



Boletín mexicano de derecho comparado

ISSN: 0041-8633

ISSN: 2448-4873

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de
Investigaciones Jurídicas

Bernal Sánchez, Narda Beatriz; Lescano Galeas, Natalia
Resignificar la justicia penal. Un análisis entre la práctica de Ecuador y México
Boletín mexicano de derecho comparado, vol. LIV,
núm. 162, e17072, 2021, Septiembre-Diciembre
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOL: <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2021.162.17072>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42775436007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNAM  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

RESIGNIFICAR LA JUSTICIA PENAL. UN ANÁLISIS ENTRE LA PRÁCTICA DE ECUADOR Y MÉXICO¹

RESIGNIFY CRIMINAL JUSTICE. AN ANALYSIS BETWEEN THE PRACTICE OF ECUADOR AND MEXICO

Narda Beatriz BERNAL SÁNCHEZ²

Natalia LESCANO GALEAS³

RESUMEN: El presente trabajo se dirige en dos vías, por un lado muestra un análisis del alcance de la regulación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), por otro, se refiere a la importancia de la justicia restaurativa, en el ámbito de la justicia penal, a partir de una revisión doctrinaria, de derecho internacional y comparado, entre Ecuador y México, se destaca que México con la reforma constitucional de 2008, reguló el acceso a la justicia a través de los MASC e incorporó en la legislación aplicable a la materia la práctica de la mediación, conciliación y junta restaurativa. Ecuador, por otra parte, incorporó la conciliación en delitos considerados en su legislación como menores, la mediación en casos de adolescentes infractores; no obstante, el enfoque restaurativo es una tarea en proceso de incorporación. El reto por otorgar un significado diferente a la justicia penal continúa para ambos países.

Palabras clave: conflicto, delito, castigo, mecanismos alternativos de resolución, justicia restaurativa.

ABSTRACT: The present work shows an analysis of the motives, incorporation and scope of the regulation of the alternative mechanisms of conflict solution (hereinafter MASC) and Restorative Justice, in the criminal sphere. For this, a qualitative, doctrinal study of

¹ Recibido: 27 de septiembre de 2021; aprobado el 22 de abril de 2022.

² ORCID: 0000-0001-7040-4703. Doctora en Ecoeducación; docente en la Universidad Autónoma de Guadalajara campus Tabasco, en el Departamento de Humanidades; miembro y representante en México del Foro Internacional de Mediadores Profesionales de Sevilla, España. Correo electrónico: nbernals@uagtabasco.edu.mx

³ ORCID: 0000-0002-9864-6613. Doctorando en Derecho Universidad de Salamanca, España; docente-investigadora y coordinadora académica de la Escuela de Jurisprudencia en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato, Ambato Ecuador, miembro del Foro Internacional de Mediadores Profesionales de Sevilla, España. Correo electrónico: nlescano@pucesa.edu.ec

international and comparative law is carried out between the countries of Ecuador and Mexico. It is concluded that, Mexico regulated the access to justice through the MASC: arbitration, mediation and conciliation as a human right. Restorative justice is implemented through the restorative board and alternative methods. Ecuador, on the other hand, incorporated conciliation in minor offenses, mediation in cases of adolescent offenders; it does not contemplate restorative justice and the restorative approach has not been consolidated. The challenge to resignify criminal justice continues for both countries.

Keywords: *crime-punishment, criminal conflict, alternative mechanisms of resolution, and restorative justice.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El conflicto, los delitos y el castigo*. III. *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos*. IV. *Justicia restaurativa*. V. *Alcances en Ecuador y México*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la humanidad es una muestra constante de las diversas formas que se han utilizado para la solución de conflictos, así, desde el uso de la fuerza hasta complejos sistemas conformados por instituciones, procesos, normas y sujetos del procedimiento se han construido sólidos sistemas de justicia utilizados en diversas materias.

Teniendo en cuenta que el presente artículo se enfoca en la materia penal, resulta importante hacer un breve recorrido histórico acerca de las etapas evolutivas del derecho en este ámbito, para tener un acercamiento a las formas que se han aplicado y dirigido tanto a las personas que han sido víctimas de una conducta considerada como delito, como a quienes las han realizado.

Algunas de las formas de solución de conflictos se enfocaron en lo que se ha denominado “las venganzas” ya sea privada, divina o pública, eran prioritariamente formas de castigar, la historia es una muestra de los excesos en la práctica del castigo; ahora bien, la palabra “venganza” en el reconocimiento de la acción de “vengar”, de usar la fuerza, de emplear violencia, incluso de experimentar satisfacción por el daño que se causa a través del acto de venganza, fueron esos excesos los que han generado la necesidad de evolucionar para llegar a los periodos de desarrollo humanitario y científico, considerando estos dos últimos momentos como etapas de la evolución del derecho penal (Miguel Cortés, 1992) esos dos momentos del derecho penal dan muestra de una serie de eventos en los que el ser humano

ha procurado formas de solución a los conflictos que propicien el diálogo a través de la participación de las personas involucradas.

