctima y la sociedad.

El trabajo de investigación está dividido en tres capítulos:

En el primer capítulo “LA JUSTICIA RESTAURATIVA” se realiza un análisis introductorio sobre derecho y justicia, partiendo de éstos se desarrolla lo que es justicia retributiva y justicia restaurativa. Ya enfocados en el tema analizar el origen y desarrollo de este nuevo tipo de justicia, sus antecedentes, definiciones, características, principios, beneficios y programas restaurativos, entre los cuales tenemos la Mediación entre víctima y delincuente, la conciliación preprocesal, la reparación integral, los círculos, la asistencia a la víctima, asistencia al ex privado de la libertad, la restitución, servicio a la comunidad y el árbol Sicómoro.

Tenemos que la retribución es un postulado de la Escuela Clásica, la justicia retributiva considera al crimen como una infracción a la normativa, y busca condenar al delincuente con un dolor similar que le produjo a la víctima o a la sociedad, es decir se presenta el concepto de venganza. Frente a esto, y al desplazamiento de la víctima del proceso penal, otorgándole protagonismo al infractor y al Estado. Además el sistema penal en el Ecuador y la justicia tradicional lamentablemente no goza de la confianza ciudadana, más bien existe un escepticismo hacia su obrar y resultados. Hay una pérdida cada vez mayor de legitimidad del sistema judicial, pues no solamente ha disminuido su capacidad para constituirse en el referente de un orden de derecho, sino que con su eficiencia cada vez más limitada tiende a agravar la situación del país.

Ante esto surge la justicia restaurativa, conocida como justicia conciliadora, reparadora o restitutiva, pero existe consenso en preferir llamarla restaurativa o restauradora, principalmente porque busca restablecer el vínculo social quebrado por el acto trasgresor de la ley; es un esfuerzo por llegar a una situación similar a la que se tenía antes de la vulneración de la ley, antes de afectar a la víctima y a la comunidad¹. La justicia restaurativa es un intento por abordar algunas de las necesidades y limitaciones que se han presentado en la justicia tradicional. Es así que desde la década de 1970², se han desarrollado una variedad de programas y enfoques en muchas comunidades y países de todo el mundo.

La justicia restaurativa tiene un enfoque reintegrativo y busca la reparación integral de ofendido, procesado y comunidad; reconoce que la ofensa es contra la víctima y busca reparar el daño causado, le brinda la oportunidad al infractor de rectificar y de reparar el daño causado, quitándose la etiqueta de delincuente, ya que se ha comprobado que la privación de libertad a fracasado en lo que tiene que ver con la rehabilitación del reo, y finalmente la comunidad se involucra en el proceso de prevención y procesos de monitoreo para reducir la delincuencia.

Algunos de los programas de justicia restaurativa son:

- Mediación entre víctima y delincuente
- Conciliación preprocesal
- Reparación integral
- Círculos
- Asistencia a la víctima
- Asistencia al delincuente

¹VÁSQUEZ, Oscar, ¿Qué es la justicia juvenil restaurativa?. <http://www.justiciarestaurativa.org/news/bfque-es-la-justicia-juvenil-restaurativa>

²ZEHR, Howard, *The Little Book of Restorative Justice*, en <http://www.goodbooks.com/excerpt-display.php?isbn=1561483761>, traducción propia.

- La restitución
- Servicio a la Comunidad
- Árbol Sicómoro

En el segundo capítulo llamado “LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PROCESAL PENAL”, se realiza un profundo análisis sobre las teorías o corrientes que apoyan la aplicabilidad de la justicia restaurativa, así como las que la desvirtúan y consideran que va en contra de los fines del derecho penal y del derecho procesal penal. Por lo que primero se establecen conceptos de la pena, del derecho penal sustantivo y adjetivo, así como sus respectivos fines.

Al final del capítulo realizo un cuadro con los fines del derecho penal, del derecho procesal penal, de la pena y de la justicia restaurativa; explicando que pese a que existen teorías que doctrinariamente no aceptan la aplicación de la justicia restaurativa, existe una alternativa y solución que no va en contra del sistema penal como sostienen algunos.

FINES DEL DERECHO PENAL				
Protección de los bienes jurídicos	Prevención general	Control social	Ético –social	Garantía de la identidad normativa de la sociedad
FINES DEL DERECHO PROCESAL PENAL				
Comprobación de una acción u omisión que constituya delito.				
Individualización e identificación de todos los responsables de la infracción.				
Aseguramiento del procesado y de las personas cuya presencia sea necesaria para esclarecimiento de la verdad.				
Aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos probatorios que fueren necesarios.				
Aseguramiento de bienes suficientes del procesado para cubrir las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.				
La condena o absolución del procesado penalmente.				
FINES DE LA PENA				
Teorías absolutas	Teorías relativas	Teorías mixtas	Teorías preventivas	Teoría consensual
JUSTICIA RESTAURATIVA				
Reparación= > Forma Preventiva				

CONCLUSIONES

- 1- La justicia restaurativa es básicamente la reparación a la víctima frente al daño causado. Como se cito anteriormente No se trata en principio que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho Penal, sino que de ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho Penal. Desde el punto de vista preventivo- general, el acento no está

puesto sobre el afecto disuasorio intimidatorio de la pena, que puede cumplir incluso con mayor propiedad, la pena pecunaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente la necesidad de la pena, en aquellos caso en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual.

- 2- Si la reparación es vista como una forma de prevención, concuerda perfectamente con los fines del Derecho Penal y los fines de la pena.

En el tercer capítulo llamado “APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA”, se revisa el desarrollo que ha tenido la justicia restaurativa en otros países, tomando el caso de nuestro país hermano Colombia, cuya Ley 906 de 2004 expidió el nuevo y actual Código de Procedimiento Penal colombiano, en la cual se desarrolla un capítulo nuevo llamado Justicia Restaurativa. Luego se realiza un cuadro en el que constan las diferencias entre la justicia retributiva y la restaurativa:

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
El crimen es visto como una transgresión a las leyes.	Reconoce que los infractores dañan a las víctimas, a las comunidades y a ellos mismos.
Otorga protagonismo al Estado y al infractor.	Involucra a más partes, como a las víctimas y la comunidad.
Este tipo de justicia mide el éxito en cuanto pena se impuso al delincuente.	Mide el éxito en cuantos daños fueron reparados o prevenidos.
Su discurso principal es reaccionar contra el	Al hacer justicia el derecho apunta hacia la

<p>delincuente con un dolor similar que le produjo a la víctima o a la sociedad, es decir se identifica con la venganza; en segundo plano busca la no repetición o prevención y la reparación a las víctimas.</p>	<p>reparación y no la venganza. Se ha comprobado que la privación de libertad ha fracasado en cuanto a la rehabilitación del delincuente.</p>
<p>Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa.</p>	<p>El enfoque es reintegrativo, ya que permite que el delincuente rectifique y se quite la etiqueta de delincuente. Esto a través de las prácticas restaurativas que brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas se reúnan para compartir sus sentimientos, y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El Derecho se vuelve más humanitario.</p>
<p>El crimen es visto como una ofensa contra el Estado.</p>	<p>Recupera el foco de que la principal ofensa es en contra de la víctima y la familia de la víctima. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución; los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones; y la comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación, procesos de monitoreo y moverse hacia delante para la sanación.</p>
<p>Se limita a definir al crimen como una</p>	<p>Reconoce que el crimen hiere a la víctima, a</p>

violación a la norma.	la comunidad y al mismo infractor.
	Involucra a mayor número de actores en la resolución del crimen como la víctima y la comunidad.
	Tiene una visión más amplia del hecho punible, ya que no se dedica exclusivamente a la defensa del crimen, por que analiza la situación de las víctimas, del infractor y de la comunidad para buscar la mejor solución al problema. Involucrando, al agresor de la ley, al Estado, a la víctima y a la sociedad ³ .

La aplicación de la justicia restaurativa permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y contribuyendo a reducir la población de las cárceles aliviando el hacinamiento y, por consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a readaptarse a la sociedad. Por su parte, en un sistema de justicia restaurativa la víctima, como quedo regulado en nuevo sistema acusatorio, será la gran protagonista, que va a participar activamente en la solución del conflicto pena⁴.

Finalmente, se busca responder la siguiente pregunta: Es posible incorporar este nuevo método de justicia restaurativa en nuestro código de procedimiento penal ecuatoriano?.

³ MÁRQUEZ, CÁRDENAS, Álvaro, La Justicia Restaurativa versus la Justicia Retributiva en el contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, 2007, en <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, acceso. 7 de noviembre de 2011.

⁴ Ibídem.

Luego del estudio de la justicia y el sistema penal en nuestro país, el derecho penal mínimo, y un análisis del Anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Proyecto de ley Ecuador- Asamblea Nacional 2011; la respuesta es que SI se es posible la incorporación. Por estas razones concluyo mi trabajo investigativo con una Propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, el cual consiste en la instauración de un nuevo capítulo en el **TITULO II “La acción penal”, del LIBRO I, del CPPE:**

(A continuación la propuesta de reforma también incluye los ya conocidos acuerdos reparatorios, por considerarse un tipo de justicia restaurativa, en el cual ofendido y procesado resuelven el conflicto sin la intervención de un tercero).

CAPÍTULO II

JUSTICIA RESTAURATIVA

*** Art. ... -Justicia Restaurativa.-**

Es 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 y reparación integral con o sin la participación de un facilitador. Resultado restaurativo es el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes.

La reparación integral busca:

- 1.- el restablecimiento del derecho lesionado al estado anterior a la comisión punible
- 2.- la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados
- 3.- la rehabilitación, a través de la prestación de servicios idóneos a la víctima tales como médicos, apoyos sociales o familiares, psicológicos o psiquiátricos.
- 4.- la satisfacción en función de las necesidades de la víctima, tales como medidas de reconocimiento, disculpas públicas o publicación de la sentencia por medios distintos a los ordinarios.

5.- Garantía de no repetición para prevenir que la víctima sufra lesiones a sus derechos similares a los sufridos por el cometimiento de la infracción.

*** Art.- Acuerdos de Reparación.-**

Excepto en los delitos en los que no cabe conversión señalado en el artículo 37, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al Juez de Garantías Penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo sólo procederá cuando el Juez de Garantías Penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los Jueces de Garantías Penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.

*** Art.- Mediación Penal.-**

Es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

*** Art. ... - Reglas generales de la Mediación Penal.-**

1.- La Fiscalía General del Estado llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se apruebe la mediación. El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa a la persona procesada.

2.- Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los participantes procesales podrá solicitar al otro someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia de juicio.

3.- La mediación penal estará a cargo de mediadores acreditados por el Consejo de la Judicatura, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos para ser jueza o juez de primer nivel y a quienes la Escuela Judicial haya acreditado la calidad de mediadores, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial.

4.- El Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, publicidad, y registro previstas en este Código.

5.- En caso de que la mediación no proceda las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno.

6.- El acuerdo al que se llegue en la mediación tendrá los mismos efectos que una sentencia.

*** Art. ... - Procedencia de la Mediación Penal.-**

- 1.- En todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años.
- 2.- si la infracción no implica vulneración o perjuicio a interés del Estado o colectivos.
3. Si la persona procesada no ha sido sentenciada anteriormente por la comisión de otras infracciones relacionadas con los numerales anteriores; y,
4. Si existe el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida y la aceptación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
- 5.- Procederá desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral
- 6.- En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	3
1.1 DERECHO Y JUSTICIA	3
1.1.1 Derecho.....	3
1.1.2 Justicia	5
1.1.2.1 Justicia retributiva.....	8
1.1.2.2 Justicia restaurativa.....	9
1.2 ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	10
1.2.1 Antecedentes de la justicia restaurativa.....	11
1.2.3 Definiciones de justicia restaurativa.....	15
1.2.4 Características.....	16
1.2.5 Principios	17
1.2.6 Programas de justicia restaurativa	19
1.2.6.1 Mediación entre víctima y delincuente.....	20
1.2.6.2 Conciliación preprocesal	21
1.2.6.3 Reparación integral.....	21

1.2.6.4 Círculos.....	21
1.2.6.5 Asistencia a la víctima.....	22
1.2.6.6 Asistencia al delincuente	23
1.2.6.7 La restitución	23
1.2.6.8 Servicio a la comunidad	24
1.2.6.9 Árbol sicómoro	24
1.2.7 Beneficios de la justicia restaurativa	25
CAPÍTULO II.....	27
2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	27
2.1 EL DERECHO PENAL, EL DERECHO PROCESAL PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA	27
2.1.1 Breves conceptos del derecho penal	27
2.1.2 Fines del derecho penal	29
2.1.3 Concepto de la pena.....	31
2.1.4 Teorías de la pena	34
2.1.4.1 Teorías Absolutas.-.....	34
2.1.4.2 Teorías Relativas.-.....	34
2.1.4.3 Teorías de la Prevención.-	35
2.1.4.4 Teorías Mixtas.-.....	35
2.1.4.5 Teoría consensual.-.....	36
2.1.4.6 Teoría Víctimo- justificante de la pena.-.....	36

2.1.4.7 Teoría Abolicionista Penal.-	36
2.1.5 Breves conceptos del derecho procesal penal.....	37
2.1.6 Fines del derecho procesal penal	38
2.2 DEBATE SOBRE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	39
2.2.1 Corrientes doctrinarias sobre la aplicación de la justicia restaurativa.....	39
2.2.1.1 Corrientes que rechazan la justicia restaurativa	39
2.2.1.2 Privatización del derecho penal.....	41
2.2.1.3 Posible solución para la aplicación de la justicia restaurativa.....	42
2.2.1.4 La justicia restaurativa y el derecho procesal penal	47
2.2.2 Conclusiones.....	48
3 CAPÍTULO III	51
3. APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	51
3.1 DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN OTROS PAÍSES.	51
3.1.1 Esquema restaurador.....	51
3.1.1.1 Características del esquema restaurador.....	52
3.1.2 Ejemplos de países que han instaurado la justicia restaurativa	53
3.1.2.1 Caso colombiano	53
3.1.2.2 Código de Procedimiento Penal colombiano	54
3.1.3 Diferencias entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa.....	58
3.2 REALIDAD ECUATORIANA Y LA APLICACIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN NUESTRO SISTEMA PENAL ECUATORIANO.....	61
3.2.1 La justicia y la congestión en el sistema penal ecuatoriano	61

3.2.2 Derecho penal mínimo.....	62
3.2.3 Es posible incorporar este nuevo método de justicia restaurativa en nuestro código de procedimiento penal ecuatoriano?	62
3.2.3.1 Anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2009	63
3.2.3.2 Anteproyecto de Código Orgánico Integral Penal del Ecuador- Asamblea Nacional 2011	66
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	72
BIBLIOGRAFÍA	80

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 1	18
Cuadro N° 2	46
Cuadro N° 3	49
Cuadro N° 4	60

INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo investigativo es sobre la justicia restaurativa, la cual es nueva y diferente a la conocida tradicionalmente como justicia retributiva. El objetivo general es poder determinar la aplicabilidad de la justicia restaurativa en nuestro sistema penal ecuatoriano; mediante el desarrollo y la utilización de mecanismos que permitan resolver los conflictos de formas diferentes al proceso penal tradicional; los cuales sirvan para reparar y restaurar el daño causado a la víctima y la sociedad.

En primer lugar, se busca poder conocer de una manera detallada los diferentes tipos de justicia como lo son la restaurativa y la retributiva; además los efectos y repercusiones sociales que han tenido cada una. Una vez estudiado lo mencionado, proceder a analizar que tan beneficioso resulta la aplicación de la justicia restaurativa y así poder aportar a la sociedad con cambios positivos como el descongestionamiento del sistema penal ecuatoriano, mediante mecanismos como la conciliación preprocesal, la mediación y la reparación integral; métodos alternativos que pueden solucionar los conflictos sin necesidad de recurrir al litigio penal. Para esto es necesario establecer qué tipo de delitos pueden ser llevados por esta nueva vía, delitos que por no ser graves puedan ser solucionados por estos medios.

Otra de las razones es lograr reparar y restaurar el daño causado por diferentes delitos en la sociedad, donde exista una verdadera reintegración del delincuente en la comunidad y reparar el daño causado a la víctima; es decir que la justicia penal no solo sea encaminada a sancionar a quien infringe la ley sino a restaurar el daño causado y que lo primordial sea el bien común para la sociedad creando conciencia social. Además conocer que a diferencia de la justicia retributiva, cuya solución del conflicto penal es el establecer una pena; la justicia restaurativa cuenta con sanciones reconocidas por la doctrina como la restitución, el servicio a la comunidad, reparación individual, reparación colectiva, reparación material y reparación integral.

Es importante mencionar lo que Álvaro E. Márquez Cárdenas dijo: “La justicia restaurativa no es justicia de pequeñas causas o para delitos cometidos por menores, como tampoco es un proceso abreviado, es una visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional”⁵.

Finalmente considero importante el desarrollo de este tema ya que no ha sido tratado en nuestro sistema penal ecuatoriano, pues, si bien es cierto contamos con acuerdos reparatorios quizás reconocidos como un tipo de justicia restaurativa, es necesario analizar si están constituidos por los principios de los que se nutre este nuevo tipo de justicia. Además al ya haber sido instaurada la justicia restaurativa en varios países, podemos proceder a investigar y conocer sus ventajas y desventajas; y así poder determinar que tan beneficioso y útil resultaría su aplicabilidad en nuestra realidad ecuatoriana, equiparándola y confrontándola con la justicia tradicional.

⁵MÁRQUEZ, Álvaro, La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, año 2007. Acceso: febrero 2011.

CAPITULO I

1. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1.1 DERECHO Y JUSTICIA

Antes de desarrollar el tema “Justicia Restaurativa”, es importante referirnos brevemente a lo que es “Derecho” y “Justicia”. En el libro *Historia del Derecho* de Ricardo Zorraquin, ante el estudio de Derecho y Justicia, se remota al vocabulario romano “IUS”, que se identifica como lo equitativo y lo bueno, un concepto que podría ubicarse en una posición intermedia entre las normas (leyes, mores, etc.) y la justicia. Las fuentes del ius de las cuales “consta” o “proviene” son las leyes, las costumbres, los edictos del pretor, etc.). Puede haber leyes que den soluciones que no concuerden con el ius por se contrarias a la equidad, y la inversa, se sostiene que el ius no se toma de las reglas, sino que del derecho que existe, se hace la regla. Se define a la justicia como el hábito o la virtud de “dar a cada uno su derecho”; una aspiración, un ideal, una voluntad constante y perpetua de alcanzar ese resultado⁶.