Así, este desarrollo evolutivo ha permitido identificar formas de solución de conflictos, que han sido denominadas como: autotutela, autocompositivas y heterocompositivas, en función de la toma de decisiones, al referirse a la autotutela, José Ovalle (2005) señala que es “imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno” (p. 8), en consecuencia, es una forma de intervención directa por parte de uno de los intervinientes, con la principal característica de ser unilateral en la decisión. Tratándose de la autocomposición se identifica la participación activa en la construcción de opciones de solución ubicando en este rubro a la conciliación y la mediación; en el caso de las formas heterocompositivas una de sus características esenciales es que la solución surge por parte de una tercera persona reconociendo en estas formas al arbitraje y el juicio.

En América Latina, las formas autocompositivas como la mediación han tenido una aplicación práctica en diversos países, destacándose el avance en Argentina, Brasil, Colombia, México, entre otros, que han realizado esfuerzos significativos para incorporarla como práctica de la solución dialogada de los conflictos. En el caso de los Estados Unidos de América, se observan antecedentes importantes en la práctica tanto de la mediación y de la conciliación, en la materia laboral, administrativa y civil desde sus inicios y partir del año 1970, se observa una mayor aplicación en conflictos civiles en la comunidad.

Hay que mencionar que durante las dos últimas décadas Ecuador y México han realizado importantes reformas constitucionales encaminadas a la incorporación y aplicación de formas de solución de conflictos en los sistemas de justicia y la justicia restaurativa. Pero ¿para qué se incorporan? ¿Cómo se incorporan?

El presente trabajo investigativo constituye un esfuerzo por conocer el camino recorrido y el estado en el que se encuentra la evolución del derecho hacia la necesidad de resignificar la justicia penal. Para esto, en un primer momento, se exponen los fundamentos doctrinarios encaminados a responder la pregunta: ¿para qué se incorporan las formas autocompositivas y la justicia restaurativa en el ámbito penal? Seguidamente, se presentan las experiencias de los países de México y Ecuador, que han llevado adelante reformas constitucionales y legales, que permitan señalar ¿cómo se incorporan?, y poder determinar así el alcance de las regulaciones en la labor por resignificar la justicia.

II. DERECHO PENAL: EL CONFLICTO, LOS DELITOS Y EL CASTIGO

En este apartado se muestra un acercamiento al análisis de figuras importantes del derecho penal tales como el castigo y el delito, además se incorpora el análisis del conflicto pues cuando éste escala puede convertirse en conductas que están descritas en la ley como delitos, por tanto, es necesario incorporar el estudio del conflicto.

El uso de la palabra “penal” para hacer referencia a una materia del derecho obliga a la reflexión acerca de su origen etimológico, pues las palabras y sus significados contribuyen tanto a la interpretación semántica como teleológica para comprender los valores que deben estar implícitos en su construcción, así, la palabra “penal” deriva de la voz latina *poenalis* que se traduce como “relativo a la multa” sus raíces léxicas han dado origen a otras palabras tales como pena, punir o punibilidad, el sustantivo *poena* se consideraba un sinónimo de “multa” y el sufijo “-al” se interpreta como “relativo a”, por lo tanto, la palabra penal se puede entender en sentido literal como “relativo a la multa”.

En ese sentido, se ha diseñado un sistema construido para sancionar siendo evidente que descuida otros elementos esenciales que deben atenderse para dar sustento a la justicia, lo que ha originado en el devenir histórico del derecho penal, aportes de diversas personas que en su reflexión han escrito acerca del derecho de castigar o de la finalidad del castigo, entre otros puntos que permiten diversas reflexiones, así desde 1764 Beccaria argumentó acerca del origen de las penas, así como de la proporcionalidad de las mismas; ha contribuido con sus aportes desde el garantismo penal y el derecho penal mínimo, con una reflexiva pregunta: ¿por qué castigar? (Cesare Beccaria, 2015). De esta misma pregunta Ferrajoli plantea dos interrogantes más que se transcriben a continuación: ¿por qué existe la pena?, así como ¿por qué debe existir la pena? (Luigi Ferrajoli, 2006). Las posibles respuestas han dado pauta a reflexiones teóricas tanto causalista como finalista y permiten seguir en el análisis, desde una interpretación axiológica para justificar lo que aportan al Estado, seguridad, paz y el bienestar en las comunidades, en la práctica se han diseñado procedimientos, sistemas, normas, sujetos que se especializan en su labor para la práctica y justificación del castigo; ahora, desde la misma interpretación axiológica hay que plantearse: ¿qué le aporta a la víctima el sistema punitivo a través de la aplicación del castigo? Si proporcionar justicia a través de respuestas que de forma exclusiva son solo punitivas y retributivas, el camino sigue siendo para la obtención de venganza, dejando de lado las

necesidades de las víctimas, la posibilidad de restaurar, además de dejar de lado uno de los aspectos significativos en la justicia restaurativa: la participación de la comunidad que sin duda permite la interdependencia contribuyendo al comunitarismo y con ello permitir un nuevo significado para la justicia penal.

Se justifica que al Estado le corresponde sancionar aquellas conductas que se han considerado en la ley como delitos, aplicando las penas o sanciones que constituyen a fin de cuentas formas de castigo; se observa que en la práctica la atención de las necesidades de las personas que han sido víctimas ha quedado en un segundo plano, debido a que

Durante siglos se ha negado en el derecho penal, la posibilidad de que las partes en pugna puedan resolver su situación. Lo que en buena medida responde a que el propio Estado, mediante el denominado proceso de expropiación del conflicto, no permitió la participación de los verdaderos protagonistas (Ulf Eiras, 2010, p. 24).

Es decir, al otorgarse como supuesto principal de la finalidad del derecho penal hacia la imposición de castigos, atender las necesidades de las víctimas no ha sido la prioridad, mucho menos permitirles un rol activo en el desarrollo del proceso, incluso la forma en la que se desarrollan los procesos son menos propensos para contribuir a la responsabilidad activa de las personas ofensoras.

Ahora, teniendo en cuenta que en la mayoría de las ocasiones los delitos son más una consecuencia que una causa, es observable en la cotidianeidad que muchas conductas tuvieron un desarrollo previo, algo que desde los enfoques teóricos se denomina “la escalada del conflicto” de tal forma que en muchas ocasiones la conducta delictiva es sólo el resultado del proceso del conflicto, que al no tener un espacio previo donde pueda atenderse o gestionarse escala a tal nivel que se convierte en una conducta criminalizada con la evidente sanción que la ley le atribuye. A manera de esquema se plantea lo siguiente:

Cuadro 1. Criminología del conflicto

1	• Proceso de conflicto
2	• Conflicto/comportamiento delictivo (afectación de intereses particulares y colectivos)
3	• Comportamiento criminalizado: intervención del Estado, aplicación del derecho, imposición de la pena

FUENTE: Criminología crítica y crítica del derecho penal (Alessandro Baratta, 2013)

En la imagen se observa que en la escalada del conflicto éste puede transformarse hasta convertirse en delito, una vez que la conducta es parte de un proceso de criminalización secundaria, el Estado a través de sus instituciones aplica el castigo, Alessandro Baratta (2013) comparte la interesante reflexión acerca de que “los delitos son parte de un proceso del conflicto, cuyas otras partes son el derecho y la pena”, en este sentido, aportó una visión esencial para determinar la relevancia de incorporar formas de solución de conflicto que no sean encaminadas de forma exclusiva a aplicar una pena.

En consecuencia, no toda conducta es desde un inicio una afectación a las normas penales, en la mayoría de las ocasiones puede ser un conflicto por diferencias en la atención de los intereses y necesidades de las personas, que inician y tienen un proceso de escalada, observando los resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana del año 2017, se ubica que el 40% de la población de 18 años o más tuvo al menos un conflicto o enfrentamiento en su vida cotidiana durante los últimos tres meses; ese dato es interesante sobre todo cuando se relaciona con otro dato de la misma encuesta: el 50% de esos conflictos o enfrentamientos constituían “gritos, insultos, incluso violencia física”, lo anterior refleja que las personas en su cotidianidad tienen conflictos, es parte de la convivencia, en la escalada pueden iniciar con expresiones verbales y escalar a la violencia física, o a otras formas de daño (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, [INEGI], 2017).

Por lo tanto, las opciones que debe proporcionar el Estado en razón de sus funciones no deben limitarse a la materia penal, esta relación entre conflicto, delito y castigo trajo en consecuencia durante mucho tiempo que los sistemas formales del Estado crearan un mayor número de supuestos hipotéticos normativos (proceso de criminalización primaria) engrosando los códigos penales, incrementando el número de denuncias para atender, dejando de lado a las personas como verdaderas protagonistas del llamado drama penal, y, en consecuencia restándoles la posibilidad de asumir la responsabilidad activa en la solución del conflicto a través del diálogo, favoreciendo a través del derecho penal, una justicia retributiva, ocasionando a las personas involucradas sentimientos de frustración y angustia, también en muchos casos a las personas que operan el sistema de justicia (Howard Zehr, 2007). Las personas que han sido victimizadas experimentan procesos de revictimización

desde el nivel primario y secundario, las personas ofensoras no escapan a esa posibilidad pues son señaladas y estigmatizadas, viviendo procesos de victimización terciarios.