1.1.1 Derecho

En el libro *Apuntes sobre la Filosofía del Derecho* de Pedro Fernández de Córdova encontramos que el término Derecho, según su etimología procede del latín, del vocablo DIRECTUS, que le sirve de matriz para por evolución dar lugar en el Español a las dos palabras: DERECHO y DIRECTO, que significan “recto”, “correcto”, lo que va de un lugar a otro de la manera más segura y adecuada posible; lo que avanza sin torcer el rumbo. El término DIRECTUS se deriva a su vez de dirigere que significa dirigir,

⁶ ZORRAQUIN, Ricardo Becu, *Estudios de Historia del Derecho I*, Buenos Aires, 1988, pp. 12,13,14,15 y 16

conducir, enderezar, es decir “poner orden”⁷. El mismo autor nos dice que Derecho es: “el conjunto de normas de carácter social que emanan de la autoridad competente y rigen de un modo general y obligatorio”⁸.

Al decir que el Derecho, establecido como conjunto de normas que regulan la sociedad, se definen dos características importantes: la generalidad y la obligatoriedad; ya que son aplicables para toda la sociedad y todos tienen la obligación de cumplirlas. El derecho es un término que se distingue tanto de las normas que lo recogen como de la justicia que lo inspira. A continuación voy a mencionar a ciertos autores que definen al derecho de la siguiente manera: Celso definió al Derecho como “el arte de lo bueno y equitativo”, Ulpiano reprodujo este concepto calificándolo de “elegante”; ambos conceptos fueron incluidos al principio del Digesto para evidenciar la importancia que se les daba a los mencionados compiladores. A los juristas modernos les desconcertaba que Celso haya definido al Derecho como un arte, sin embargo al conocer que la palabra arte proviene del “ars”, que significa “conocimiento, ciencia, saber”, se entiende el significado que quiso darle Celso a la palabra Derecho: como el conocimiento y la aplicación de lo bueno y lo equitativo⁹.

En el Diccionario de Guillermo Cabanellas encontramos las siguientes definiciones citadas por los siguientes jurisconsultos: Ihering, define al Derecho como el conjunto de normas que regulan un Estado, pero le añade como característica fundamental, que a través de estas se ejerce la coacción; lo cual es considerada una idea comprimida pero no del todo inteligible, y en la actualidad se presta a confusiones con el ejercicio despótico del poder. Le Fur considera que el Derecho es una regla de la vida social impuesta por la autoridad competente (monarca o Parlamento, dictadura o asamblea popular), que tiene como fin la utilidad general o el bien común. Castán, considera que se trata de un sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y grupos que viven dentro de ella, que buscan asegurar la armonía en los fines individuales y colectivos¹⁰.

⁷FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, *Apuntes de Filosofía del Derecho*, Ediciones 21, Cuenca, 1997, pp.17, 18 y 19

⁸ ibídem

⁹ ZORRAQUIN, Ricardo Becu, *Estudios de Historia del Derecho I*, Buenos Aires, 1988, pp. 12,13,14,15 y 16

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo III, 1997, pp. 99, 100

Frente a estas definiciones tan acertadas de los jurisconsultos de diferentes épocas, podemos establecer que Derecho es el conjunto de normas que regulan la sociedad con fines a mantener la armonía, la paz y la seguridad; sin olvidar que consta de las características de generalidad y obligatoriedad.

1.1.2 Justicia

Ahora al referirnos al término justicia, es necesario señalar que desde sus comienzos éste término estuvo relacionado con la juntura, justeza o ajustamiento de cada uno de los seres, naturales o sociales, dentro de un orden o cosmos ya definido. Se conoce que para los griegos era el orden de la physis, que incluía en sí el de la polis y en general todos los hechos individuales y sociales¹¹.

En la historia, la palabra justicia ha sido usada en dos acepciones de diferente alcance y extensión, la primera se usa para designar el criterio ideal o por lo menos el principal criterio ideal del Derecho Natural, Derecho Racional, Derecho valioso) en fin, la idea básica sobre la que debe inspirarse el Derecho. La segunda acepción de la palabra justicia ha sido utilizada para denotarla como la virtud universal comprensiva de todas las demás virtudes. En este sentido mencionamos a Platón, que consideraba que la Justicia es la virtud fundamental de la cual se derivan las demás virtudes, regulándolas y equilibrándolas; esta concepción parte del hecho básico que las personas son seres esencialmente sociales, por lo que existe una analogía entre individuo y la sociedad. Se señala que la justicia individual es el resultado de un equilibrio entre tres facultades o almas vitales (apetitiva y nutritiva, valerosa y racional); mientras que la justicia social es el resultado de la unión armónica entre las diferente partes de la sociedad: gobernantes, militares y artesanos (teoría de la justicia aplicada al campo jurídico- político), en la cual cada parte, tiene que cumplir su función específica. Frente a estos conceptos se determina que la justicia es una virtud tanto pública como privada, ya que mediante esta armonía se alcanza el máximo bien, tanto de la ciudad como de sus miembros¹².

¹¹ GARCIA, Marza, <http://www.mercaba.org/DicPC/J/justicia.htm>, acceso, junio 2011.

¹² GARCIA, Marza, <http://www.mercaba.org/DicPC/J/justicia.htm>, acceso, junio 2011; y ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA , Driskill, Argentina, 1986, J07, pp. 55

Los primeros que intentaron definir conceptualmente la palabra Justicia, fueron los pitagóricos, reduciéndola a una relación de igualdad, concibieron la justicia como una medida y quisieron determinarla en forma matemática: “la justicia es un número cuadrado”, el cual es un compuesto de dos factores iguales y en este sentido la definición nos enseña que la Justicia es una relación de igualdad entre las personas que funcionan como términos de la relación. “El principio se aplica a varios tipos de relaciones: a la relación entre el delito y la pena; a la distribución en las cosas comunes, y a las relaciones entre el delito y la pena; a la distribución en las cosas comunes, y a las relaciones privadas entre individuos”¹³.

Aunque Platón concibe la justicia como virtud universal y fundamental, de la cual derivan el resto de virtudes, y la define como armonía; también la formula como igualdad para iguales, y la desigualdad para desiguales. Aristóteles elaboró una teoría de la justicia como medida axiológica para el Derecho y el Estado, este tipo de justicia comprende todas las virtudes ciudadanas relativas a la comunidad política, la cual consiste en una igualdad proporcional. Esta idea de justicia jurídico-política se diversifica en varias clases: A) Justicia distributiva.- respecto al reparto de los honores y bienes públicos, cada asociado reciba de esos honores y bienes la porción adecuada por sus méritos, lo cual afirma el principio de la igualdad, pues tal principio sería violado si se diese igual trato a méritos desiguales. B) Justicia emparejadora, correctiva o sinalagmática, consistente en un principio de igualdad, la cual se subdivide en dos subespecies: 1. Justicia conmutativa, es aplicable a las relaciones voluntarias de cambio, por ejemplo, a los contratos, la cual requiere que haya igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, entre la prestación y la contraprestación; y 2. Justicia judicial, aplicable a las violaciones, la cual exige que haya una igualdad entre el daño y la reparación, entre el delito y la pena¹⁴.

En Roma, Ulpiano definió a la justicia como la medida formal de atribuir a cada cual lo suyo, según su derecho; sin embargo no queda claro si ese derecho proviene de las normas jurídico-positivistas o iusnaturalistas. Cicerón determina que consiste en atribuir a cada uno lo suyo, aplicando la distribución de modo que cada uno reciba lo que le corresponda; coincide con los principios de equidad. San Agustín, a más de considera que la justicia es la virtud de todas las virtudes, determinó que es un ideal del Derecho, y la compara con la equidad, diciendo que justicia es la equidad, y que la equidad implica cierta igualdad (pues

¹³ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Driskill, Argentina, 1986, J07, pp. 55

¹⁴Ibídem, pp. 55-60

aequitas deriva de aequalitas) y consiste en atribuir a cada uno lo suyo. Santo Tomás de Aquino, al reiterar la definición de justicia como atribución de dar a cada uno lo suyo según la igualdad proporcional intenta dar una sumaria definición de “lo suyo”, diciendo que debe entenderse por suyo con relación a otro todo aquello que le está subordinado o le es atribuido para sus fines; además distingue la justicia conmutativa y la justicia distributiva, siguiendo a Aristóteles, pero agrega una nueva: la justicia legal, como virtud universal y también la determina como el deber de aquellas conductas que son necesarias para el bien común. Citando a otros autores, encontramos a Grocio, que define a la justicia como la quivalencia o proporcionalidad en los cambios y en la distribución. Wolff explica la justicia como principio de *igualdad aritmética*. Cesare Beccaria, el gran renovador del Derecho penal, inserta en la idea de igualdad una especial referencia a la igual dignidad de todos los seres humanos, por lo que define la justicia como voluntad de convivir con los prójimos de modo que todos tengamos dignidad de hombres, y como voluntad constructora de una ciudad de los pares, de una coexistencia equitativa en la felicidad terrena. Según Rousseau, "el primer sentimiento de la justicia no nos viene de la que nosotros debemos, sino de la que nos es debida"¹⁵; y su contenido es una especie de principio de reciprocidad en tanto que consiste en que "yo obre como si fuese otro"¹⁶.

En Kant, la idea de igualdad se proyecta sobre la de libertad, como igualdad en la libertad: "Libertad (independencia de la imposición del arbitrio ajeno), en tanto que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley general". En este sentido de axiología jurídica, la igualdad consiste en que uno no puede ser ligado por otro sino en aquello para lo cual uno se puede ligar recíprocamente¹⁷.

Finalmente podemos agregar que anteriormente la justicia era vista como una virtud, cuya búsqueda era la felicidad individual o colectiva, pero ahora la justicia adquiere un rango moral y se convierte en una de las principales reflexiones para la filosofía práctica. Respecto al concepto de justicia que dice “dar a cada uno lo suyo”, antes era ajustado a la naturaleza, ahora es decidido por las personas, por lo que se determina que al ser el individuo la pieza clave, es claro que la justicia busque lo primero que caracteriza al individuo moderno: la libertad. Frente a esta nueva concepción se presentan las teorías contractualistas. Por ejemplo, T. Hobbes como J. Locke definen “lo suyo” como fruto de

¹⁵ *Ibidem*, pp. 55-65

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

un pacto, de un acuerdo voluntario y libre. Entonces se define que existen tres pasos en el esquema contractualista: 1.- un estado de naturaleza, donde no existe ley, y no está definido lo justo y lo injusto. 2.- un pacto en el que se establecen condiciones de convivencia común y así, criterios de justicia. 3.- un poder soberano, que nace de este pacto, y que se va a encargar del cumplimiento. Es decir que el contrato tiene como función básica el asegurar que se cumplan los derechos de los miembros de la sociedad, por lo que dentro de este contrato la justicia no es más que una Ley establecida y aceptada, que norma lo que es justo e injusto.¹⁸

1.1.2.1 Justicia retributiva

Una vez estudiados los conceptos de justicia y derecho, procedemos a ver lo que es justicia retributiva y posteriormente la justicia restaurativa. En el libro *Mediación y Conciliación Penal* de Elias Neuman, encontramos que la retribución fue un postulado de la Escuela Clásica de gran nostalgia doctrinaria y de difícil superación legislativa y pública, la cual: “retorna cada vez con un sentimiento que impregna política punitiva, de mayor represividad. La severidad en la pena como forma intimidatoria, su ejecución drástica y asegurativa en el encierro de las prisiones, ha creado un contexto jurídico y social que podría denominarse clásico, pero que el tiempo, que pauta todos los objetivos humanos, se encargó de demostrar en su irredento fracaso. Es mucho lo que se lleva hablado en el mundo actual de la crisis del derecho penal, y de la prisión. Y se advierte que están en ebullición ideas innovadoras que, como ha sido ejemplo en la historia, chocarán con criterios tradicionales y conservadores, que otorgan siempre atributos panaceísticos al pasado. Habrá siempre verdugos por propia iniciativa y gente que voluntariamente o por temor, se niegan a ser protagonistas de la historia. ¿Cómo poder dialogar entonces sobre la resolución de conflictos basada en el consenso de victimario y víctima? La política criminal retribucionista existe y sella gran parte de las legislaciones penales de los países del orbe. La víctima en esas circunstancias permanece marginada del derecho penal, porque no forma parte de su objeto central. El ordenamiento redentor no ha sido pensado para ella porque ese objeto central es la punición del culpable, restablecer el orden deja incólume a la ley penal conculcada por el hecho que produjo el infractor. Se garantiza el imperio preciso de la ley y se aparta a la víctima. Hacer justicia es, para cualquiera de las

¹⁸ GARCIA, Marza, Justicia, en <http://www.mercaba.org/DicPC/J/justicia.htm>, acceso, junio 2011.

tesis retribucionistas, aplicar la pena de prisión que corresponda, aún de ejecución condicional. Lo que importa es apartar el rostro entrópico y disolvente del culpable con su condigno castigo. La víctima en su rol de indiferencia ocupa una posición de tercer o cuarto orden y deberá respetar el entramado de las reglas. Si hoy se describen o advierten progresos en el pensamiento dogmático, se deben a la reivindicación reciente que de la víctima ha hecho la victimología. Pero cuando la llamada readaptación social o resocialización de delincuente fue pulpa y epicentro de la discusión de la política criminal, la víctima fue desplazada subrayándose su orfandad”¹⁹.

1.1.2.2 Justicia restaurativa

Tradicionalmente el Derecho trabaja con los conceptos de justicia distributiva y comunitaria. “La justicia distributiva considera que a cada quién debe dársele lo que le corresponde. Conforme el pensamiento de Kelsen se considera que la falta principal de este concepto radica en que queda por definir qué es lo que le corresponde a cada uno. Por lo general esta definición quedaría en manos del ordenamiento jurídico. Y si el ordenamiento jurídico define qué es lo que a cada uno le corresponde, podría considerarse justo cualquier sistema político- jurídico. Esta amplitud explicaría “que haya tenido una tan general aceptación y demuestra a la vez que es una definición de justicia totalmente insuficiente, ya que ésta debe fijar un valor absoluto que no puede asimilarse a los valores relativos”²⁰.

La justicia conmutativa se enfoca en la igualdad de las personas por su simple carácter de tales. Para Aristóteles la justicia conmutativa es aquella que mide impersonalmente la ganancia o el daño desde su valor objetivo y sin tomar en cuenta méritos personales, de tal suerte que determina la formación de las relaciones de cambio según una cierta medida. Esta especie de justicia tiende a lograr que cada una de las partes de una relación se encuentre con respecto a la otra en condición de paridad, de tal suerte que ninguna dé ni reciba menos²¹.

¹⁹ NEUMAN, Elías, *Mediación y Conciliación penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 5, 6 y 7.

²⁰ Cfr. KELSEN, Hans, ¿Qué es la justicia?, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1984, p. 21, cit. Por BUSTAMANTE, Ximena, *El acta de mediación*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2009, pág. 117

²¹ M. PACHECO, *Teoría del Derecho*, Cuarta edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 485, cit. Por BUSTAMANTE, Ximena, *El acta de mediación*, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2009, p. 117.

Según Ximena Bustamante en su libro de Acta de Mediación, considera que ambos conceptos mencionados anteriormente resultan inaplicables dentro de un procedimiento de mediación, por lo que se busca un concepto de justicia más amplio sin pretender perfilar un nuevo concepto, pues como Kelsen afirma, ni los más grandes filósofos han logrado definir que es justicia? Para Kelsen la justicia se manifiesta principalmente ante la existencia de un conflicto²².

1.2 ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Sobre el origen y desarrollo de la justicia restaurativa tenemos que en el libro *Los Métodos alternativos de manejo de conflictos y la Justicia Comunitaria* de Jaime Vintimilla dice: “En la estructura social y en el Estado se evidencia una crisis en todos los aspectos, de allí que el manejo tradicional del conflicto a través del proceso se ha contagiado de la misma, contribuyendo a una mala respuesta para atender las necesidades de justicia que el ciudadano requiere cotidianamente, lo que se hace visible en la congestión y falta de funcionalidad ante los problemas de parte de todos los actores inmersos. Esto ha fomentado desconfianza y recelo en los usuarios de los órganos judiciales y se ha observado el apareamiento de posiciones como la evasión del conflicto o su manejo mediante la violencia o inclusive la búsqueda de la mal llamada justicia por mano propia. Existe la percepción de que la justicia esta desprestigiada con la necesidad ineludible de hacer algo para reorientarla en beneficio de los ciudadanos.”²³

La justicia occidental legal o penal, tiene algunos puntos fuertes importantes, sin embargo existe un creciente reconocimiento de los límites de este sistema y sus fracasos. Las víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad sienten a menudo que la justicia no satisface adecuadamente sus necesidades. Los profesionales de la Justicia - jueces, abogados, fiscales, oficiales, funcionarios de prisiones - a menudo expresan un sentimiento de frustración, ya que muchos consideran que el proceso de la justicia profundiza heridas sociales y conflictos, en lugar de contribuir a la curación o la paz²⁴. “La denominada crisis

²² BUSTAMANTE, Ximena, Ob. Cit., p. 117

²³ VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime y ANDRADE UBIDIA, Santiago, *Los Métodos alternativos de manejo de conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES-Unión Europea Programa Regional de Justicia de Paz, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005, pp. 7, 8 y 9.

²⁴ ZEHR, Howard, *The Little Book of Restorative Justice*, en <http://www.goodbooks.com/excerpt-display.php?isbn=1561483761>, traducción propia.

del derecho penal y de la pena, su decantamiento a través de los años y la entronización más actual de la doctrina de los Derechos Humanos, da cuenta de la vastedad y desnudez de los quebrantos doctrinales acontecidos y nos pone en la necesidad de lanzar ideas y paradigmas innovadores que logren redefinir sentimientos éticos y sacralicen lo único sacralizable en estos tiempos, al ser humano. Las teorías absolutas, relativas o mixtas de las penas, todas a una, resultan caducas frente a la nefasta realidad que plantea la prisión como pena e instituto que adjetiva lo que no cumple: las más mínimas previsiones legales. Es más, deslegitiman a los Derechos Humanos y la minuciosa formulación de los fundamentos del derecho de punir y la pena en sí”²⁵.

Oscar Vásquez en su artículo ¿Qué es la justicia juvenil restaurativa?, dice que: “hoy en día se vienen ensayando caminos distintos al retribucionismo. Por ello es que en muchos países la justicia restaurativa ha entrado con mucha fuerza, como una alternativa interesante, creativa y constructiva, como una posibilidad que entusiasma tanto al operador de justicia como al ciudadano. A este tipo de justicia se le denomina de diversas maneras: justicia conciliadora, reparadora o restitutiva, pero existe consenso en preferir llamarla restaurativa o restauradora, principalmente porque busca, al fin y al cabo, restablecer el vínculo social quebrado por el acto trasgresor de la ley. Hasta cierto punto, es un esfuerzo por llegar a una situación similar a la que se tenía antes de la vulneración de la ley, antes de afectar a la víctima y a la comunidad”²⁶.

1.2.1 Antecedentes de la justicia restaurativa

Según Carlos Brenes Quesada en su trabajo sobre la Justicia restaurativa, dice que es difícil determinar en qué momento exacto aparecieron las primeras manifestaciones de este tipo de justicia restaurativa, sin embargo siempre se ha sabido que la justicia busca restablecer la armonía social frente a un delito. En las sociedades primitivas no organizadas jurídicamente están presentes aún los conceptos sociales de restauración y de compensación, en las cuales una conducta reprochable está ligada a la idea de venganza ejercida por la víctima o la sociedad; la práctica de obligar al resarcimiento de los daños se

²⁵ NEUMAN, Elías, Ob. Cit., p.8.

²⁶ VÁSQUEZ, Oscar, ¿Qué es la justicia juvenil restaurativa? en <http://www.justiciarestaurativa.org/news/bfque-es-la-justicia-juvenil-restaurativa>, año 2006. Acceso: febrero 2011

encuentra en varias culturas y codificaciones, aunque en algunas no se tenían en cuenta a la víctima directamente; citándose los siguientes ejemplos: 1.- En la Ley Mosaica se imponía restituir cuatro veces el valor de lo hurtado 2.- La Ley del Tali3n que era conocido por la expresi3n “ojo por ojo, diente por diente”; se deriva de la palabra latina “talis” o “tale”, que significa id3ntica o semejante, es decir que se aplicar3 una pena id3ntica; por lo que tampoco se preocupaba por dar una compensaci3n a la v3ctima, sino en castigar al que cometió el crimen. 3.- El C3digo de Hammurabi, tambi3n trataba con severidad la pena para los infractores. 4.- En el Derecho Romano, existían dos tipos de hechos il3citos: “delicta” y la “crimina”; los primeros se caracterizaban porque solo el afectado pod3a pedir resarcimiento de los perjuicios causados, mientras que los “crimina” se realizaba de oficio por las autoridades, ya que suponían que era una amenaza para la sociedad. En la Edad Media, en Inglaterra, durante el reinado de Guillermo el Conquistador, se implement3 un sistema que consistía en el cobro de multas para incrementar las arcas reales, sin importar los intereses de las v3ctimas, ya que el delito era considerado como un atentado contra la paz del rey, por lo que esto es un antecedente remoto de la concepci3n que se tiene de la justicia penal retributiva. Este tipo de justicia concibe la conducta delictuosa como una ofensa al statu quo, es decir como una raz3n de Estado, por atentarse contra la paz y seguridad de la sociedad, d3ndose de esta manera un desplazamiento del ofendido, al considerar que el delito es un daño causado al Estado y 3ste debe ser el encargado de penalizar. La escuela cl3sica del derecho se interes3 m3s en el estudio de la conducta punible; la escuela positivista, abanderada en el estudio de la responsabilidad del actor de la conducta; dejando de lado a la v3ctima o afectado. En el siglo XX se logra entender la necesidad de reconocer el rol destacado que debe tener en el proceso penal, la persona afectada con un proceder criminal, para efectos de pedir la restituci3n del daño causado, pero principalmente para lograr una mayor efectividad en lo que se refiere a la rehabilitaci3n del delincuente frente a ella misma, frente a la comunidad y frente al Estado. Es decir aparece el concepto de un nuevo tipo de justicia, RESTAURATIVA, que busca involucrar a la v3ctima como parte indispensable del proceso penal, y que cuenta con diversos m3todos o pr3cticas que buscan la interacci3n entre el ofensor, la v3ctima, la comunidad y el Estado en un marco de igualdad y respeto por los derechos fundamentales²⁷.

²⁷ BRENES, Carlos, La justicia restaurativa, una herramienta para la soluci3n al fen3meno de la criminalidad costarricense, www.justiciarestaurativa.org/.../JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos, a3o 2009,

1.2.2 Desarrollo de la justicia restaurativa

Conocemos que las formas tradicionales y autóctonas de Justicia, buscaban restablecer la armonía social, ayudando a las víctimas, a los delincuentes y a las comunidades a cicatrizar sus heridas²⁸.

La justicia restaurativa es un intento por abordar algunas de las necesidades y limitaciones que se han presentado en la justicia tradicional. Es así que desde la década de 1970, se han desarrollado una variedad de programas y enfoques en muchas comunidades y países de todo el mundo.²⁹

En el artículo Justicia Restaurativa de Virginia Domingo de la Fuente, se dice que: en los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá es: “donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos”³⁰. La primera sentencia de justicia restaurativa fue realizada por la Corte de Kitchener, Ontario, en 1974, cuando dos jóvenes fueron capturados por vandalismo dando como resultado 22 propiedades dañadas, al acogerse a este tipo de justicia pudieron restituir el daño que habían causado³¹. El gran éxito que tuvo esto permitió establecer el primer programa de justicia restaurativa en Kitchener, “conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores. En Elkhart, Indiana el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada el centro para Justicia Comunitaria. Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo. La Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hacer varios

acceso: febrero 2011

²⁸ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, *Justicia restaurativa y mediación penal*, <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>, acceso: mayo 15 de 2011

²⁹ ZEHR, Howard, *The Little Book of Restorative Justice*, en <http://www.goodbooks.com/excerpt-display.php?isbn=1561483761>, traducción propia.

³⁰ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, Ob. Cit.

³¹ *Ibidem*

años para unir tales programas. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar al FIRM (foro para iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido). En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil³².

En *The Little Book of Restorative Justice* de Howard Zehr encontramos que: La justicia restaurativa se inició como un esfuerzo para hacer frente a delitos contra la propiedad, el robo y otros que suelen ser vistos (a menudo incorrectamente) como delitos relativamente menores. Hoy, sin embargo, los enfoques de restauración están disponibles en algunas comunidades, en las formas más graves de violencia criminal: muertes por conducir ebrios, asaltos, violaciones e incluso el asesinato. Basándose en la experiencia de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en Sudáfrica, los esfuerzos también se están realizando para aplicar un marco de justicia reparadora a las situaciones de violencia masiva. Estos enfoques y prácticas están extendiendo más allá del sistema de justicia penal a las escuelas, al lugar de trabajo, y las instituciones religiosas. Algunos abogan por el uso de métodos de restauración como "círculos" (una práctica concreta que surgió de comunidades de las Primeras Naciones en Canadá) como una forma de trabajo a través de, resolver y transformar los conflictos en general. Otros persiguen círculos o "conferencias" (un esfuerzo con raíces tanto en Nueva Zelanda y Australia, y en facilitar las reuniones delincente-víctima) como una manera de construir y sanar las comunidades. Kay Pranis, un destacado defensor de la justicia restaurativa, llama a estos círculos, una forma de democracia participativa que va más allá de gobierno de la mayoría simple. En las sociedades donde los sistemas legales occidentales han sustituido y / o suprimido la justicia tradicional y los procesos de resolución de conflictos, la justicia restaurativa es proporcionar un marco para examinar de nuevo y, a veces reactivar estas tradiciones. Aunque el término "justicia restaurativa" abarca una variedad de programas y prácticas, en el fondo se trata de un conjunto de principios, una filosofía, un conjunto alternativo de

³² *Ibidem*

preguntas orientadoras. En última instancia, la justicia restaurativa proporciona un marco alternativo para el pensamiento acerca de irregularidades³³.

1.2.3 Definiciones de justicia restaurativa

Para poder seguir adelante con el presente estudio es necesario establecer definiciones de justicia restaurativa, las cuales las explicaré de diferente manera, ya sea expresadas por sus autores o por los fines que persiguen varios Centros que se encargan de su estudio.

1.- El Dr. Howard Zehr, considerado como el pionero de la Justicia restaurativa, nos ofrece la siguiente sugerencia como una definición operativa: “la justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible.”³⁴

2.-Alvaro Márquez dice que: “*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. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas*”³⁵.

3.- Juan José Hidalgo Huerta en su artículo JUSTICIA RETRIBUTIVA, JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y CRÍTICA AL MODELO DEL PROCESO PENAL dice que: “Mediante la justicia restaurativa lo que se busca es que el Derecho Penal se acerque mucho más a lo que la ciudadanía espera de él, y que en lugar de ser

³³ ZEHR, Howard, *The Little Book of Restorative Justice*, en <http://www.goodbooks.com/excerpt-display.php?isbn=1561483761>, traducción propia.

³⁴ PRIETO, Ana Luisa, Compendio del libro “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa” de Howard Zehr, <http://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D124C0838/.../239124>. acceso: marzo 2011.

³⁵MÁRQUEZ, Álvaro, La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, año 2007. Acceso: febrero 2011

exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los conflictos que se le han presentado al Derecho Penal. La justicia restaurativa busca además crear mecanismos más participativos, proponiendo valorar el resultado de que la víctima y su agresor se sienten a hablar. Para lograr lo anterior es necesario dejar a un lado el concepto de que el proceso penal, es un campo de batalla donde existen vencedores y vencidos. Con la mediación penal, la sociedad se va dando cuenta de que es posible que las personas se sienten a dialogar”³⁶.

4.- El Centro de Estudios sobre Justicia Restaurativa, ubicado en Buenos Aires, Argentina, tiene como fin estudiar modelos de reintegración de la víctima y del ofensor a la comunidad, reduciendo las posibilidades del daño futuro a partir de la prevención, involucrando un trabajo cooperativo de la comunidad y del Estado. Busca categorizar a la justicia restaurativa como una mirada adecuada y posibles en el ámbito judicial y extrajudicial, ante los conflictos penales que ingresan a su sistema de respuesta³⁷.

5.- En el Código de Procedimiento Penal de Colombia, publicado mediante la Ley 906 de 2004 de Colombia, en su artículo 518 tenemos:

Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan con juntamente 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. Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

1.2.4 Características

1.- La primera de las características de la justicia restaurativa es sobre su concepción, ya que es una respuesta comunitaria al crimen, que propone la transformación del conflicto a

³⁶ HIDALGO HUERTA , Juan José, JUSTICIA RETRIBUTIVA, JUSTICIA RESTAURATIVA, MEDIACIÓN PENAL Y CRÍTICA AL MODELO DEL PROCESO PENAL en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_justicia_retributiva.pdf

³⁷ PAZ, Silvana Sandra y PAZ, Silvana, Marcela, Un Nuevo Paradigma: Justicia Restaurativa y Procesos Posibles, en <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/argentina>, acceso 14 de mayo de 2011

través del manejo de los daños infligidos a las víctimas y comunidades, permitiendo de esta manera a los ofensores asumir su responsabilidad por el daño cometido³⁸.

2.- Respecto al crimen en primer lugar es visto como un conflicto entre individuos: víctima, comunidad y ofensor; y en segundo lugar es visto como una violación contra el Estado.

3.- Además facilita la participación activa entre los tres agentes víctima, ofensor y comunidad con el objetivo de encontrar soluciones al conflicto³⁹.

4. La creación de comunidades seguras, en donde las necesidades de las víctimas sean tomadas en cuenta, reparando los daños causados y donde los ofensores sean integrados a la sociedad como ciudadanos positivos y proactivos, desarrollándose una verdadera rehabilitación social⁴⁰.

1.2.5 Principios

A continuación mencionare los siguientes principios:

1. Los métodos de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del proceso, incluso cuando el procesado está cumpliendo la pena privativa de libertad.
2. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
3. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
4. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

³⁸ BUSTAMANTE, Ob. Cit., pp. 123

³⁹ DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA, <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>, 2008, Acceso: febrero 2011

⁴⁰ BUSTAMANTE , Ob. Cit., pp. 123 ; PAZ, Silvana Sandra y PAZ, Silvana, Marcela, Un Nuevo Paradigma: Justicia Restaurativa y Procesos Posibles, en <http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/argentina>, acceso 14 de mayo de 2011

5. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena⁴¹.

Oscar VÁSQUEZ, en su ensayo: *¿Qué es la justicia juvenil restaurativa?*, señala que la justicia restaurativa, busca volver a su estado original a aquéllos que han sido perjudicados, y que estos deben poder participar de lleno en la respuesta; además que el Rol del Gobierno es mantener el orden público. Para esto señala cuatro principios claves:

Encuentro	Se crean oportunidades con el propósito de que víctimas, delincuentes y miembros de la comunidad (que deseen hacerlo) se reúnan a conversar acerca del delito y sus consecuencias.
Reparación	Se espera que los delincuentes tomen medidas a fin de reparar el daño que hayan causado.
Reintegración	Se intenta devolver a víctimas y delincuentes a la sociedad como miembros completos de la misma, capaces de contribuir a ésta.
Inclusión	Se ofrece la posibilidad de que las partes interesadas en un delito específico participen en su resolución ⁴² .

Cuadro N° 1
Elaborado por: Dayán Argüello Veintimilla

⁴¹ MARQUÉZ, CÁRDENAS, Álvaro, La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, 2007, acceso: febrero 2011

⁴² VÁSQUEZ, Oscar, *¿Qué es la justicia juvenil restaurativa?* <http://www.justiciarestaurativa.org/news/bfque-es-la-justicia-juvenil-restaurativa>, año 2006. Acceso: febrero 2011.

1.2.6 Programas de justicia restaurativa

Antes de comenzar a abordar los programas o métodos de justicia restaurativa, es necesario señalar los siguientes conceptos:

Programa de Justicia restaurativa.- se entiende todo evento que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos

Proceso Restaurativo.- se entiende todo proceso en el que intervengan o participen de forma activa: la víctima, el delincuente, y cuando proceda, otros miembros de la comunidad afectado por un delito; buscando llegar a la resolución de cuestiones derivadas del conflicto.

Una vez establecido lo anterior; procederé a señalar los siguientes programas o métodos:

- Mediación entre víctima y delincuente
- Conciliación preprocesal
- Reparación integral
- Círculos
- Asistencia a la víctima
- Asistencia al delincuente
- La restitución
- Servicio a la Comunidad
- Árbol Sicómoro

En el país hermano, Colombia, están reconocidos en su legislación los siguientes mecanismos de justicia restaurativa: mediación entre víctima y delincuente, conciliación preprocesal y reparación integral (Código de Procedimiento Penal publicado en la Ley 906 de 2004 de Colombia, artículo 521).

1.2.6.1 Mediación entre víctima y delincuente

Es un proceso informal en el cual una tercera persona, parte objetiva o varias partes, facilita o facilitan la comunicación entre las partes en conflicto (víctima e infractor), dentro de un escenario seguro y estructurado; ayudándoles a alcanzar un acuerdo mutuamente y resolver el problema. El proceso debe ser voluntario y usualmente confidencial. Los objetivos de la mediación es que el infractor conozca el impacto del crimen y tome responsabilidad del daño resultante. En Norte América hay más de 300 programas de mediación entre víctima y delincuente, en Europa más de 500. Las investigaciones de estos programas revelan:

- 1.- Una elevada satisfacción entre víctimas
- 2.- Una mayor probabilidad que el infractor cumpla sus obligaciones de restitución
- 3.- Menos infractores cometiendo delitos

Todo esto comparado con aquellos que llevaron un proceso normal o un proceso de justicia ordinaria. La mediación propicia el diálogo entre las víctimas, la comunidad y el infractor del hecho, facilita la búsqueda de una solución creativa y consciente, permite a los protagonistas conocer los hechos desde el punto de vista del contrario, de manera que las partes encuentren en la reconciliación una experiencia en donde tengan la sensación que ellos mismos están creando justicia en vez de, pasivamente, recibirla. En la práctica, el mediador acerca a víctima y delincuente a fin de asegurarse de que la mediación sea apropiada para ambos. En particular, el mediador intenta asegurarse que ambos sean psicológicamente capaces de hacer de la mediación una experiencia constructiva, de que la víctima no se vea aun más perjudicada por el hecho de reunirse con el delincuente, y de que ambos comprendan que su participación es voluntaria⁴³.

⁴³ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>, 2008, acceso: mayo 2011; y BRENES, Carlos, La justicia restaurativa, una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, www.justiciarestaurativa.org/.../JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos, año 2009, acceso: febrero 2011:

1.2.6.2 Conciliación preprocesal

Mediante la conciliación las partes, refiriéndose al asunto penal, la víctima y el victimario acuerdan sus voluntades para de una manera consensuada den solución a la controversia originada con el delito en los casos que permita la ley.

1.2.6.3 Reparación integral

La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quien causó el daño, es por eso que la justicia restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar lo que hicieron. La reparación no es 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 del delito a enfrentarse con las consecuencias de su conducta y aprende a reconocer los perjuicios causados a la víctima. Es una oportunidad de reconciliación y acercamiento entre el delincuente y la víctima y facilitar la reintegración del culpable. La reparación no se refiere solo a un pago por los perjuicios causado, comprende también el compromiso de la restitución o devolución o reemplazando de la propiedad objeto del delito, o brindar servicios directos a la víctima o a la comunidad⁴⁴.

Además de los mencionados métodos, contamos con otros mecanismos como los círculos restaurativos, que han sido ya practicados en las tradiciones nativas y aborígenes de Nueva Zelanda y Norte América (Estados Unidos y Canadá) principalmente, también son comunes de la mayoría de las comunidades indígenas alrededor del mundo:

1.2.6.4 Círculos

Al igual que con los procesos restaurativos de mediación y Reuniones de restauración, los círculos ofrecen un encuentro entre la víctima y el delincuente, pero va más allá de eso involucrando a la comunidad en el proceso de toma de decisiones. Dependiendo del

⁴⁴ MARQUÉZ, CÁRDENAS, Álvaro, La justicia restaurativa versus la justicia retributiva, <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, 2007, acceso: febrero 2011

modelo que esté siendo empleado, los miembros de la comunidad que participan pueden ser desde personal del sistema judicial, hasta cualquier miembro de la comunidad interesado en el delito. Todos allí presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tienen derecho a expresarse durante el proceso. En general, los participantes se expresan a medida que se pasa alrededor del círculo un objeto que concede la palabra a quien lo tiene en sus manos. La participación en el círculo es voluntaria. La víctima debe decidir participar sin ningún tipo de coerción. El delincuente asume su culpa en la cuestión y accede a ser enviado al círculo. Especialmente en las comunidades nativas, es importante que el delincuente posea raíces arraigadas en la comunidad. Cada círculo cuenta con un líder, que dirige el movimiento del objeto que se usa para determinar quién tendrá la palabra. Sólo la persona que tiene el objeto está autorizada a hablar, asegurando así que cada persona tenga la oportunidad de ser escuchada⁴⁵.