Lo mencionado lleva a considerar que el juzgamiento ni siquiera ha de ser considerado, cuando hay alternativas mejores para la gestión de un conflicto. Por consecuencia, se dirige la mirada hacia otras formas de solución de conflictos como espacios que permiten el abordaje a través del diálogo, para no dejarlo de forma exclusiva al sistema de control reactivo, a cargo de las instituciones que operan la justicia penal (José Moliné, 2009)

III. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Resulta interesante un acercamiento al análisis semántico de la denominación de las formas de solución de conflictos, como se han incorporado en las legislaciones y en consecuencia en los sistemas procesales, de manera especial en la materia penal por ser parte esencial en el presente artículo. Es frecuente que al referirse a las formas de solución de conflictos se mencione a la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, las dos últimas derivadas de la *compositio* o compensación, que mantenía como propósito que la persona agraviada pudiera recibir una cantidad de dinero evitando con ello “venganza privada” para no derramar sangre y causar daños mayores, incluso la composición se consideró, en cierta forma, un rescate del ofensor y su familia y una proporcionalidad entre el daño causado y el recibido.

Así, la autocomposición se ubica en las formas de solución de conflictos con la característica de que son las partes quienes deciden acorde a sus posibilidades y necesidades las opciones de solución del conflicto, sin que una tercera persona imponga la solución. Dentro de estas formas se ubican a la mediación y la conciliación, pues si bien participa una tercera persona, ésta conduce un proceso de diálogo sin obligarles a decidir las opciones de solución.

La historia muestra la adopción de formas pacíficas de solución a través del diálogo, Inmaculada García (2010) comparte una frase de Confucio en el siglo V a. C., “La litigación causaba resentimiento en los disputadores y les impedía cooperar entre sí. Por tanto, recomendaba que, en lugar de pleitear, encontrasen un *pacificador neutral* que les ayudase a alcanzar un acuerdo” (p. 22). En ese pasaje histórico se observan elementos importantes que hoy en día se consideran en la práctica de las formas autocompositivas, tales como la

intervención de una tercera persona a quien denominó pacificador neutral, reconociendo además que el litigio puede producir en las personas resentimiento disminuyendo la posibilidad del trabajo colaborativo que es una característica en la mediación y la conciliación.

Dando un gran salto en la historia se observa que en 1970 se ubica el origen moderno de los mecanismos alternativos en los Estados Unidos de América, seguido por Canadá y Australia. En el caso de Estados Unidos de América se observa la implementación del Servicio de Relaciones de la Comunidad del Departamento de Justicia con mediadores para asistir a las partes en conflictos civiles en la comunidad. En la década de los noventa, la institucionalización de los mecanismos se produce a través del Congreso de los Estados Unidos que obligó a todas las cortes federales a su implementación y uso (Egla Landero, 2014).

Para autores como Wendolyne Nava y Jorge Breceda (2017) de manera general indican que los mecanismos alternativos surgen por:

- a) la inevitable dilación en la solución del conflicto vía justicia ordinaria, ante la gran demanda existente y que no disminuye, ni aún con el incremento de jueces y tribunales;
- b) los altos costos de los asuntos legales y la tendencia a la contratación de servicios privados, ante la gran demanda de los consultorios gratuitos y el bajo pago de salarios para defensores;
- c) la creciente producción de normas jurídicas y la complejidad de la aplicación de las mismas, que disuaden a las partes en conflicto de reclamar ante los tribunales sus derechos (pp. 211-212).

En ese sentido retomando los aportes tanto de Ana Fierro (2010) así como de Wendolyne Nava y Jorge Breceda (2017) se destaca que las formas de solución de conflictos autocompositivas como la mediación y la conciliación, propician la responsabilidad activa de las personas, convirtiéndose en un sello distintivo, uno de los elementos de suma relevancia es considerarlas una forma de empoderamiento, esto contribuye a reforzar el planteamiento de Ulf Eiras (2010) quien ha referido que a las personas se les expropió su propio conflicto, así que, empoderarlas propicia la posibilidad de que se constituyan con el protagonismo que les corresponde para su solución. Esa expropiación del conflicto es lo que genera que la mayoría de los tribunales tengan una gran carga de trabajo con resultados que son poco satisfactorios.

Es así que, la concepción del derecho penal en los últimos años, ha experimentado cambios significativos mediante la implementación de las formas alternativas de solución de conflictos. Los cuales, incluyen: sistemas de negociación que permitan a las partes alcanzar una solución razonable por sí mismos; sistemas en los que se cuenta con la intervención de un tercero ajeno a la disputa, que auxiliando (mediación) o proponiendo (conciliación) coopera para que estas lleguen a un acuerdo por ellas mismas (Wendoyne Nava y Jorge Breceda, 2017). Cuyo objetivo primordial es complementar el sistema de justicia tradicional, convirtiéndose en una alternativa más para las personas que buscan solucionar sus conflictos.