1.2.6.5 Asistencia a la víctima

Otro de los programas de justicia restaurativa es la asistencia a víctimas, los cuales brindan estos servicios a medida que la víctima se recupera del delito infligido y avanza el proceso de justicia penal. Los esfuerzos e intentos por satisfacer los intereses de las víctimas han tomado dos posturas (Karmen, 1992) (Van Ness y Strong, 1997): la primera son los grupos de presión defensores de los derechos de las víctimas, dicen que éstas desempeñan un rol preponderante en la administración de justicia; y la segunda, los grupos de contención comunitaria abordan las crisis personales que pueden surgir como consecuencia la victimización. Por eso el programa de asistencia a la víctima busca 1) brindar representación legal a la misma, de modo que no sean victimizadas nuevamente por el abandono del sistema, 2) que se satisfagan sus intereses físicos y psicológicos, 3) Otorgar a las víctimas la posibilidad de tener una buena reintegración en la sociedad como individuos que se han recuperado⁴⁶.

⁴⁵ BRENES, Carlos, La justicia restaurativa, una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, www.justiciarestaurativa.org/.../JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos, año 2009, acceso: febrero 2011:

⁴⁶ BRIGHT, Christopher, Asistencia a la víctima, Prison Fellowship International, 1997, en <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/practices/victimassistance>, acceso: septiembre 2011.

1.2.6.6 Asistencia al delincuente

Esta llamada asistencia al delincuente ha surgido debido a la comprobación que no existe una verdadera rehabilitación social, y que los prisioneros salen de la cárcel con ciertos antivalores, y que no se reintegran a la sociedad. Por eso es importante brindarle esta asistencia al delincuente, un ejemplo es el proyecto de Alternativas a la Violencia (“Alternatives to Violence project” - AVP) y Transición de Prisioneros de Detroit (“Detroit Transition of Prisoners” - TOP). El AVP consiste en seminarios que se centran en el crecimiento de la comunidad y la confianza, al tiempo que desarrollan en los prisioneros aptitudes comunicacionales y la capacidad de resolución de conflictos (Rucker, 1991 en 173). Rucker sugiere que estas aptitudes facilitan la reintegración a la comunidad, debido a que la capacidad de resolución de conflictos reemplaza a las destructivas respuestas violentas⁴⁷.

Según Virginia Domingo de la Fuente, especialista en mediación penal, considera que la restitución y el servicio a la comunidad, son la raíz común entre la justicia restaurativa y la actual justicia retributiva:

1.2.6.7 La restitución

La restitución consiste en que el delincuente le reintegre a la víctima lo que ésta haya perdido, ya sea mediante pagos en efectivo, la devolución o sustitución de los bienes, o en su defecto la prestación de servicios directos a la víctima. La restitución puede ser impuesta por los juzgados o tribunales penales. En tales casos, el carácter restaurativo de la restitución se circunscribe a la reparación del daño sufrido por la víctima, lo que por supuesto es beneficioso en si mismo. Sin embargo, en estas circunstancias no existen posibilidades de explicar, exponer, pedir disculpas u otras interacciones entre las partes.

⁴⁷ ibídem

Por lo tanto, para que la restitución tenga un máximo efecto restaurativo, debe surgir de un proceso restaurativo, como la mediación, el círculo o la reunión restaurativa⁴⁸.

1.2.6.8 Servicio a la comunidad

Es el trabajo realizado por un infractor para el beneficio de la comunidad. Es justificada en una perspectiva restaurativa como un método de dirigirse al daño experimentado por la comunidad cuando ocurre un crimen. Sin embargo, puede ser utilizado por razones compensatorias o como una manera de rehabilitar al infractor. Lo que distingue su uso como respuesta restaurativa es la atención dada para identificar el daño particular sufrido por la comunidad como resultado del crimen por parte del infractor, y el esfuerzo para asegurar que los servicios a la comunidad por parte de estos, reparen ese daño particular⁴⁹.

Después de analizar los diferentes mecanismos de justicia restaurativa, es importante recordar que los beneficios de ésta justicia no solo es aplicable para las personas que no han sido sentenciadas, sino para aquellos delincuentes que ya tienen una sentencia en firme. Esto se fundamenta en que no se puede hacer procesos de justicia restaurativos previos a una sentencia, en delitos de crimen organizado y delitos sexuales; sino en delitos de menor gravedad o justicia penal juvenil, pero si es posible mediante otros programas de justicia restaurativa, abordar a estos delincuentes desde la ejecución de la pena, y así lograr el fin rehabilitador de la pena privativa de libertad. Entre estos procesos tenemos el siguiente:

1.2.6.9 Árbol sicómoro

Es un programa de la Confraternidad Carcelaria Internacional, enmarcado dentro de los procesos restaurativos intramuros, que se realiza con privados de libertad sentenciados, por medio de voluntarios capacitados, en donde, las víctimas y los ofensores se reúnen en ocho

⁴⁸ BRENES, Carlos, La justicia restaurativa, una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, www.justiciarestaurativa.org/.../JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos, año 2009, acceso: febrero 2011:

⁴⁹ DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>, 2008, acceso: mayo 2011

sesiones de dos horas cada una, durante ocho semanas. El coordinador utiliza una guía de trabajo, ya comprobada en la práctica, para conducir al grupo a lo largo de una serie de temas que eventualmente llevan al momento en que víctimas y transgresores intercambien cartas y convenios en que expresan sus sentimientos y el deseo de avanzar hacia la reconciliación. A los ofensores se les llama a buscar la manera de compensar el daño que haya provocado su conducta delictiva. A las víctimas se les da la oportunidad de analizar cómo asumir el control de sus propias vidas y emprender el camino hacia la sanación y la restauración. Por último, el grupo se reúne en un acto público de celebración y culto⁵⁰.

1.2.7 Beneficios de la justicia restaurativa

Los beneficios de la aplicación de la justicia restaurativa, han sido comprobados en los países y comunidades en los que han sido aplicados, son los siguientes:

a) Víctima.- le permite ser partícipe de este proceso, darle la importancia que merece, participando en la resolución del conflicto, y reparándole los daños causados por el delito cometido. Negociar soluciones satisfactorias (recuperando la sensación de control al tener capacidad de participar en la decisión del modo de resolver la situación). Pone rostro e historia al infractor, va a ser escuchada, reparada y va a obtener respuesta a muchas preguntas.

b) Comunidad, se involucra en el proceso, lo cual provee un ámbito de apoyo y promoción a la seguridad comunitaria. Será una sociedad más madura, crítica y reconciliada. Además la atención a las necesidades de la víctima y la comunidad contribuye a la mejora de la imagen social de la justicia como institución.

c) Ofensores, son confrontados respecto a la aceptación de su responsabilidad lo cual los convierte en agentes activos y comprometidos en sus obligaciones con la víctima y la comunidad. (les permite reconocer el valor intrínseco de la persona y su capacidad para rectificar su propia conducta). Constituye un esfuerzo positivo su adhesión interna a las

⁵⁰ BRENES, Carlos, La justicia restaurativa, una herramienta para la solución al fenómeno de la criminalidad costarricense, www.justiciarestaurativa.org/.../JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos, año 2009, acceso: febrero 2011:

normas sociales y valores de convivencia. En conclusión, los infractores no sólo se responsabilizan de su conducta sino que van a poner rostro e historia a la otra persona (conociendo las necesidades y expectativas reales de la víctima para poder tomar las iniciativas apropiadas y respetar su voluntad) Por el hecho de participar en una mediación y reparar el daño van a poder ver reducida su sanción penal.

d) Sistema penal.- Incorpora una herramienta útil para la individualización de las respuestas judiciales aumentando así su eficacia. Disminuye la reincidencia (prevención especial positiva). Aporta un valor añadido a la función reeducadora y resocializadora de la pena privativa de libertad favoreciendo el tratamiento. Los individuos que participan experimentan un sentimiento de inclusión y penetración en el proceso de Justicia Criminal. Contribuye junto con la cicatrización, verdad y reparación a la mejor satisfacción de la víctima, haciéndola participe de todo el proceso y consiguiendo la reconciliación, lo cuál sin duda es beneficioso para toda la comunidad en su conjunto. La respuesta penal por sí sola, en general no cicatriza heridas. Cuando el infractor sale de prisión , sale con más odio que con el que entró. La mediación permite que esto no sea así. Las partes han podido dialogar y enfrentarse al problema. A través de los principios fundamentales que inspiran la justicia restaurativa y por ende la mediación como son la Reparación, se va a conseguir no solo que la víctima se sienta escuchada y participe de su propio conflicto, sino que también la va a servir para comprender (no en el sentido de justificar) la situación del infractor, siendo todo esto una paso importante para la curación de las "heridas"⁵¹.

Después de haber analizado el origen y desarrollo de la justicia restaurativa, sus antecedentes, definiciones, características, principios, beneficios y programas restaurativos, entre los cuales tenemos la Mediación entre víctima y delincuente, la conciliación preprocesal, la reparación integral, los círculos, la asistencia a la víctima, asistencia al ex privado de la libertad, la restitución, servicio a la comunidad y el árbol Sicómoro; seguimos con el segundo capítulo que trata sobre la justicia restaurativa dentro del marco del derecho penal y derecho procesal penal.

⁵¹DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, Justicia restaurativa, <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal>, acceso: 15 de mayo 2011

CAPÍTULO II

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL MARCO DEL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

2.1 EL DERECHO PENAL, EL DERECHO PROCESAL PENAL Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA

2.1.1 Breves conceptos del derecho penal

Franz Von Liszt, tratadista penal alemán definió al Derecho Penal como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como el hecho, y a la pena como la legítima consecuencia⁵². En el libro *Fundamentos de Derecho Penal* de Eduardo Franco Loor, encontramos que en la actualidad esta definición es muy anacrónica, ya que el Derecho Penal no solo busca el establecimiento de las penas a los delincuentes, sino también posee el instrumento de aplicar las medidas de seguridad, y comprende ante todo las normas que se dirigen a los ciudadanos para que no cometan los delitos previstos en la ley. Por otro lado tenemos a **Santiago Mir Puig**, que indica que el Derecho Penal no solo es el conjunto de normas que indican a los jueces que penas o medidas de seguridad deben imponer, sino es el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos⁵³.

Claus Roxín, alemán, considerado el más grande penalista de todos los tiempos, establece que el Derecho Penal, se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los

⁵² FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 14-15.

⁵³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ma edición, 2005, p. 52, cit. Por FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 16.

presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección⁵⁴.

El Derecho Penal moderno, distinto al clásico o llamado Derecho Penal Liberal, es eminentemente constitucional, ya que sus normas deben guardar similitud y conformidad con la norma Suprema que es la Constitución, por lo que el Derecho Penal debe responder a los derechos y garantías establecidas en la Carta Magna⁵⁵. En el Ecuador, hay una evidente consagración constitucional, por lo que se considera que el Derecho Penal ecuatoriano está supeditado a ser un Derecho garantista y constitucional en el marco de lo que expresamente se dice en la Constitución del 2008: Art. 1: El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, social, democrático, soberano e independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.⁵⁶

Según las concepciones modernas, se puede entender al Derecho Penal en dos sentidos distintos: objetivo y subjetivo. El Derecho Penal objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas penales, en otras palabras son las leyes penales, que imperan o rigen en una sociedad determinada. El Derecho Penal subjetivo (*ius puniendi*) es el Derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar leyes penales objetivas, propiamente conocido como el derecho a castigar o *ius puniendi*.

Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma que el Derecho Penal es la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado Constitucional de Derecho⁵⁷.

Miguel Polaino Navarrete, español, en su obra Derecho Penal, modernas bases dogmáticas, define sustancialmente el Derecho penal como “el conjunto de normas jurídicas que, constituyendo la última ratio del Ordenamiento positivo, ante la insuficiencia de otros medios menos drásticos de tutela normativa de bienes jurídicos frente a la lesión o puesta en peligro de los mismos, describen como delitos y faltas determinadas acciones humanas y las conminan legalmente con una pena (si el autor de la

⁵⁴ ROXÍN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, p. 41, cit. Por FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 17.

⁵⁵ Ver más en FRANCO LOOR, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, pp. 15,16,17.

⁵⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, RO 449: 20 Oct. 2008.

⁵⁷ FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 15,16,17

infracción penal es culpable), o con una medida de seguridad (si el autor del injusto típico es criminalmente peligroso pero no imputable), o bien con una pena y una medida de seguridad (si el sujeto es culpable y peligroso), con el fin de prevenir la comisión de futuros delitos y de mantener la vigencia de la norma”⁵⁸.

2.1.2 Fines del derecho penal

Para definir los fines del derecho penal es necesario conocer los fines de la pena y los fines de las medidas seguridad; con los conceptos antes mencionados observamos que el fin del derecho penal es la prevención y protección de la sociedad mediante el ordenamiento jurídico establecido. Polaino Navarrete señala las siguientes funciones del Derecho Penal:

1.- Función tutelar preventiva.- la protección, tutela o garantía jurídica que concede la norma penal a determinados bienes es una finalidad teleológica o finalista; se encamina al fin de prevenir futuros injustos típicos. Es decir que la protección de los bienes jurídicos es el contenido, y la prevención de la comisión de delitos es el fin; por lo que los instrumentos de los que se vale el Derecho Penal para cumplir su fin son la pena y las medidas de seguridad.

2.- Función de control social.- constituye un sistema de control social primario y formalizado; sin embargo para Polaino el decir que el Derecho Penal cumple una función de control social es muy poco, ya que la función de control social no solo depende del ordenamiento sino de otros factores.

3.- Función ético social.- garantizando el mínimo ético como preconizaba Wetzel, que es imprescindible para el desarrollo de la pacífica vida social.

4.- Función de garantía de la identidad normativa de la sociedad.- siguiéndose la tesis de Jakobs, esta función reside en el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma, es decir el reconocimiento o mantenimiento de la validez del Derecho, ya que el quebrantamiento de la norma lesiona la vigencia del Derecho y la imposición de una pena al quebrantador, indica que la norma sigue vigente protegiéndose a la sociedad.

⁵⁸ FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 15,16,17

5.- Función promocional del Derecho Penal.- esta función se cifra en una serie de promoción de actitudes en el seno de la sociedad, para que la normativa promueva la actitud de respeto y alarma frente a esas conductas. Polaino no concuerda con esta función, pues cree que no debe existir una función pedagógica o educativa⁵⁹.

Eduardo Franco Loor dice que la función del Derecho Penal es multivaria o multifacética, ya que sin descuidar la misión de control social y de aseguramiento de la sociedad, pone las penas y las medidas de seguridad a los infractores y delincuentes, eminentemente la función primordial es la protección de los bienes jurídicos fundamentales, en el marco de la normativa garantista constitucional y legal, “lo que significa penalización para los delincuentes, guardándose para éstos sus derechos fundamentales, el debido proceso procedimental, la tutela jurídica efectiva que garantizan la seguridad jurídica y la paz social en el marco de lo que dictaminan los principios constitucionales. Esa es la función plena del Derecho penal, sus otras subfunciones: la de prevenir delitos, su función ética social, su función simbólica, son parte de un engranaje cuya esencia es la de cuidar, proteger, tutelar y vigilar los bienes jurídicos, y su transgresión hace viabilizar u operar la ley penal. No hay otro camino. El carácter represor del Derecho penal es una realidad en cualquier sistema sociopolítico del mundo y su abolición es una quimera que la humanidad no desea”⁶⁰.

A lo largo de los años se ha producido un decantamiento del sistema penal, produciéndose la deslegitimación del derecho penal, pues teorías de la pena como las abolicionistas afirman que no ha existido un cumplimiento de las funciones del Derecho Penal, ya que no se ha reducido el índice de delitos y el reo no se rehabilita al salir del centro carcelario. Frente a esto buscando una nueva legitimación del derecho penal, se busca que se cumpla con otra de las funciones del mismo, como lo es minimizar la violencia de la intervención punitiva, consecuentemente el derecho penal mínimo y el garantismo penal. Entonces **Luigi Ferrajoli** y sus principios del Derecho Penal o los también llamados límites del poder punitivo, desarrolló un modelo teórico y normativo del Derecho Penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial, someténdola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona. En el libro *Garantías y Derecho Penal* de Luigi Ferrajoli tenemos como primera tesis el nexo existente entre garantismo y la justificación externa del Derecho Penal, o sea los fines del derecho penal; orientado a regular y minimizar la

⁵⁹Ibídem.

⁶⁰ Franco LOOR, Ob. Cit., pp. 110

violencia punitiva, donde las garantías se constituyen como fuentes de justificación del derecho penal. Tenemos a las garantías penales sustantivas y a las procesales, las primeras se refieren al principio de legalidad, materialidad, lesividad, y culpabilidad; las segundas se refieren al principio de inocencia y contradictorio, todas estas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva. Una segunda consecuencia, al igual que el rasgo en común que tienen todas las doctrinas de la pena, es buscar una justificación a priori, es decir una prevención del delito y la reeducación del reo. La segunda tesis es el nexo que existe entre garantismo y legitimación de la jurisdicción penal. La pregunta que se hace es la siguiente: ¿cuál es el fundamento democrático de la legitimación del poder punitivo, o sea de la jurisdicción penal? Y se realiza el siguiente análisis, que el término democracia significa poder de la voluntad popular, es decir de la mayoría. Frente a esto pensar que es democrática la legitimación del poder punitivo, o un derecho penal democrático, sería orientado hacia formas de derecho penal máximo, o sea máximamente represivo, carente de límites y garantías; por lo que se llega a la conclusión que la legitimación del poder judicial no es democrático, y como lo ha expresado Norberto Bobbio, la batalla por el garantismo siempre ha sido una batalla de la minoría⁶¹. La tercera tesis es que el garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política del derecho penal.

2.1.3 Concepto de la pena

Según **Giovanni Carmignani** en su obra fundamental “Elemento del Derecho Criminal”; decía que: pena se entiende como el mal que se le impone a un delincuente por causa de un delito. La etimología de esta voz, se deriva de la palabra griega “poini” que significa el perjuicio que se ocasiona a alguien en razón de sus faltas cometidas⁶².

Zaffaroni, dice que el origen etimológico de esta palabra proviene de la voz latina, poena, que tiene como origen la voz griega, poné, que corresponde a venganza. Este autor señala que no es posible determinar el concepto de la pena sin examinar más cercanamente la

⁶¹ Ver más en FERRAJOLI, Luigi, *Garantías y Derecho Penal*, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf>, acceso 17 noviembre 2011

⁶² CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, pp. 115., Cit. Por FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 110, 111.

función política del Derecho Penal, lo que no es factible sin profundizar la idea de Estado Policía y de Estado de Derecho.

Séneca ya establecía en su época, como dice Platón, ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción (quia peccatum est) sino para que no se vuelva a cometer, (ne peccetur); no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado, se evita lo que puede suceder en el futuro. **Beccaria**, en su famosa obra *Dei Delitti e delle pena*, sostenía lo siguiente: *“Para que la pena consiga su efecto es suficiente con que consista en un mal que prime sobre el provecho que reporta el delito, para calcular dicho mal debe tomarse en consideración la certeza de la pena y la pérdida de beneficio que pueda reportar el delito. Lo que exceda de ello es una consecuencia inútil y por lo tanto despótico”*⁶³

Francisco Carrara, fundador de la Escuela Clásica, señala que la pena es un contenido necesario del Derecho; que la pena no es otra cosa que la necesaria sanción de la ley moral jurídica, cuyo fin primario es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. Ante el fin primario mencionado, Carrara señala que el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él, ni en que se atemoricen los ciudadanos, ni que el delincuente purgue su delito, ni en que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias de las penas, o deseables, sin embargo el fin inobjetable es el restablecimiento del orden externo de la sociedad.⁶⁴

Es importante recalcar que el autor Francisco Carrara, precursor de la escuela clásica, que concibe a la pena como una retribución del delito cometido, señala que el fin de la pena es el **RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN EXTERNO DE LA SOCIEDAD**, y que lo demás solo son consecuencias o aspiraciones; es decir que lo importante es mantener un orden, una armonía social, lo cual nos permite embarcarnos a nuevos conceptos y teorías que buscan lograr este restablecimiento del orden externo de la sociedad, como la ya mencionada justicia restaurativa, que pretende lograrlo mediante mecanismos diferentes a los tradicionales.

Edmundo Mezger consideraba que la pena es retribución, esto es una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto). Cuello Calón, nos indica que la pena es la justa retribución del delito

⁶³ FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 112.

⁶⁴ *Ibidem*.

proporcionado a la culpabilidad del reo, esta es su esencia íntima; es decir la pena exige que el mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado y el restablecimiento de la autoridad de la ley, es decir para la realización de justicia. Frente a estas ideas de la retribución de la pena, tenemos al tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, que se opone a esta tesis, y señala que según análisis sociológicos e históricos *“hablar de pena es hablar del dolor humano”*. *“Ni los mas fervientes defensores de la pena como castigo, han podido ni pueden negar que la pena es el instituto humano que más refleja lo que de primitivo y cruel tiene el hombre como individuo y la comunidad social como reunión de hombres”*⁶⁵. Entonces este gran tratadista ecuatoriano señala que la pena como retribución de un delito ha sido utilizado desde la antigüedad, causando gran dolor, que ha servido de objeto de grandes infamias, de ideas de venganza pura y simple de la sociedad, que si bien es cierto ha existido una época de aparente humanización, ha prevalecido el salvajismo. Similar pensamiento lo tiene el gran maestro Luigi Ferrajoli, en su obra *“Derecho y Razón”*, sostiene que el Derecho Penal aun con límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política; desde la antigüedad han existido los castigos más brutales como las ejecuciones capitales y de sus técnicas de ejecución como el ahogamiento, la asfixia en el fango, la lapidación, la rueda, el desmembramiento, la quema en vivo, la caldera, la parrilla, el empalamiento, el emparedamiento, la muerte por hambre, la consunción de la carne con hierro encendido y otras; en los ordenamientos medievales, las hogueras levantadas contra los herejes y las brujas, debido a la intolerancia y superstición religiosa, las torturas, las horcas, los suplicios que han martirizado a Europa todavía en la Edad Moderna hasta el siglo XVIII completo. Según Ferrajoli parece que la fantasía humana, no ha tenido reparo en crear siempre torturas más crueles y salvajes, inclusive en delitos más leves, como el hurto, el adulterio, la estafa, el falso testimonio, la falsificación de monedas, además de las innumerables formas de herejía, felonía, lesa majestad, traición, similares. Actualmente 28 países han abolido la pena de muerte, sin embargo se mantiene en 129 países, entre los cuales están gran parte de los Estados Unidos, la Unión Soviética, y la casi totalidad de los países africanos y asiáticos⁶⁶

Jorge Zavala Baquerizo insiste en que las ideas de retribución de la pena, se encuentra en crisis al igual que el sistema penal, ya que *“ni la pena de muerte- la más grave y definitiva-*

⁶⁵ FRANCO LOOR, Ob. Cit., p. 116

⁶⁶ Ver más en FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 116,117

ni la pena privativa de libertad, han logrado evitar que aumenten los delitos y proliferen a los delincuentes”⁶⁷, es decir que algo está fallando, la sociedad ya no confía en el sistema penal, en los jueces y en los centros de rehabilitación social, pues los resultados son visibles y la delincuencia ha ido en aumento, por lo que es necesario aceptar los cambios y propuestas que se nos presentan frente a lo que conlleva la justicia restaurativa.

2.1.4 Teorías de la pena

2.1.4.1 Teorías Absolutas.- La característica de ésta es que la pena es justa en sí misma, es decir que solo se la aplicaba en razón de que se infringió o se desobedeció la norma; por lo que no persiguen ningún fin político o social. Es la retribución que siempre debe accionar y debe ser equivalente al daño causado por el delito “puniturquia peccatum est”. Para los defensores de las teorías retribucionistas, les resultan incompatibles las teorías preventivas, (las cuales veremos más adelante), ya que la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como un mandato legal, que de forma imperativa obliga a las personas a no delinquir. Roxín creía que estas teorías no tenían fines sociales, ya que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuía la culpabilidad del delincuente.⁶⁸

2.1.4.2 Teorías Relativas.-Las teorías relativas: “Son las que atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga para que no se delinca, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos. Es instrumento de un fin de interés y de utilidad social; es un medio para la seguridad y conservación sociales. La pena es un sistema de lucha contra el crimen. Según estas teorías, el delito se considera sólo como condición y presupuesto de la pena, pero no

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Ver más en DONOSO, Hernán, *Ciencias Penales/ Apuntes de clase*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, pp.131-133

como su fundamento. Por ende, su característica predominante es el fin que se señala a la pena”⁶⁹.

2.1.4.3 Teorías de la Prevención.-Tenemos las teorías de la prevención especial y general, ambas buscan mediante la norma impuesta prevenir que se cometan delitos, la prevención especial es dirigida al individuo y la prevención general a la sociedad. Según Franz von Lisz, la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad mediante el encierro de los delincuentes, intimidándole al autor de un delito mediante la pena y así como su corrección. La teoría preventiva general, al prevenir el delito mediante normas penales, constituye una teoría de amenaza penal, por la acción de su efecto, constituye una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena.⁷⁰

2.1.4.4 Teorías Mixtas.-Estas teorías tratan de conciliar a las radicalmente opuestas, ni la justicia pura, ni la utilidad, sino que sin prescindir de lo uno, se debe buscar la prevención y evitar el vicio o el hábito. Hay quienes creen que es aconsejable suprimir determinados actos tipificados como delitos, y que así disminuyen o desaparecen los actos delincuenciales.

Aparecen tres escuelas: políticas, ascéticas, y jurídicas. Políticas.- consideran al delito como un mal social, que la autoridad pública política debe impedir y por consiguiente frente a esa necesidad de evitar ese daño surge como razón suficiente la legitimidad del castigo. Ascéticas.- esta teoría considera como fundamento o razón de la pena, el daño moral causado, que se debe castigar al haberse cometido un hecho intrínsecamente perverso. Jurídicas.- consideran al delito como una negación del derecho, lo cual impone al autor, al delincuente, un castigo equivalente y el deber a reponerlo⁷¹.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, Filosofía y Ley Penal*, Tomo II, pp. 26 y 27, Cit. Por FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 116,117

⁷⁰ Ver más en FRANCO LOOR, Ob. Cit., pp. 125-128

⁷¹ DONOSO, Velasco, *Ciencias Penales*, Corporación de Estudios y Publicaciones, pp.135 y 136

2.1.4.5 Teoría consensual.-Según Carlos S. Nino: “la pena no es algo que cae sobre sus víctimas como consecuencia de un hecho fortuito o por la acción de terceros sin posibilidad de control por parte de aquellas. Es producto, entre otras cosas, de la voluntad de la persona misma que la sufre. Esto es al menos así cuando se respetan ciertos requerimientos relativos a la conducta y actitudes subjetivas del destinatario de la pena. Cuando la consecuencia jurídica de un acto voluntario ha sido conocida por el agente, podemos decir que él la ha consentido.”⁷²

2.1.4.6 Teoría Víctimo- justificante de la pena.-Esta teoría es preconizada por el profesor argentino Mariano Silvestroni en su obra “Teoría Constitucional del Delito”, en la cual sostiene que no se puede responder a la pregunta sobre la legitimidad de la pena, sin considerar la situación de las víctimas; esta teoría parte de la idea moderna de la nueva Victimología.

2.1.4.7 Teoría Abolicionista Penal.-Comenzó con una tendencia a la abolición a la pena de muerte y luego a la pena de cárcel; hasta la suspensión de todo el sistema penal, para instaurar un sistema de solución de conflictos sobre la base de la pequeña sociedad o comunidad circundante dentro de ella, las tendencias a la destrucción han buscado diversos fundamentos teóricos y políticos⁷³.

Al hacer una pequeña referencia de las diversas teorías de las penas, me parece adecuado indicar que mi criterio a lo largo de este estudio es que la pena es impuesta para que el delincuente no vuelva a cometer un delito, para que sea consciente del daño que ha cometido a una persona en particular y que de esta manera a quebrantado la paz en la sociedad; por lo que es importante que se trate de reparar el daño causado.

⁷² Revista Programma 1 de octubre de 2006, (Debate entre Zaffaroni- Nino), en <http://es.scribd.com/doc/5240013/Revista-Programma-n-1-octubre-2006-debate-Zaffaroni-Nino>, acceso: 9 de octubre de 2011

⁷³ FRANCO LOOR. Ob. cit., p. 134.

Hablar de justicia restaurativa no es hablar de una abolición del sistema penal, como muchos autores lo consideran, refutando los postulados de este tipo de justicia, porque piensan que es una deslegitimación del poder punitivo del Estado o más bien una eliminación de éste poder; cuando la verdad es que el objetivo no es eliminar el sistema penal, sino el buscar alternativas diferentes en éste sistema, acerca de delitos específicos que puedan ser arreglados por este medio, donde la pena no signifique estrictamente la privación de libertad de una persona, ya que perfectamente se pueden establecer sanciones como por ejemplo un trabajo comunitario, reparación a la víctima, etc. Siendo objetivos analicemos el presente caso: un joven comete un delito de robo a mano armada, sin justificar su situación ésta fue su primera vez y debido a necesidad extrema, se le dan dos opciones: la primera y la tradicional cumplir una condena en la cárcel; y la segunda, guiándonos por la justicia restaurativa, mediante un convenio reparatorio, conciliación pre procesal o una mediación penal; llegar a un acuerdo con la víctima y realizar un trabajo comunitario. En el primer caso, el joven que no era un delincuente, y envuelto en sus pésimas circunstancias, es enviado a una cárcel, donde podría empeorar su situación, ya que puede ser víctima de maltratos debido a su falta de experiencia en el medio carcelario, por lo que para tratar de encajar y sobrevivir en este lugar se convertirá quizás en un delincuente más, y cuando salga de prisión, obviamente no saldrá rehabilitado. Al escoger la segunda opción, el trabajo comunitario u otro mecanismo de la justicia restaurativa le ayudará a reivindicarse con la víctima y la sociedad, y el contacto con la comunidad le servirá para enderezar su camino. No es una salida simple o como algunos dirían que no cumple con el fin de la pena, pues la verdad es que si cumple con los fines del Derecho en mantener la paz y armonía de la sociedad, así como los fines del Derecho Penal, de proteger los bienes jurídicos y prevenir a la sociedad; es decir no estaríamos hablando de una abolición del sistema penal, sino de alternativas dentro del sistema, en delitos donde la reparación cubren la “satisfacción” de la pena.

2.1.5 Breves conceptos del derecho procesal penal

En el Manual de Derecho Procesal Penal de Ricardo Vaca Andrade, en el capítulo primero de nociones básicas del derecho procesal penal tenemos lo siguiente: el tratadista Devis Echandia señala que: *“El Derecho Procesal puede definirse como la rama del derecho que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del*

*Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla*⁷⁴.

Julio B. J. Maier, considera que *“El Derecho Procesal Penal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él”*⁷⁵.

MANZINI, dice que *“es aquel conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda en la institución del órgano jurisdiccional y regula la actividad dirigida a la determinación de las condiciones que hacen aplicable en concreto el Derecho Penal sustantivo”*⁷⁶.

Para mi criterio el Derecho Procesal penal es el conjunto de normas mediante el cual se llevará un proceso penal cuyo fin es el esclarecimiento de la verdad de un hecho y determinar la responsabilidad del imputado.

2.1.6 Fines del derecho procesal penal

- 1.- La comprobación de una acción u omisión que constituya delito.
- 2.- La individualización e identificación de todos los responsables de la infracción.
- 3.- El aseguramiento del procesado y de las personas cuya presencia sea necesaria para esclarecimiento de la verdad.
- 4.- El aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos probatorios que fueren necesarios.

⁷⁴ VACA ANDRADE, Ricardo, Manual de Derecho Procesal Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, pp. 5, 6 y 7.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ *Ibíd.*, p.7.

5.- El aseguramiento de bienes suficientes del procesado para cubrir las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.

6.- La condena o absolucióndel procesado penalmente.⁷⁷

2.2 DEBATE SOBRE LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

2.2.1 Corrientes doctrinarias sobre la aplicación de la justicia restaurativa

2.2.1.1 Corrientes que rechazan la justicia restaurativa

Es necesario establecer que existen varias corrientes y criterios que rechazan la aplicación de la justicia restaurativa, por considerar que ésta justicia busca desplazar al derecho penal y al ejercicio punitivo del Estado, por métodos alternativos de soluciones, lo cual como ya he mencionado anteriormente no es así, ya que esta justicia busca conjuntamente con la justicia ordinaria, mejorar el sistema penal del Estado, ya que tenemos muy claro que una abolición del sistema penal no es lo adecuado. Respecto al papel de la víctima, en el libro De los Delitos y las Víctimas, de Julio B. J, Maier en el capítulo “La víctima y el sistema penal”, encontramos lo siguiente:

1.-No se puede decir sin un estudio evolutivo penal que la víctima éste por primera vez en un plano sobresaliente, ya que estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición penal como solución de los conflictos, en el sistema acusatorio privado como forma principal de la persecución penal. La víctima fue desalojada abruptamente desde la inquisición, con la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento.

⁷⁷ *Ibíd*em, pp. 11-16

2.- En la llamada escuela clásica, el sistema penal se transforma en un instrumento de control estatal directo de los súbditos, ya no importaba el daño real producido, o la compensación del statu quo ante el daño causado, simplemente aparecía la pena estatal como un mecanismo de control, como un poder político; en el que la víctima quedaba totalmente relegada. El conflicto se reducía a la relación Estado- súbdito en la traducción procesal, persecución estatal- imputado.

3.- El positivismo criminológico, por intermedio de Ferri, rescató impropriamente la mencionada, ya que incluyó a la víctima y a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho Penal; pero buscando socializar en extremo las instituciones, transformándolas en funciones estatales, es decir que la pena integral comprendía la reparación de los daños, que debía ser perseguida oficialmente, por el Estado, sin consideración al interés de la víctima.

4.- Luego se menciona que la víctima es tomada en cuenta tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Penal. En el primero, se puede demandar una reparación de los daños causados, y en el segundo, tenemos a la acción privada, y en la acción pública al acusador particular.

5.- Por lo anteriormente dicho se conoce que no es un problema actual este desplazamiento de la víctima, sin embargo mediante la victimología, una rama científica independiente, y otras escuelas se busca la despenalización, la solución de los casos penales por medio de instrumentos culturalmente no penales, “(diversión) y hasta llamados, abolicionistas, ciertos autores consideran que no se busca ingresar la reparación al Derecho Penal, sino desplazarlo completamente, reemplazando la pena por otras soluciones, entre ellas la reparación, mecanismos naturalmente distintos al Derecho Penal, por lo cual se distingue estrictamente pena de reparación, y no desean edificar Derecho Penal alguno sobre esta última opción”⁷⁸.

6.- Se señala que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho Procesal Penal, ni del Derecho Penal material, se trata de un problema en el sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca.

⁷⁸ MAIER, Julio, B. J, “*La víctima y el Sistema Penal*” en “De los Delitos y las Víctimas” Ad-Hoc, Bs. As. 1992, pp. 189-191

7.- Existe una estricta separación entre Derecho Privado y el Derecho Penal, conjuntamente con sus dos características: la reparación y la pena; lo cual alerta el sentimiento jurídico conceptual. De todos modos hoy existen modelos casi “privados” en el Derecho Penal (las acciones privadas) y “penales” en el Derecho Privado (la cláusula penal y la reparación del daño moral). Sin embargo el Derecho Penal estatal ha perdido el interés en la llamada delincuencia de bagatela que busca solucionar con medios próximos al Derecho Privado tales como la enmienda reparatoria a favor de la víctima, conciliación, el ejercicio privado de la acción privada.

8.- *“La discusión principal en el Derecho Penal, surge ante la reparación integral sufrida por la víctima, la posibilidad de ser integrada como uno de los fines de la pena, junto con los otros fines reconocidos, o dentro de ellos, el ingreso al catálogo de reacciones del Derecho material, independientemente, como reemplazo o sustituto de las penas tradicionales, como lo son la privación de libertad o la multa, o como privilegio que aminora la reacción establecida, ya dentro del ámbito de la determinación de la pena o en el área de las posibilidades de remisión, total o parcial, de la pena”*⁷⁹.