Sin duda alguna, los mecanismos alternativos representan un desafío dentro del ámbito penal, pues constituyen la superación de la lógica del castigo, desde el entendimiento del fenómeno criminal como un conflicto, en el que se encuentran afectadas las partes de forma directa, pero también la comunidad (Rita Mill, 2013).

IV. JUSTICIA RESTAURATIVA

Tal y como se describió en las líneas precedentes, la materia penal ha incorporado formas que permiten a las personas ser partícipes en la construcción de las soluciones a los conflictos, para dar un nuevo significado a la justicia, no sólo a través del resultado de un juicio, eso es un avance significativo en el desarrollo de la materia penal. Hoy día es frecuente leer acerca de la justicia alternativa como un camino más al que ya existe, al denominado “camino tradicional” donde los conflictos se atienden a partir del litigio.

Así, entre la justicia retributiva, alternativa y la restaurativa, la materia penal ha transitado por esos caminos para dar respuesta a las personas que han devenido en víctimas, quienes claman por justicia, por eso es relevante ¿qué significado tiene para las víctimas esa palabra? Y sobre todo ¿de qué forma ha contribuido la construcción del derecho penal para atender las necesidades de las víctimas? En la división de las normas penales entre las sustantivas y las adjetivas el reconocimiento de los derechos de las víctimas ha sido lento y un tanto indiferente, por tal motivo incorporar la justicia restaurativa para que las personas que han sido víctimas puedan experimentar la justicia no como un deseo de obtener venganza, sino como un medio para comprender las afectaciones causadas por la conducta delictiva, atender de forma integral cada uno de los daños y, con ello, garantizar que otras generaciones no experimenten la misma sensación de dolor o impunidad, que no sea solo a través de las

respuestas retributivas como compensaciones o pagos e imposición de sanciones o castigos, es una respuesta que surge con la justicia restaurativa.

Ahora, hay que observar la aplicación de la justicia restaurativa incorporada en la materia penal, para ello el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa permite un acercamiento conceptual al establecer que “es una respuesta evolutiva al crimen que respeta la dignidad, e igualdad de cada persona, crea entendimiento y promueve armonía social a través de la sanación de víctimas, delincuentes y comunidades” (United Nations Office on Drugs and Crime, 2011, p. 4).

Vista desde la materia penal, la justicia restaurativa implica una oportunidad para las personas involucradas en la ofensa, en asumir la responsabilidad activa tanto para la persona ofensora como para la comunidad al tener un rol que permita formar redes que favorecen a la reintegración y construcción del tejido social, en este sentido, resignificar la justicia penal que de forma tradicional considera “al proceso penal” o al delito como una afectación al Estado, evoluciona a partir de la justicia restaurativa cimentada en valores, ya en sí la justicia es considerada un valor, también una virtud, al sumar la palabra *restaurativa* es importante comprender que de forma precisa desde una interpretación axiológica implica armonía, seguridad, paz y convivencia, interdependencia, responsabilidad, confianza, respeto, puede decirse que la justicia penal en sí, puede incorporar esos valores, sin embargo, es observable en la práctica que las personas que han resultado afectadas por una ofensa/delito, son relegados en gran medida, no tienen espacios y oportunidades de contar sus historias, de escuchar las narrativas que cada persona necesita expresar, además de la estigmatización de la que son objeto. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta su esencia para comprender la relevancia de la reparación de las personas que han sido víctimas, sobre todo en el contexto de la reparación integral del daño.

La justicia restaurativa permite visibilizar en un proceso de trato sensible y con compasión ¿cuáles han sido los daños que derivan de la ofensa? Teniendo en cuenta que hay personas que por su condición o situación incluso histórica, sistemática y estructuralmente han sido víctimas, no es solo un “hecho o momento”, en ocasiones han sido una constante de afectaciones que desencadenan en una conducta considerada en la ley como delito, así que es posible que exista más de un proceso de victimización, esto implica que la justicia restaurativa implica incorporar en su práctica: teorías, valores, postulados y principios que

implican una filosofía que ha permitido dimensionar que las soluciones tradicionales: litigio-sentencia-castigo, ha causado una deuda histórica con las personas que han sido víctimas de un delito/ofensa, lo anterior, tomando en cuenta que no sólo es mirar el proceso de victimización primaria o conducta delictiva en sí, es también tener en cuenta que las relaciones familiares, sociales y laborales se trastocan pues la conducta delictiva cambia la vida de las personas, la forma en que se miran a sí mismas y son tratadas incluso en su propia familia, en ocasiones siendo revictimizadas por las propias instituciones del Estado.

Tomando en cuenta que la materia penal es un ejercicio que implica un importante pilar que debe sostener la seguridad y la paz de las personas en la comunidad, el delito es visto como una acción que afecta a la sociedad y que destruye las relaciones interpersonales que la justicia debe reconstruir, a diferencia de lo que acontece con la justicia retributiva (Manuel Reyes, 2013).