2.2.1.2 Privatización del derecho penal

Muchos esperan que en un futuro más o menos lejano se produzca una privatización del Derecho Penal, donde la reparación toma el lugar de la pena y desplaza no solo esta acción sino la aplicación de un Derecho Penal, es decir que la composición privada toma el lugar del procedimiento penal. El Prof. Maihofer según el informe de Weigend, señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado un sistema mixto entre la pena y el resarcimiento jurídico-civil del daño que es designada hoy, a menudo como previa al Derecho Penal. En un Derecho Penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser consecuentemente la sanción primaria y la terminación del litigio por contrato expiatorio y por la compensación del daño. Algunas propuestas abolicionistas, pretenden reemplazar el Derecho Penal totalmente por las formas alternativas de soluciones de conflictos.

⁷⁹ MAIER. Julio. B. J, Ob. Cit., PP.191-192

Otras no tan radicales, más pendientes de nuestros tiempos y de lo posiblemente cultural colocan cierta clase de delitos o ciertas penas, fuera de la acción penal cuando logran la composición entre autor y víctima, se habla de una despenalización de ciertos delitos. Las críticas frente a esta propuesta se presentan así: a.- La primera objeción surge al tocar el punto neurálgico del origen del Derecho Penal (estatal), ya que se estaría dejando un plus de injusto sin remediar, precisamente aquel que determinó su ingreso a la persecución pública penal, porque buscaba responder un interés no sólo privado. b.- Un escaso valor de prevención general de la solución, ya que el autor del delito al conocer que devolviendo la cosa intacta o reparando el daño, ya no tendrá una sanción por el delito cometido. c.- Los peligros de llegar a un Derecho autoritario, es otra de las razones que se señalan contra la aplicación de soluciones alternativas al conflicto, ya que dicen que al convertirse la reparación como una pena sería preciso concederle el carácter de una intervención coactiva estatal y ello privaría a la reparación de sus características principales y de su ventaja fundamental frente a la pena. Además que si ya se ha dado un avance en la separación de Derecho Privado y Derecho Penal, con estas medidas se estaría desvirtuando la división trazada entre ambas⁸⁰.

2.2.1.3 Posible solución para la aplicación de la justicia restaurativa

Maier nos plantea, que lo importante sería responder en qué medida es posible acercar pena y reparación, mediante el ingreso de elementos privado en la pena o elementos públicos en la reparación, y si algunos de estos caminos es deseable desde el punto de vista político criminal.

Frente esto tenemos lo siguiente:

La concepción moderada de integración de la reparación al cumplimiento de las funciones del Derecho Penal deja intactos los fines propuestos, en general, para la pena. No se trata en principio que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho Penal, sino que de ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines

⁸⁰ Cf. Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, cit. Por. MAIER, Julio, B. J, Ob. Cit., pp. 195-197

preventivos que se adjudica al Derecho Penal. Desde el punto de vista preventivo- general, el acento no está puesto sobre el afecto disuasorio intimidatorio de la pena, que puede cumplir incluso con mayor propiedad, la pena pecunaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente la necesidad de la pena, en aquellos caso en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual.

Esta solución reparatoria, se enmarca dentro del concepto de prevención integral, como el fin de satisfacción de la conciencia jurídica general ante la quiebra del orden jurídico que cumple la sanción, y que en esos casos debe cumplir la reparación, concepto que viene así a completar los demás efectos que se espera de la prevención general positiva, como fin de la pena y función del Derecho Penal, estabilización del orden jurídico mediante la afirmación de los valores establecidos por él y la ratificación de la confianza en su vigencia práctica. En concreto la reparación, antes bien, la voluntad del autor de reparar y su cumplimiento en la medida de lo posible reemplazaría a la pena o la aminoraría, cuando fuera suficiente para satisfacer la reacción del sentimiento jurídico general frente al delito y para dar por terminado el conflicto entre el autor y la sociedad, por la supuesta quiebra del orden jurídico⁸¹.

Quienes piensan así, presuponen que la punibilidad abstracta del caso general no significa, directamente la obligación de castigar en el caso particular y además como producto de ello, que allí donde se pueda reemplazar en concreto a la pena total o parcialmente por una solución más benigna para el autor, sin significado penal, culturalmente, el carácter subsidiario del Derecho Penal exige esta solución. Este tipo de solución también puede incluir el trabajo de provecho para la comunidad como un tipo de reparación para los delitos que afectan los bienes jurídicos colectivos.

⁸¹ MAIER, Julio, B. J, Ob. Cit., pp. 207-209

Desde el punto de vista de la prevención especial, la reparación se valora positivamente como el mejor esfuerzo del autor por reconocer su injusto y reinsertarse en la comunidad jurídica, a más de superar los peligros del tratamiento, ya que no consiste en la internalización de un modelo y de su sumisión a él, así como la privación de libertad, el etiquetamiento y el deterioro social producido por éste; por lo que la reparación se aleja de la realización coactiva en la mayor medida posible, mientras más espontáneo mayor valor preventivo especial.

Siendo así se mantiene la concepción de la pena estatal y del Derecho penal como forma de control social directo y la reparación sólo puede aspirar a un lugar secundario dentro del sistema, pero por ser secundario no significa que sea menos necesario, al contrario cada vez se vuelve más importante.

La reparación en sentido amplio es una meta racional propuesta como tarea del Derecho Penal, bajo dos condiciones: 1.- Que no sea perjudicial, sino que coopere con los fines propuestos para la pena estatal. 2.- Que no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto.

Ambas se remontan a un sistema vigente, aunque la segunda incluso con mayor antigüedad, pero resulta nuevamente una política racional para no aumentar el poder del Estado; por lo que las vías de ingreso de la reparación al sistema del Derecho Penal, deben ser pensadas cuidadosamente para que no frustren sus objetivos principales como el de auxiliar a la víctima, colaborando en la tarea de restitución, y reducir la violencia de la reacción estatal frente al delito⁸².

El ámbito dentro del cual la reparación puede jugar hoy un papel destacado, se aleja de los delitos graves como por ejemplo homicidios, asesinatos, etc; que conservarían viva la idea

⁸²MAIER, Julio, B. J, Ob. Cit., pp. 209-210

retributiva del castigo, aun integrando criterios preventivos generales-especiales, pues el plus lesivo para la generalidad impide considerar al esfuerzo reparatorio integral del autor como suficiente para restablecer el equilibrio jurídico que reclama un hecho punible. Lo que se pretende es introducir límites racionales a la discusión actual sobre el ingreso de la reparación al sistema del Derecho Penal, para que sea considerado como un INGRESO y no una ABOLICIÓN; no se trata de dificultar las cosas simplemente de mantener límites. Frente a esto lo primero que se debe buscar es que la pena no dificulte más de lo indispensable, la compensación del daño causado, los acuerdos reparatorios y su cumplimiento, para ello se sugiere poner a la reparación delante de la pena, sobre todo antes que la multa. Para esto existen dos caminos:

1.- facilitar la reparación en vías de cumplimiento postergando o concediendo facilidades para el pago de multas o para la privación de libertad

2.- la Reparación llevada a cabo total o parcialmente, se computa para el cumplimiento de la pena. Esto presupone en verdad una decisión política para colocar a la reparación en lugar de la pena total o parcialmente.

a) la reparación como instrumento de la condenación condicional o de la remisión de la pena	Suspensión condicional de la privación de libertad
b) la reparación como causa de exclusión de la pena	Facultativa= prescendencia de la pena
c) la reparación como causa de la extinción de la persecución penal	Facultativa= criterio de oportunidad
d) la reparación como criterio favorable para la determinación de la pena o como	

<p>critorio abstracto de reducción de la escala penal amenazada</p>	
<p>e) la reparación como cómputo para el cumplimiento de la pena</p>	
<p>f) la reparación como causa para conceder beneficios durante la ejecución de la pena (libertad condicional)</p>	
<p>g) la reparación como instrumento a cumplir durante el período de prueba de la suspensión del procedimiento, para acceder a la extinción definitiva de la persecución penal.</p>	

Cuadro N° 2

Fuente: Julio Maier, *La víctima y el Sistema Penal*, en “De los Delitos y las Víctimas” Ad-Hoc, Bs. As. 1992, pp. 189-191

Elaborado por: Dayán Alejandra Argüello Veintimilla

Todas estas vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, a conducir a ellos a la composición del conflicto que se pueda reemplazar o reducir la pena; lo cual será determinado en detalle por la vía legislativa. Los criterios expresados no son manifestaciones de la coacción jurídica en sentido propio, pues estos dependen del principio de la autonomía de la voluntad entre el agente y en menor medida de la víctima, lo cual deja márgenes de espontaneidad de la reparación. De la manera que se pretende introducir la reparación al sistema de Derecho penal, se cumple con el postulado ya mencionado, la autonomía de la voluntad de las partes para que solucionen su conflicto y además privilegia cierto criterio preventivo especial, derivado de

la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas⁸³.

Es importante tener presente que no todo se puede reponer, por ejemplo la vida; por lo que existen otros sustitutos que pueden convenirles a la víctima y al agente, y que satisfagan sus intereses mediante una prestación del todo alejada del daño original; por lo que prevalece la inteligencia de ambos y el acuerdo compensatorio, pudiendo satisfacer en justa medida el interés dañado.

2.2.1.4 La justicia restaurativa y el derecho procesal penal

En lo que respecta al Derecho Procesal Penal, ya no son defendibles las perspectivas que sugieren la expulsión de la víctima de la solución del conflicto social, bajo el justificante de la venganza privada o el procurarse represalias. El primer argumento de esta exclusión de la víctima es precisamente el criterio que fue utilizado en Argentina hace más de cincuenta años y luego se extendió a Costa Rica, para poder excluir a la víctima del procedimiento penal oficial; lo cual ahora en un sistema penal federal es utilizado de manera más conservadora, concediéndole algunos protagonismos a la víctima. El segundo argumento es la estricta separación entre el Derecho Civil y penal: reparación y pena. Sin embargo el único elemento racional para no tolerar la intromisión de la víctima en el procedimiento tiene que ver con la posición del imputado, debilitado ante la incorporación de un nuevo acusador; ya que la intervención del Estado como órgano acusador, el ministerio público, la policía ambos organizados y entrenados para perseguir penalmente, pone en desequilibrio las posiciones, y magnificaría el problema ya existente⁸⁴.

Si bien es necesario conocer las posturas y críticas existentes respecto a que la víctima intervenga en el derecho procesal penal, es cierto también que en nuestro sistema penal

⁸³ Ver más en MAIER, Julio, B. J, Ob. Cit., pp. 210,211

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 214-217

ecuatoriano no entran a debate las mismas, ya que en el procedimiento penal el ofendido no es excluido del proceso, pues en las acciones públicas puede actuar como acusador particular y en las acciones privadas mediante la querrela; lo cual garantiza que el ofendido no sea excluido del procedimiento. Además queda a criterio y voluntad de la víctima intervenir como acusador particular; por lo que frente al tema que venimos tratando como lo es la reparación- la justicia restaurativa- para mi punto de vista no es acorde el criterio de un “desbalance de posiciones” ya que la intención de que la víctima tome un rol importante en el proceso, es precisamente para que se le pueda restaurar el daño causado, y si la víctima accede es porque tiene la intención de solucionar el conflicto mediante una compensación o un acuerdo reparatorio; lo cual en ningún momento perjudicaría al procesado, ya que al contrario el autor del delito se vería beneficiado porque tiene otras alternativas a que se le siga un proceso ordinario.

En el libro *el Proceso Penal y la Justicia Restaurativa* escrito por los autores Fabio David Bernal Suárez y María Idali Molina Guerrero, en la justificación del tema señalan que “se debe pensar en el desarrollo de un esquema alternativo al sistema penal tradicional, porque en la Constitución Política, aun cuando se concibe la administración de justicia como una función pública a cargo del Estado, también puede considerarse que si la realización de la justicia en los ciudadanos constituye un valor esencial, propio de la concepción “Estado social de derecho” debe darse la bienvenida a espacios sociales, para que las partes participen activamente, porque no toda solución del conflicto se debe reducir a una pena como medio para el fin”⁸⁵.

2.2.2 Conclusiones

Al terminar este capítulo resumo en un cuadro los fines del derecho penal, del derecho procesal penal y de la pena; explicando una vez más que pese a que existen teorías que doctrinariamente no aceptan la aplicación de la justicia restaurativa, existe una alternativa y solución que no va en contra del sistema penal como sostienen algunos:

⁸⁵ BERNAL SUÁREZ, Fabio David y MOLINA GUERRERO, María Idali, *Proceso Penal y la Justicia Restaurativa*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010

FINES DEL DERECHO PENAL				
Protección de los bienes jurídicos	Prevención general	Control social	Ético –social	Garantía de la identidad normativa de la sociedad
FINES DEL DERECHO PROCESAL PENAL				
Comprobación de una acción u omisión que constituya delito.				
Individualización e identificación de todos los responsables de la infracción.				
Aseguramiento del procesado y de las personas cuya presencia sea necesaria para esclarecimiento de la verdad.				
Aseguramiento del objeto material de la infracción y de los elementos probatorios que fueren necesarios.				
Aseguramiento de bienes suficientes del procesado para cubrir las indemnizaciones civiles, las penas pecuniarias y el valor de las costas procesales.				
La condena o absolución del procesado penalmente.				
FINES DE LA PENA				
Teorías absolutas	Teorías relativas	Teorías mixtas	Teorías preventivas	Teoría consensual
JUSTICIA RESTAURATIVA				
Reparación= > Forma Preventiva				

Cuadro N° 3
Elaborado por: Dayán Alejandra Argüello Veintimilla

CONCLUSIONES

- 1- La justicia restaurativa es básicamente la reparación a la víctima frente al daño causado. Como se cito anteriormente No se trata en principio que la reparación describa otra función o tarea propuesta para el Derecho Penal, sino que de ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al Derecho Penal. Desde el punto de vista preventivo- general, el acento no está puesto sobre el afecto disuasorio intimidatorio de la pena, que puede cumplir incluso con mayor propiedad, la pena pecunaria, sino sobre la posibilidad de que la reparación libere, total o parcialmente la necesidad de la pena, en aquellos caso en los cuales la conducta posterior del autor, dirigida a reparar el daño producido, satisface aquel plus de afectación de la generalidad, que todo delito hoy contiene, según la concepción cultural actual.
- 2- Si la reparación es vista como una forma de prevención, concuerda perfectamente con los fines del Derecho Penal y los fines de la pena.

CAPÍTULO III

3. APLICABILIDAD DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1.1 DESARROLLO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN OTROS PAÍSES.

3.1.1 Esquema restaurador

Un proceso penal regularmente tiene como objeto de trabajo esencial la imputación de una conducta de modo que si no se encuentra el autor penalmente responsable no procede la reparación por esta vía.

El Derecho restaurador de las víctimas puede ser considerado como singular consecuencia de la pena, como es la asunción de algunos doctrinarios, tales como Roxin, porque sí no responde a las categorías sustantivas sin duda que terminaría como un finalidad secundaria, pero se insiste que la reparación debe ser el fin sobresaliente del Derecho Penal, no un carácter accesorio, así lo cita W. Hassemer: *“No me opongo a una modernización del Derecho Penal en el sentido de su acomodación a una nueva moral o a la presentación de nuevos peligros. A lo que me opongo es a una complementación ciega de nuestros instrumentos para la resolución de problemas, solo porque, en términos comparativos, el Derecho penal resulta más barato, en el caso concreto supone una respuesta dura, y en lo que se refiere al problema en su globalidad, promete cierta eficacia. Lo que defiende es una actitud crítica y vigilante... La pena podrá conservar vivo su sentido siempre que el Derecho penal no degenera hasta convertirse en el marco decorativo de la solución global de un problema”*⁸⁶.

⁸⁶BERNAL, Suárez, Fabio David y MOLINA, Guerrero, María Idali, *Proceso Penal y Justicia Restaurativa*, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2010, pp. 184-187

3.1.1.1 Características del esquema restaurador

Al encontrarme en el capítulo final de mi trabajo investigativo, señalaré algunas de las características esenciales del esquema restaurador, determinadas en el libro Proceso Penal y Justicia Restaurativa de Fabio Bernal y María Idali Molina:

1- Fortalece la pertenencia al sistema democrático

Al intervenir los ciudadanos en asuntos propios data de sentido el reconocimiento constitucional como adultos y responsables de sí mismos y ante los demás, es decir que al poder ser partes fundamentales en la solución de conflictos, como por ejemplo en la mediación, están participando activamente del sistema.

2- Alternativa más reparadora que sancionadora

La finalidad del sistema es prever la intervención penal innecesaria, buscando que las partes lleguen a un acuerdo reparador, claro está que no se desplaza al sistema penal, sino que la acción reparadora se asume como una tercera forma de reacción penal, o consecuencia jurídico-penal del delito, como sanción autónoma al lado de la pena y de la medida de seguridad, o “tercera vía” según el planteamiento de Roxin, que dice que las medidas restauradoras pueden ser utilizadas como previsión de la atenuación de la pena, potenciar la suspensión de la privación de libertad, renuncia de la formulación de cargos por parte del fiscal, y que el Estado asuma una responsabilidad subsidiaria en segundo grado.

3- Evitar la revictimización

“Las formas de que se vale el sistema de justicia penal, priorizando la persecución del autor del delito para imponerle una pena, convierte a los actores del conflicto, víctimas y victimarios, en un pretexto de su funcionamiento (del sistema), se les motiva diciendo hacer respetar los derechos de los ciudadanos, pero en esa pretensión, los olvida, los restringe y no los deja participar activamente y al final, deben soportar un nuevo sometimiento, que se matiza con el principio de la seguridad jurídica, por la vigencia del poder sancionador que se actualiza con cada sentencia condenatoria de trascendencia estadística. Un esquema de encuentro con el respaldo social, generará la confianza del ciudadano en que no

podrá ser nuevamente sometido, sino ayudado, se le motivará para ser consciente de sus derechos y del respeto a los otros”⁸⁷

4- Es de naturaleza preventiva para acceder al sistema jurisdiccional formal

Este se refiere a la capacidad de decisión y consenso de las partes, las cuales pueden llegar a un acuerdo, hasta resolver de manera definitiva el conflicto, evitando iniciar un proceso penal; pues lo que se pretende es solucionar los conflictos como seres socialmente autónomos, libres de la imposición judicial, ya que debido al decantamiento que ha venido teniendo el proceso penal, debe ser la última instancia de intervención social formal y no la primera como es la usual.

5- La justicia no será retributiva sino restaurativa

Lo que se busca es volver a la vigencia de los derechos existentes antes del momento del conflicto, no se trata de sancionar, lo fundamental es examinar las formas para retornar al estado anterior de las cosas o prevenir del mejor modo la trascendencia del efecto dañoso de la acción. Debe abandonarse la preponderancia de la pena, si por otros modos se puede llegar a una solución, ya que el ideal es restablecer el derecho o reparar el daño, tornando sus actores a la convivencia y la paz social.