Lo anterior, se explica mejor con el siguiente cuadro:

Cuadro 2. Diferencias entre la teoría retributiva y la justicia restaurativa

<i>Características</i>	<i>Retributiva</i>	<i>Restaurativa</i>
<i>Delito</i>	Infracción a la norma	Conflicto entre personas
<i>Responsabilidad</i>	Individual	Individual social
<i>Control</i>	Sistema penal	Comunidad
<i>Protagonistas</i>	Infractor y el Estado	Víctima, victimario y la comunidad
<i>Procedimientos</i>	Adversarial	Diálogo
<i>Finalidad</i>	Probar delitos	Resolver conflictos
	Establecer culpas	Asumir responsabilidades
	Aplicar castigos	Reparar el daño
<i>Tiempo</i>	Basado en el pasado	Basado en el futuro

FUENTE: Mediación Penal de la Práctica a la Teoría (Ulf Eiras, 2010, p. 35).

Al aporte realizado por Ulf Eiras en el cuadro precedente, se ha incorporado a la comunidad dentro de los protagonistas, con la finalidad que no haya duda del nivel de participación que debe tener la comunidad dentro de un proceso restaurativo.

En ese sentido, el proceso penal ha incorporado (o al menos eso se puede leer en las normas jurídicas que son parte del sistema procesal penal) procesos que pretenden lograr resultados reparadores y restaurativos, como se observará en líneas posteriores en los referentes en la práctica en la materia penal.

V. REGULACIÓN DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN ECUADOR Y MÉXICO

1. Ecuador

A. Medios alternativos de solución de conflictos

La incorporación de las formas alternativas en el Ecuador se remonta a la entrada en vigor de la legislación procesal civil con la conciliación como una etapa obligatoria en los diferentes procesos de conocimiento. En 1963, se dicta la primera ley especial sobre la materia denominada Ley de Arbitraje Comercial, que contemplaba únicamente el arbitraje. En la década de los noventa, se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación como consecuencia de la influencia de organismos bilaterales y multilaterales de crédito, para la incorporación de una legislación renovada sobre la materia (Álvaro Galindo, 2001).

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente desde 1997 viene a regular la aplicación del arbitraje y la mediación en aquellos asuntos que por su naturaleza se pueda transigir. Dada la generalidad con la que surge esta norma, en un inicio no tuvo mayor alcance de aplicación en la práctica, y mucho menos en el ámbito penal, en el que sencillamente se le consideró como inaplicable. Con el pasar del tiempo, se ha ido expandiendo de a poco su aplicabilidad dentro de la materia transigible (Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], 1/12/2020).

A un año de la entrada en vigencia de la norma especial, se establece la validez de las formas alternativas en la norma suprema del Estado (Constitución Política del Ecuador [CPE], 01/12/2020, art. 191). Este reconocimiento se ratifica en la actual Constitución con la denominación medios alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se establece el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de los conflictos, con sujeción a la ley en materia transigible de la CPE (1/12/2020, art. 190).

Específicamente las formas alternativas que se aplican en materia penal son la conciliación (dentro de una audiencia convocada para dicho fin) y la mediación. El uso de la conciliación se reguló por primera ocasión dentro de la materia penal, en el año 2000 con la intervención de amigables compondores en delitos de acción privada (Código de Procedimiento Penal [CPP], 1/12/2020, art. 373). La regulación de la mediación es más

reciente, y se contempla únicamente en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal a partir de las reformas del año 2014 y posteriores.

Las formas alternativas como mecanismos que se aplican para: delitos menores, sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; en materia de tránsito, cuando no haya resultado en la muerte, y en delitos contra la propiedad, cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, es decir, hasta \$12,000 USD al año 2021 (Código Orgánico Integral Penal [COIP], 01/12/2020, art. 663).

No se prevé la conciliación para los delitos en contra de la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (COIP, 1/12/2020, art. 663, inc. 2). Por lo mencionado, se puede precisar que el sistema de justicia ecuatoriano mantiene como potestad estatal el juzgamiento de los delitos mayores, considerados como más graves.

La normativa penal señala que para la aplicación de la conciliación se deben observar los principios de: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, y honestidad (COIP, 1/12/2020, art. 664). Adicionalmente, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado; tanto la víctima como el procesado 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 y la infracción.
3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado (COIP, 1/12/2020, art. 662).

Sin duda, la enunciación tanto de principios como de reglas tiene por finalidad una mayor claridad en el uso de la conciliación en busca de incentivar una adecuada aplicación.