3.1.2 Ejemplos de países que han instaurado la justicia restaurativa

3.1.2.1 Caso colombiano

En la justicia Colombiana, en principio aparece la intervención de la conciliación en materia laboral, para el tratamiento de los conflictos colectivos de trabajo, (Ley 120 de 1921), como un mecanismo importante que podían utilizar los sujetos procesales para llegar a un acuerdo. En el procedimiento civil se estableció como una fase del procedimiento verbal con el carácter de mecanismo obligatorio (Decretos 1400 y 1970 art. 445 modificados pro el Decreto 2282 y 1989). Por remisión integradora en materias como

⁸⁷ BERNAL, Suárez, Fabio David y MOLINA, Guerrero, María Idali, Ob.cit., pp. 186 y 187

el derecho de familia, derecho agrario, con el ánimo de abreviar los procedimientos, formalidad de la que se comentaba como un instrumento eficaz de la economía procesal. La Ley 23 de 1991 y el Decreto 2651 del mismo año autorizó la creación de los centros de conciliación para que las partes acudieran ante los conciliadores en equidad, se reguló el procedimiento para actuar ante el mismo juez, “para solucionar la crisis del Estado distribuidor de justicia”, una ley aplicable a todos los procedimientos, para descongestionar la justicia⁸⁸.

La justicia reparadora, es entendida como un proceso donde las partes involucradas en un conflicto originado por la comisión de un delito, resuelven colectivamente solucionarlo tratando las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro. En ese proceso participan necesariamente: las víctimas, los victimarios y la comunidad⁸⁹. La Ley 906 de 2004 expidió el nuevo y actual Código de Procedimiento Penal colombiano, el cual desarrolla un capítulo sobre la justicia restaurativa, estableciendo sus definiciones, reglas generales, condiciones para la remisión de programas de justicia restaurativa, mecanismos. La conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, como mecanismos de la justicia restaurativa desarrollados cada uno respectivamente:

3.1.2.2 Código de Procedimiento Penal colombiano

En el libro VI: JUSTICIA RESTAURATIVA, CAPITULO I:

Artículo 518. Definiciones. 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.

⁸⁸BERNAL, Suárez, Fabio David y MOLINA, Guerrero, María Idali, Ob. Cit., pp. 105 y 106.

⁸⁹MÁRQUEZ, CÁRDENAS, Álvaro, La Justicia Restaurativa versus la Justicia Retributiva en el contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, 2007, en <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, acceso. 7 de noviembre de 2011.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.
3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Artículo 520. Condiciones para la remisión a los programas de justicia Restaurativa. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.
2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

Artículo 521. Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

En el CAPITULO II: Conciliación preprocesal

Artículo 522. La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

La conciliación se ceñirá, en lo pertinente, a lo establecido en la Ley 640 de 2001.

En el CAPITULO III: Mediación

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se

expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

Artículo 525. Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, proceda a designar el mediador.

En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

Artículo 526. Efectos de la mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación. Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa⁹⁰.

3.1.3 Diferencias entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa

La justicia retributiva es la que existe en la justicia penal, y la que seguirá existiendo y 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. Es el legislador quien mide el castigo que el criminal debe compensar, sobre toda a la sociedad, por lo el infractor hizo a un miembro de la comunidad. En esta justicia el delito es un problema entre el Estado y el delincuente, sin en que ella la víctima, su familia o la comunidad puedan participar activamente aún cuando puedan estar interesados en la búsqueda de la solución generada con el delito. El planteamiento entre justicia retributiva más propia de procedimiento inquisitivo y la justicia reparadora que se reacomoda mejor en un proceso penal de tendencia acusatoria, se puede diferenciar en los siguientes aspectos⁹¹:

JUSTICIA RETRIBUTIVA	JUSTICIA RESTAURATIVA
El crimen es visto como una transgresión a las leyes.	Reconoce que los infractores dañan a las víctimas, a las comunidades y a ellos mismos.

⁹⁰CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA, publicado en el Diario Oficial No. 45.658, el 1 de septiembre de 2004, Ley 906 de 2004 de Colombia, en

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>, acceso: 7 de noviembre de 2011

⁹¹MÁRQUEZ, CÁRDENAS, Álvaro, La Justicia Restaurativa versus la Justicia Retributiva en el contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, 2007, en <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, acceso. 7 de noviembre de 2011.

<p>Otorga protagonismo al Estado y al infractor.</p>	<p>Involucra a más partes, como a las víctimas y la comunidad.</p>
<p>Este tipo de justicia mide el éxito en cuanto pena se impuso al delincuente.</p>	<p>Mide el éxito en cuantos daños fueron reparados o prevenidos.</p>
<p>Su discurso principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar que le produjo a la víctima o a la sociedad, es decir se identifica con la venganza; en segundo plano busca la no repetición o prevención y la reparación a las víctimas.</p>	<p>Al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no la venganza. Se ha comprobado que la privación de libertad ha fracasado en cuanto a la rehabilitación del delincuente.</p>
<p>Tiende a estigmatizar a las personas, marcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa.</p>	<p>El enfoque es reintegrativo, ya que permite que el delincuente rectifique y se quite la etiqueta de delincuente. Esto a través de las prácticas restaurativas que brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas se reúnan para compartir sus sentimientos, y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El Derecho se vuelve más humanitario.</p>
<p>El crimen es visto como una ofensa contra el Estado.</p>	<p>Recupera el foco de que la principal ofensa es en contra de la víctima y la familia de la víctima. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución; los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones; y la comunidad debe estar involucrada en el</p>

	proceso de prevención, confrontación, procesos de monitoreo y moverse hacia delante para la sanación.
Se limita a definir al crimen como una violación a la norma.	Reconoce que el crimen hiere a la víctima, a la comunidad y al mismo infractor.
	Involucra a mayor número de actores en la resolución del crimen como la víctima y la comunidad.
	Tiene una visión más amplia del hecho punible, ya que no se dedica exclusivamente a la defensa del crimen, por que analiza la situación de las víctimas, del infractor y de la comunidad para buscar la mejor solución al problema. Involucrando, al agresor de la ley, al Estado, a la víctima y a la sociedad ⁹² .

Cuadro N° 4

Elaborado por: Dayán Alejandra Argüello Veintimilla

La aplicación de la justicia restaurativa permitirá utilizar de modo más eficiente el sistema de justicia penal, concentrando sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y contribuyen así a reducir la población de las cárceles aliviando el hacinamiento y, por consiguiente, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles. Al permitir a los delincuentes que permanezcan con sus familias y continúen sus actividades sociales y profesionales, se ayudaría al delincuente a readaptarse a la sociedad. Por su parte, en un sistema de justicia restaurativa la víctima, como quedo regulado en nuevo sistema

⁹² MÁRQUEZ, CÁRDENAS, Álvaro, La Justicia Restaurativa versus la Justicia Retributiva en el contexto del Sistema Procesal de Tendencia Acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, 2007, en <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, acceso. 7 de noviembre de 2011.

acusatorio, será la gran protagonista, que va participar activamente en la solución del conflicto pena⁹³.

3.2 REALIDAD ECUATORIANA Y LA APLICACIÓN DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN NUESTRO SISTEMA PENAL ECUATORIANO

3.2.1 La justicia y la congestión en el sistema penal ecuatoriano

Este sector lamentablemente no goza de la confianza ciudadana, más bien existe un escepticismo hacia su obrar y resultados. Hay una pérdida cada vez mayor de legitimidad del sistema judicial, pues no solamente ha disminuido su capacidad para constituirse en el referente de un orden de derecho, sino que con su eficiencia cada vez más limitada tiende a agravar la situación del país⁹⁴.

Según Jaime Vintimilla Saldaña en su libro *Los Métodos alternativos de manejo de conflictos y la Justicia Comunitaria* nos dice: que existe la percepción de que la justicia esta desprestigiada, por lo que surge la necesidad ineludible de hacer algo para reorientarla en beneficio de los ciudadanos; ya que la administración de justicia en el Ecuador ha sido generalmente lenta, atrasada y costosa; y además las soluciones que ofrece se presentan como disfuncionales para satisfacer las necesidades inmediatas de la población. Frente a esta situación y buscando ayudar a descongestionar el sistema saturado de la administración de justicia, han surgido los denominados Medios Alternativos de solución o manejo de conflictos, como una posibilidad cierta para que los jueces, únicamente atiendan aquellos casos que merecen ser procesados vía litigio y las partes en conflicto, a su vez, puedan solucionar sus diferencia al menor costo y con mayor celeridad y certeza⁹⁵.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Cfr. CEPLAES, Estudio de los Centros de Atención legal desde la Sociedad Civil en casos penales y otros, Fundación Esquel- USAID, Fondo "Justicia y Sociedad", Red de Justicia Quito, 2001, página 16, cit. Por VINTIMILLA, Jaime y Andrade Santiago, *Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria*, Cides, 2005, pp. 5 y 6.

⁹⁵ VINTIMILLA, Saldaña, Jaime, *Los Métodos alternativos de manejo de conflictos y la Justicia Comunitaria*, CIDES, Unión Europea, 2005, pp.8 y 9

3.2.2 Derecho penal mínimo

Se ha determinado que es utópica la posibilidad de abolir en este momento histórico el Derecho Penal y el sistema penal, se reconoce que códigos como el vigente en nuestro país, tutelan ciertos y determinados valores que no responden a los intereses de las mayorías, aunque la cobertura ideológica se mantiene frente a los delitos que tradicionalmente han sido considerados como los pioneros en la tutela penal, como homicidios, violaciones, asesinatos, delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado, etc. La propuesta de un Derecho Penal mínimo implica encontrar sistemas de controles más informales y al mismo tiempo menos penales; las bases de éste exigen recurrir a las cárceles como una necesidad mínima y no como una respuesta inmediata. Hay que robustecer las garantías penales y procesales como mecanismos de defensa en un sistema penal democrático ya que la seguridad y la libertad de los ciudadanos no solo se ven amenazadas por los delitos sino por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos, por los controles de policías arbitrarios e invasores. Lo que nos invita a reflexionar si las violencias rotuladas como justicia penal, a través de la historia de la humanidad, ha representado más justicia y dolor que la suma de los delitos cometidos. Si se quiere defender la vigencia del Derecho Penal, se necesita que en el sistema de administración de justicia se respete el garantismo penal y procesal penal, sustancial y no formalmente.⁹⁶

3.2.3 Es posible incorporar este nuevo método de justicia restaurativa en nuestro código de procedimiento penal ecuatoriano?

En el año 2009 se instauraron reformas al Código de Procedimiento Penal, en el cual se introdujeron métodos alternativos como la conversión de acciones, los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional de procedimiento (artículo 37 CPP), y la posibilidad que en los delitos de acción privada en audiencia de conciliación, exista un amigable componedor (artículo 373 CPP)⁹⁷. Sin embargo el Doctor Giovani Criollo Mayorga insiste que estos son actos de negociación y no de mediación, puesto que esta última, *“desde el punto de vista jurídico consiste en un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio de cual las partes en disputa, asistidos por un tercero neutral*

⁹⁶ ZAMBRANO, Alfonso, Manual de Derecho Penal, Parte General, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, pp. 459-461

⁹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, RO -S 360: 13-ENE-2000.

llamado mediador, buscan de común acuerdo una solución, eventual no obligatoria, a sus diferencias”⁹⁸

El contar con estos métodos es un gran avance en el sistema penal de nuestro país, sin embargo podemos mejorarlo e impulsarlo para cumplir con todas las metas planteadas en este trabajo. Analizaremos:

1.- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO DE GARANTÍAS PENALES DEL ECUADOR POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO HUMANOS (2009)

2.- ANTEPROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DEL ECUADOR-ASAMBLEA NACIONAL (2011)

3.2.3.1 Anteproyecto de código de garantías penales del Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2009

Respondiendo a la pregunta planteada en esta parte del trabajo, puedo decir que en base a lo analizado e investigado, SI, es posible integrar un sistema de justicia restaurativa en nuestro sistema penal ecuatoriano, ya que contamos con ciertos métodos ya instaurados que podrían verse como parte de la justicia restaurativa, en los cuales la víctima y procesado son quienes solucionan el conflicto. Como antecedentes tenemos que en el año 2009 se presentó el Anteproyecto de Código de Garantías Penales del Ecuador por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que contenía en un mismo libro Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Respecto a la justicia restaurativa, sobre la reparación integral dice lo siguiente: “La figura de reparación integral, que es una institución propia del derecho constitucional y que no hay razón para que no exista en el ámbito penal. Si hay un daño, y el responsable se encuentra identificado, tiene que reparar, este es un principio básico del derecho. Este elemento era inconcebible en el derecho clásico: la justicia restauradora. De alguna manera se podría afirmar que algunas categorías del derecho civil se integran de manera más evidente al derecho penal. **El objetivo no es mezclar dos áreas de derecho que, desde una perspectiva clásica son irreconciliables, sino evitar la**

⁹⁸ CRIOLLO, Mayorga, Giovanni, Mediación Penal, en http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6104:mediacion-penal&catid=26:arbitraje-y-mediacion&Itemid=420, acceso: 15 de noviembre 2011.

severidad del derecho penal y procurar que las soluciones jurídicas sean más eficaces y menos dolorosas”.⁹⁹

Este Anteproyecto consta de tres libros: *LA INFRACCIÓN PENAL, EL PROCESO Y LA EJECUCIÓN PENAL*.

En el Libro I, La Infracción Penal, Título II, Las Penas, Capítulo IV, Reparación Integral se señala que las clases de la reparación integral comprenden:

- 1.- el restablecimiento del derecho lesionado al estado anterior a la comisión punible
- 2.- la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados
- 3.- la rehabilitación, a través de la prestación de servicios idóneos a la víctima tales como médicos, apoyo social o familiar, psicológico o psiquiátrico.
- 4.- la satisfacción en función de las necesidades de la víctima, tales como medidas de reconocimiento, disculpas públicas o publicación de la sentencia por medios distintos a los ordinarios.
- 5.- Garantía de no repetición para prevenir que la víctima sufra lesiones a sus derechos similares a los sufridos por el cometimiento de la infracción¹⁰⁰.

⁹⁹ Anteproyecto de Código de Garantías Penales, la constitucionalización del Derecho Penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, coordinador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, subsecretaría de desarrollo normativo, 2009, p. 53.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 116

COMENTARIO

En esta parte podemos ver que la reparación integral engloba: víctima, comunidad y delincuente. Es decir se toman en cuenta estas tres partes que siempre han sido importantes, pero que han sido olvidadas; ya que solo con la debida reparación a la víctima y comunidad, así como rehabilitación integral del que delinque, podemos mejorar el funcionamiento del sistema penal en el Ecuador.

En el Libro II, El Proceso, Título VII, Procedimientos, Capítulo II, Mediación Penal, se establece que la mediación penal se regirá por las siguientes reglas:

- 1.- La Fiscalía General del Estado llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se apruebe la mediación. El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa a la persona procesada.
- 2.- Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los participantes procesales podrá solicitar al otro someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia de juicio.
- 3.- La jueza o juez podrá promover la solución del conflicto a través de la mediación, en los siguientes casos:
 - a) la infracción es leve o levísima
 - b) si la comisión de un delito afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial.
 - c) si se tratare de delitos culposos.
- 4.- La mediación penal estará a cargo de mediadores acreditados por el Consejo de la Judicatura, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos para ser jueza o juez de primer nivel y a quienes la Escuela

Judicial haya acreditado la calidad de mediadores, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial.

5.- El Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, publicidad, y registro previstas en este Código.

6.- En caso de que la mediación no proceda las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno.

7.- El acuerdo al que se llegue en la mediación tendrá los mismos efectos que una sentencia¹⁰¹.

COMENTARIO

Se señalan las reglas generales de la mediación penal, que los mediadores deberán ser acreditados por el Consejo de la Judicatura, así como los lugares donde se llevarán a cabo estas audiencias. Además los casos en que procede la mediación penal: a) si la infracción es leve o levísima, b) si la comisión de un delito afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, c) si se tratare de delitos culposos. Finalmente se establece que en caso de que la mediación no proceda no tendrán valor probatorio las declaraciones y testigos vertidas en ésta.

3.2.3.2 Anteproyecto de Código Orgánico Integral Penal del Ecuador- Asamblea Nacional 2011

Ahora analizaremos el anteproyecto de Código presentado por la Asamblea Nacional a finales del año 2011. Es evidente que éste se derivo del Anteproyecto de Código de Garantías Penales presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2009, estudiado anteriormente; pues es similar en su mayoría, aunque algunos temas han sido

¹⁰¹ Anteproyecto de Código de Garantías Penales, Ob. Cit. P. 305

ampliamente detallados, y otros no han sido abordados. Sin embargo el objetivo es el mismo, mejorar el sistema penal ecuatoriano, como se señala en la exposición de motivos: “*incorporar los desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales que se han producido en el mundo jurídico contemporáneo, como mecanismos estratégicos para promover una nueva cultura penal protectora de los derechos humanos y el fortalecimiento de la justicia penal existente*”¹⁰². Respecto a la justicia restaurativa tenemos lo siguiente:

1.- Debe existir una reparación integral para el ofendido o víctima, es decir no solo en el marco indemnizatorio, sino en:

a) el restablecimiento del daño causado, b) la satisfacción de necesidades, entre otras, que garanticen la reivindicación de sus metas, c) el restablecimiento de la verdad, d) retornar las cosas a su estado anterior dentro de lo posible, e) promover su desarrollo en el plano personal, familiar y social¹⁰³

2.- Se incorpora la mediación penal como alternativa de solución de conflictos, básicamente es lo mismo que lo mencionado en el Anteproyecto del Código de Garantías Penales 2009

La Mediación Penal procederá en los siguientes casos

- 1. Si la infracción es leve;*
- 2. Si la infracción no implica vulneración o perjuicio a intereses del Estado o colectivos;*
- 3. Si la comisión de la infracción afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial particular;*
- 4. Si la persona procesada no ha sido sentenciada anteriormente por la comisión de otras infracciones relacionadas con los numerales anteriores; y,*

¹⁰²Anteproyecto de Código Orgánico Integral Penal del Ecuador- Asamblea Nacional 2011

¹⁰³Ibídem.

5. Si existe el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida y la aceptación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada¹⁰⁴.