Debido a que el uso de la conciliación en materia penal se encuentra prevista dentro del procedimiento penal, se establecen una serie de normas que pretenden regular los aspectos fundamentales para su validez. Así, en cuanto al momento en el que puede producirse la conciliación se señala a la etapa de instrucción fiscal, específicamente: *a)* en la fase de investigación, en cuyo caso la o el fiscal deberá realizar un acta en la que se establezca el acuerdo y sus condiciones, suspender su actuación hasta que se cumpla con lo acordado y una vez cumplido el mismo se archivará la investigación; en el caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones del acuerdo o si se transgrede los plazos fijados, la o el fiscal, revocará el acta de conciliación y continuará con su tramitación, y *b)* en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite solicitará a la persona juzgadora la convocatoria a una audiencia, en la cual, escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo, se deberá ordenar la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron (COIP, 01/12/2020, art. 663).

Con respecto al plazo máximo establecido para cumplir con los acuerdos de conciliación, la norma ha previsto ciento ochenta días, sin la posibilidad de que pueda admitirse prórroga. El plazo establecido no será tomado en cuenta dentro del tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y de los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente (COIP, 01/12/2020, arts. 663-665).

Cumplido el acuerdo se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal. De existir incumplimiento injustificado, ya sea del acuerdo o de los plazos pactados, a pedido de fiscalía o la víctima, se continuará con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concederse esta (COIP, 1/12/2020, arts. 663-665).

La conciliación también se aplica en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal, al igual que la mediación tal como se verá más adelante. Esto, gracias a un marco de cooperación internacional, promovido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de varios instrumentos y convenios internacionales ratificados por el Ecuador, tales como: la Convención de los Derechos de la Niñez y Adolescencia (1990), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing, 1985), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil

(Directrices de Riad, 1990) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana, 1990). En particular, la Observación General núm. 10 del Comité (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, entre otras.

La conciliación en casos de adolescentes infractores se aplica en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta diez años. El acuerdo puede ser promovido por la o el fiscal y la o el juez según el momento procesal: audiencia de conciliación o audiencia de evaluación y preparatoria del juicio.

Las obligaciones establecidas en el acuerdo de conciliación pueden tratar sobre la reparación del daño causado o a la realización de ciertas actividades concretas destinadas a que la o el adolescente asuma su responsabilidad por los actos de los que se le acusa y debe ser cumplido a cabalidad. En caso de incumplir el acuerdo, la o el juzgador competente continuará sustanciando el procedimiento inicial. En todo caso, el periodo de cumplimiento de las obligaciones contraídas en la conciliación no se imputará para el cómputo de la prescripción de la acción. Si una o más de las víctimas no aceptan la conciliación, continuará el enjuiciamiento y subsistirá su derecho a resarcimiento (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA], 1/12/2020, art. 348).

La conciliación encargada a fiscales y jueces es la apuesta del Estado ecuatoriano hacia las formas alternativas en el ámbito penal y dentro del proceso penal, que requiere de capacitación a las y los operadores de justicia, para que sea visto como una oportunidad de hacer real las aspiraciones de una justicia participativa y desde los implicados, y no como una imposición de quien luego deberá acusar o juzgar y por esto se llega a conciliar.

La mediación también se encuentra prevista en el ámbito penal, únicamente en delitos cometidos por adolescentes en conflicto con la ley penal y en los mismos casos de la conciliación, esto es, en delitos sancionados con penas privativas de libertad de hasta 10 años, a partir de las reformas que el COIP (1/12/2020) introdujo al CONA (12/01/2020).

Para el Estado ecuatoriano la mediación aplicada a casos de adolescentes infractores: permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen. Podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización y

abstención de determinada conducta; y prestación de servicios a la comunidad (CONA, 1/12/2020, art. 348 A).

Para la aplicación de la mediación en materia penal, a más de los principios y reglas establecidas para la conciliación, se le adicionan las reglas previstas en la norma especial; siendo estas: la continuación del proceso, con respecto a lo no acordado y a las partes que no hayan intervenido en la mediación; la obligatoriedad de contar con mediadores especializados en el ámbito penal; el acta de mediación se deberá remitir al juzgador que derivó la causa (CONA, 1/12/2020, art. 348 C).

Sobre la especialización de las personas mediadoras en casos de adolescentes infractores, la Judicatura mediante Resolución estableció que el único Centro de Mediación autorizado es el Centro de la Función Judicial y sus Sedes (Consejo Nacional de la Judicatura [CNJ], 2014). En este sentido, es importante mencionar que existen oficinas de mediación en todas las provincias del país, pero con respecto al número de mediadores especializados en adolescentes infractores, el único dato publicado es de 2014, en el que el CNJ (2014) informó que se capacitaron 14 mediadores a nivel nacional.

De manera excepcional, el Consejo Nacional de la Judicatura podrá autorizar que centros inscritos puedan llevar adelante estos procesos de mediación. Así, se puede mencionar que el Estado ecuatoriano ha establecido un monopolio estatal en la vía alternativa a través de la mediación para delitos cometidos por adolescentes infractores.