COMENTARIO

Se señala que solo las infracciones leves podrán resolverse por mediación penal, En el artículo 6 de este proyecto se establece la clasificación de las infracciones, **describiendo a las infracciones penales leves, como las sancionadas con privación de libertad de seis meses a cinco años.**

Respecto al resto de requisitos que se deben cumplir para que proceda la mediación penal, me parece totalmente lógico, pues en el desarrollo de este trabajo investigativo establecimos que este tipo de justicia restaurativa, por ejemplo la mediación penal como alternativa de solución de los conflictos se iba a aplicar a delitos leves o de menor gravedad, como lo son el hurto, el robo, etc. También se dijo que esto no significa que sea una justicia de pequeñas causas, o delitos cometidos por menores, o procedimientos abreviados, **sino una visión y una posición radical y diferente del derecho penal tradicional.**

3.- Se establecen reglas generales sobre la mediación penal:

a) Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas o personas ofendidas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los sujetos procesales podrá solicitar a la otra someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia preparatoria de juicio. El Fiscal remitirá el pedido de mediación a un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura;

¹⁰⁴ *Ibídem.*

- b) En caso de que dentro de la mediación no se alcanzare ningún acuerdo, las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno;
- c) El acuerdo al que se llegue en la mediación deberá incluir reparación a la víctima y tendrá los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada;
- d) El Consejo de la Judicatura llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos que se sometan a mediación y los resultados de la misma;
- e) La jueza o juez de garantías penales podrá promover la solución del conflicto a través de la mediación de conformidad a estas reglas;
- f) La mediación penal estará a cargo de mediadores acreditados por el Consejo de la Judicatura de acuerdo a las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos por el Consejo de la Judicatura;
- g) El Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, voluntariedad, confidencialidad y registro previstas en este Código; y,
- h) Para la ejecución de los acuerdos se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁰⁵.

COMENTARIO

El Anteproyecto 2011 ha desarrollado el tema de mejor manera que el Anteproyecto 2009. En el Anteproyecto 2011, la mediación penal procederá cuando: 1) el delito sea leve 2) el delito que NO implica vulneración o perjuicio al Estado, 3) el delito que afecte bienes jurídicos patrimoniales particulares 4) cuando no haya reincidencia de los delitos señalados en los numerales anteriores 5) debe existir consentimiento libre, y aceptación

¹⁰⁵bídem.

expresa, libre y voluntaria de las partes. Mientras que en el Anteproyecto 2009 presentado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dice que la mediación procederá cuando; 1) el delito sea leve o levísimo, 2) cuando afecte a bienes patrimoniales y 3) delitos culposos.

Es obvio que es mejor el Anteproyecto 2011, sin embargo se podría incorporar a los delitos levísimos y culposos, ya que si los delitos leves son tratados por esta vía, los anteriores siendo de menor gravedad deberían tener el mismo tratamiento. En el artículo 6 del Anteproyecto 2011, se señala que las infracciones levísimas, de primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima clases, son infracciones penales sancionadas con privación de libertad de hasta seis meses, penas no privativas de libertad o penas pecuniarias; y las infracciones culposas, cuando el acontecimiento pudiendo ser previsto pero no querido por la persona infractora se ejecuta por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la normativa vigente.

4.- En el TITULO XI DEL JUZGAMIENTO DE ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL, se habla que uno de los principios que debe regir el juzgamiento de adolescente en conflicto penal, es la justicia restaurativa

Principio de Justicia Restaurativa.- En el juzgamiento de las y los adolescentes por el cometimiento de infracciones penales, se procurará la reparación integral de la víctima aplicando el principio de justicia restaurativa, entendido como todo proceso en el que la víctima, la o el adolescente y su padre, madre, o ambos, o representante legal, o responsable de su cuidado, participan conjuntamente, en forma activa y en busca de un resultado restaurativo sobre las cuestiones derivadas de la conducta típica. El resultado restaurativo, tiene como presupuesto un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades

individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima u ofendido y de la o el adolescente en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad¹⁰⁶.

COMENTARIO

La justicia restaurativa es uno de los principios que se plantea que rija en el juzgamiento de adolescentes, pero frente a lo estudiado, es obvio que no solo es aplicable para delitos de menores. Creo que el legislador al haber incluido el principio de justicia restaurativa en este parte de adolescentes infractores, y no al comienzo del Código como debería haberlo hecho, cometió un error, ya que es claro que la intención y los objetivos de este nuevo ANTEPROYECTO INTEGRAL 2011, es justamente incorporar la reparación integral y la justicia restaurativa como uno de los principios básicos; además al haber incorporado la mediación penal como método de solución de conflictos para delitos que no son específicamente de menores o los llamados adolescentes infractores, es claro que se está aplicando conceptos y mecanismos de justicia restaurativa en delitos que no son de menores infractores.

¹⁰⁶ Anteproyecto de Código de Garantías Penales del Ecuador- Asamblea Nacional 2011

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Propuesta de reforma al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano

Al haber analizado el Código de Procedimiento Penal Colombiano, el Anteproyecto del Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador y el Proyecto de Código Integral Penal del Ecuador, considero que podría ser beneficioso para el sistema penal ecuatoriano tener un Código Integral que contenga el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código de Ejecución de Penas; como lo plantean el Anteproyecto del 2009 y el Proyecto del 2011, y así poder tener una unificación de todas estas leyes, sin embargo basándome en mi tema, podría realizarse simplemente una reforma al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano que contenga lo que es la justicia restaurativa y sus mecanismos. Siendo así planteo el siguiente modelo de reforma realizado por mí persona, que es una composición de todo lo estudiado anteriormente:

1.- De acuerdo a nuestra realidad ecuatoriana y al actual CPP, se incorpora un nuevo capítulo en el TITULO II del LIBRO I:

LIBRO I PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

TÍTULO II LA ACCIÓN PENAL

CAPÍTULO I REGLAS GENERALES

CAPÍTULO II JUSTICIA RESTAURATIVA

CAPÍTULO III LA DENUNCIA

CAPÍTULO IV ACUSACIÓN PARTICULAR

2.- El Código de Procedimiento penal, en las reformas del 2009, incorporó los acuerdos reparatorios, los cuales son vistos como un tipo de justicia restaurativa, ya que son acuerdos entre procesado y ofendido que conjuntamente presentan el escrito al fiscal

que será remitido al juez, quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, y todo lo demás señalado en el artículo innumerado luego del art. 37 que trata de la conversión.

En la definición de justicia restaurativa, dice que: *.- Es 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 y reparación integral con o sin la participación de un facilitador. Resultado restaurativo es el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes.* Lo resaltado en negrilla “con o sin la participación de un facilitador”, nos permite incluir a los acuerdos reparatorios como un mecanismo de justicia restaurativa SIN participación de un facilitador o de un tercero.

3.- Para una mejor presentación de este Código sugiero que los acuerdos reparatorios se trasladen al capítulo de justicia restaurativa; ya que son alternativas diferentes a la justicia ordinaria, que se encasillan de mejor manera en la justicia restaurativa por los fines que persiguen. La conversión, establece que las acciones por delito de acción pública puedan ser transformadas en acciones privadas, a pedido del **ofendido...**, por lo que claramente no es un acuerdo entre ofendido y procesado. Además algunos autores¹⁰⁷ dicen que la conversión puede verse como una forma de estafa hacia el procesado, ya que claramente se señala que sí procede la conversión de la acción, de existir medidas cautelares sobre el procesado deberán ser retiradas.

4.- Después de las anteriores explicaciones, mi proyecto de reforma es el siguiente, (Lo resaltado son los cambios propuestos al Código de Procedimiento Penal ecuatoriano):

¹⁰⁷ HIDALGO, Huerta, Juan José, Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Crítica al modelo del proceso penal, [en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_justicia_retributiva.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_justicia_retributiva.pdf), acceso, 10 de noviembre 2011

LIBRO I

...

TÍTULO II

LA ACCIÓN PENAL

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

CAPÍTULO II

JUSTICIA RESTAURATIVA

* **Art.-Justicia Restaurativa.-** Es 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 y reparación integral con o sin la participación de un facilitador. Resultado restaurativo es el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes.

La reparación integral busca:

- 1.- el restablecimiento del derecho lesionado al estado anterior a la comisión punible
- 2.- la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados
- 3.- la rehabilitación, a través de la prestación de servicios idóneos a la víctima tales como médicos, apoyos sociales o familiares, psicológicos o psiquiátricos.
- 4.- la satisfacción en función de las necesidades de la víctima, tales como medidas de reconocimiento, disculpas públicas o publicación de la sentencia por medios distintos a los ordinarios.
- 5.- Garantía de no repetición para prevenir que la víctima sufra lesiones a sus derechos similares a los sufridos por el cometimiento de la infracción

*** Art.- Acuerdos de Reparación.-**Excepto en los delitos en los que no cabe conversión señalado en el artículo 37, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al Juez de Garantías Penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo sólo procederá cuando el Juez de Garantías Penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los Jueces de Garantías Penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia¹⁰⁸.

*** Art.- Mediación Penal.-** Es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

¹⁰⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, RO -S 360: 13-ENE-2000.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

*** Art.- Reglas generales de la Mediación Penal.-** 1.- La Fiscalía General del Estado llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se apruebe la mediación. El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa a la persona procesada.

2.- Si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido el acuerdo. Cualquiera de los participantes procesales podrá solicitar al otro someter el caso a mediación en cualquier momento antes de la audiencia de juicio.

3.- La mediación penal estará a cargo de mediadores acreditados por el Consejo de la Judicatura, quienes deberán cumplir los requisitos establecidos para ser jueza o juez de primer nivel y a quienes la Escuela Judicial haya acreditado la calidad de mediadores, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial.

4.- El Consejo de la Judicatura determinará los lugares donde pueden llevarse a cabo las audiencias de mediación, las mismas que se regirán a las normas de oralidad, publicidad, y registro previstas en este Código.

5.- En caso de que la mediación no proceda las declaraciones y testimonios rendidos en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno.

6.- El acuerdo al que se llegue en la mediación tendrá los mismos efectos que una sentencia.

*** Art.- Procedencia de la Mediación Penal.-**

1.- En todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años.

- 2.- si la infracción no implica vulneración o perjuicio a interés del Estado o colectivos.
3. Si la persona procesada no ha sido sentenciada anteriormente por la comisión de otras infracciones relacionadas con los numerales anteriores; y,
4. Si existe el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida y la aceptación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
- 5.- Procederá desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral
- 6.- En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

Mi propuesta de reforma al código de procedimiento penal ecuatoriano contiene definiciones de justicia restaurativa y de reparación integral; mediación penal, reglas generales y procedencia de la mediación penal; lo cual debe ir acompañado de las políticas necesarias por el Consejo de la Judicatura y de la Fiscalía, ya que serán los encargados de promover su aplicación.

La justicia tradicional o justicia retributiva mira el crimen como una infracción a la norma, una ofensa al Estado, dándole protagonismo al mismo y al infractor; se ha desplazado a la víctima, olvidando que es una parte fundamental en el proceso; mientras que la justicia restaurativa tiene un enfoque reintegrativo y busca la reparación integral de ofendido, procesado y comunidad; reconoce que la ofensa es contra la víctima y busca reparar el daño causado, le brinda la oportunidad al infractor de rectificar y de reparar el daño, quitándose la etiqueta de delincuente, ya que se ha comprobado que la privación de libertad a fracasado en lo que tiene que ver con la rehabilitación del reo, y finalmente la comunidad se involucra en el proceso de prevención y procesos de monitoreo para reducir

la delincuencia. Es necesario recordar que la justicia restaurativa no busca remplazar ni sustituir a la justicia tradicional, sino complementarla y trabajar en conjunto, siendo una alternativa para diferentes tipos de delitos como los ya señalados en la propuesta de reforma, y que los esfuerzos y concentración de la justicia ordinaria se centren en delitos considerados más graves, de esta manera agilizando el sistema judicial.

En la justicia restaurativa debe primar los principios de: reparación, la reintegración y la inclusión. La reparación y restitución que se hace a la víctima por el daño ocasionado. La reintegración de ofendido y procesado, del primero porque se busca que la cosas vuelvan al estado que estaban antes que fuera perjudicado y recobrar esa confianza perdida en la sociedad; y la reintegración del procesado se refiere a que tiene la oportunidad de arreglar sus errores y de reintegrarse a la sociedad. La inclusión, trata que tanto como el ofendido, procesado y comunidad participen en el proceso.

Los programas de justicia restaurativa son: mediación entre víctimas y delincuentes, reuniones de restauración, círculos, asistencia a la víctima, asistencia a los ex delincuentes, restitución y servicio a la comunidad. El desarrollo de todos estos programas servirá para lograr la aplicación de la justicia restaurativa. En mi propuesta de reforma al código de procedimiento penal, señalo a la mediación como un programa de justicia restaurativa, sin embargo para el correcto funcionamiento de ésta, es necesario tener presente que debe ir acompañado de un buen sistema de asistencia a la víctima, asistencia a los ex delincuentes y de buenos programas de servicios a la comunidad; lo cual debe ser instaurado mediante políticas y directrices del gobierno.

Para la aplicación de un programa de justicia restaurativa como la mediación penal, conciliación penal, reuniones de restauración y los círculos restaurativos, es necesario contar con el consentimiento libre y voluntario de las partes; además que sea un delito que pueda ser solucionado por esta vía. Si no se cumple con estos requisitos la justicia ordinaria será encargada de llevar el caso, por lo que comprobamos que la justicia restaurativa no se impone.

Espero que el desarrollo de mi trabajo investigativo sea de provecho y utilidad para el mejoramiento de nuestro sistema penal ecuatoriano, el cual necesita instaurar nuevos principios y métodos que ayuden a su desarrollo. Hay que tener en cuenta que la justicia restaurativa busca un Derecho más humanitario, que se preocupe por cada individuo que conforma la sociedad, que no solo busque castigar, sino encontrar alternativas que puedan resultar mil veces mejor que un castigo o una pena, ya que iniciar un proceso penal debe ser el último recurso. Para finalizar es necesario recordar que la justicia restaurativa no busca describir una nueva función o tarea al derecho penal, sino que ella sirva como instrumento aprovechable para cumplir los fines PREVENTIVOS que se adjudica al Derecho Penal.

BIBLIOGRAFÍA

Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

BUSTAMANTE, Ximena, El acta de mediación, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2009.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo III, 1997.

CRUZ MÉNDEZ, Pedro Teobaldo, Criminalización de Nuevas conductas: El Derecho Penal del Enemigo y la protección de la persona humana, en Ponencias del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Ara, Editores, Lima, 2005

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Driskill, Argentina, 1986.

El debido proceso penitenciario, Plan Nacional de Derechos Humanos en el Ecuador, 2005.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Pudeleco Editores, Quito, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Teoría del Garantismo penal, Editorial Trotta, Valladolid, 2000.

FRANCO LOOR, Eduardo, Fundamentos del Derecho Penal Moderno, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo 1, 2011.

Mediación y Acceso a la Justicia en el Ecuador, Director: Álvaro Galindo, Universidad San Francisco de Quito, 2005.

NEUMAN, Elías, Mediación y Conciliación penal, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997

Ombudsman, Revista de Derechos Fundamentales, Defensoría del pueblo, 2007.

ORTEGA JARAMILLO, Rubén, Introducción al Derecho, Universidad Particular de Loja, 2003.

PLATÓN, La República, Edicomunicación, Barcelona, 1999.

REIG SATORRES, José y LARREA HOLGUÍN, Juan, Manual de historia del derecho en el Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.

VINTIMILLA SALDAÑA, Jaime y ANDRADE UBIDIA, Santiago, Los Métodos alternativos de manejo de conflictos y la Justicia Comunitaria, CIDES-Unión Europea Programa Regional de Justicia de Paz, Programa Andino de Derechos Humanos y Democracia 2002-2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Estructura básica del Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Estudio Crítico a las Reformas a los Códigos Penal y Procedimiento Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, Quito.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Estudio Introductoria a las Reformas al Código de Procedimiento penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

ZORRAQUIN, Ricardo, Estudios de Historia del Derecho I, Buenos Aires, 1988.

ZURITA GIL, Eduardo, Manual de Mediación y Derechos Humanos, Defensoría del Pueblo, 2001.

Legislación

Anteproyecto de Código de Garantías Penales, la constitucionalización del Derecho Penal. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro, coordinador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, subsecretaría de desarrollo normativo, 2009.

Anteproyecto de Código Integral Penal- Asamblea Nacional 2011.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA, publicado en el Diario Oficial No. 45.658, el 1 de septiembre de 2004, Ley 906 de 2004 de Colombia, en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=14787>, acceso: 7 de noviembre de 2011

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, RO -S 360: 13-ENE-2000.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, RO 449: 20-OCT-2008

Citas de Internet

BETANCUR RAMIREZ, Marta Lucía, Justicia restaurativa y la estrategia del encuentro

Comunicativo, www.cienciared.com.ar/ra/usr/9/251/fisec04betancur.pdf.

BRENES QUESADA, Carlos, Justicia Restaurativa, una herramienta para la solución del fenómeno de criminalidad costarricense,

<http://www.justiciarestaurativa.org/news/JUSTICIA%20RESTAURATIVA-1%20carlos.pdf>

BRITTO RUIZ, Diana, Justicia Restaurativa, Reflexiones sobre la experiencia en Colombia,

www.justiciarestaurativa.org/.../Justicia%20Restaurativa.%20Reflexiones%20sobre%20la%20experiencia%20en%20Colombia%20

CAMARGO SÁNCHEZ, Martha, Los Instrumentos y Mecanismos de la Justicia Juvenil restaurativa,

http://www.alatinoamericana-naf.com/index.php?option=com_content&view=article&id=198:los-instrumentos-y-mecanismos-de-la-justicia-juvenil-restaurativa-ponencia-de-martha-camargo-sanchez&catid=93:doctrina&Itemid=126

MÁRQUEZ, Álvaro, La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria, Universidad Militar Nueva Granada, <http://www.umng.edu.co/docs/revderecho/rev2de2007/13.JusticiaRestaurativa.pdf>, año 2007. Acceso: febrero 2011.

PRIETO, Ana Luisa, Compendio del libro “El pequeño libro de la Justicia Restaurativa” de Howard Zehr, <https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D124C0838/.../239124>. Acceso: marzo 2011.

VÁSQUEZ, Oscar, ¿Qué es la justicia juvenil restaurativa?. <http://www.justiciarestaurativa.org/news/bfque-es-la-justicia-juvenil-restaurativa>, año 2006. Acceso: febrero 2011