En el Estado ecuatoriano, la mediación tiene efecto de cosa juzgada de última instancia, constituyéndose en un medio totalmente válido para la resolución de los conflictos, en materia transigible. No obstante, y dada la necesidad de una justicia pronta, eficaz, eficiente y efectiva en todos los ámbitos incluyendo el penal, el Estado ecuatoriano bien podría repensar la aplicación de las formas alternativas en la órbita de los delitos penales (LAM, 1/12/2020, art. 43). Más aún, dadas las circunstancias actuales ante el surgimiento de la crisis sanitaria por el COVID-19, que a partir de 2020 el país ha tenido que afrontar como el resto del mundo, y que ha evidenciado la dificultad de respuesta del sistema de justicia.

B. Justicia restaurativa

Sobre justicia restaurativa, la normativa ecuatoriana no hace referencia alguna, lo que sí establece es la reparación integral, al señalar que

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re- victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (CRE, 1/12/2020, art. 78).

De igual forma, para lograr un verdadero goce del derecho a la reparación integral, se establece que, la jueza o el juez procurará que la persona o personas titulares del derecho violentado, disfruten del mismo, de la manera más adecuada posible a que se restablezca, a la situación anterior a la violación (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 15/01/2021, art. 18).

El COIP (1/12/2020, art. 78) menciona específicamente como mecanismos de reparación integral: a la restitución, rehabilitación, indemnización, medidas de satisfacción o simbólicas, las garantías de no repetición y la reparación del daño con respecto a la víctima, en aplicación de una justicia reparadora. En este punto resulta necesario precisar que, si bien la normativa hace referencia a una justicia reparadora, esta no puede ser entendida como un sinónimo de justicia restaurativa como tal.

Por lo mencionado, en toda sentencia se deben incluir los mecanismos de reparación hacia la víctima, para lo cual, puede darse el acercamiento entre víctima y agresor a través de las formas alternativas (conciliación y mediación) con las especificaciones mencionadas a lo largo de este apartado. La incorporación de dichos mecanismos de reparación integral, sin duda, constituyen un esfuerzo para garantizar de mejor manera las necesidades de la víctima surgidas a partir del daño que se le ha ocasionado. Lo cual constituye un paso más en la evolución de la justicia penal en el país.

A partir de 2012, el Ecuador viene ejecutando el Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa desarrollado por Terre des hommes-Lausanne. En una entrevista realizada por Lissette Benítez (2019) la encargada del proyecto para el Ecuador informó que en el Ecuador se trabaja en tres ejes principales: 1) formación, a los operadores de justicia y a otros operadores que consideramos importantes como la Policía Nacional, Juntas de Protección de Derecho; 2) incidencia que trabaja iniciativas para promover políticas públicas que tengan un verdadero enfoque restaurativo en el ámbito de adolescentes infractores, se está

haciendo una propuesta de reforma, se busca unir los grupos de derechos humanos, y 3) innovación, que consiste en el acompañamiento al Estado ecuatoriano para promover el modelo de justicia restaurativa. Prácticas restaurativas como los círculos restaurativos, son muy difíciles de llevar a cabo en el Ecuador. En la conciliación, las remisiones tienen un enfoque restaurativo, pero prácticas como la mediación han sido muy poco usadas.

En relación con lo mencionado en las líneas anteriores, en el país, se han suscrito algunos convenios con la finalidad de elaborar manuales de procedimiento para fiscales, jueces, y defensores públicos, acerca del tratamiento con adolescentes infractores y formular un modelo de gestión para el control y seguimiento de las medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes. En relación con otros países, Ecuador se encuentra en una etapa inicial. Esto, debido a que el país “es una entidad particularmente difícil para la cooperación internacional, ya que tiene una serie de políticas que limitan de manera importante el alcance y el impacto de las ONG internacionales” (Tierra de Hombres, 15/01/202, párr.6).

En el informe de Rendición de Cuentas de la Judicatura del año 2019, con respecto al EJE 2: Fortalecimiento institucional a través de la capacitación, evaluación y tecnificación de los servidores judiciales, Sección Capacitación, se informó que se fortalecieron las capacidades en materia de implementación de una Justicia Juvenil Restaurativa a 367 funcionarias y funcionarios judiciales, entre agentes de la Dinapen, SNAI, juezas y jueces, fiscales, defensores públicos y técnicos de unidades judiciales; abandonando así el modelo de la multicompetencia, y adoptando al necesario modelo de la especialidad (CNJ, 15/01/202, p. 15). Con lo cual, se pretende incidir en la calidad de la administración de justicia en lo que a adolescentes en conflicto con la ley se refiere.

Por lo mencionado en este apartado, se puede precisar que el Ecuador contempla dentro de la legislación respectiva a la conciliación y mediación en delitos menores, como formas alternativas. En el caso de la conciliación, cuando la pena privativa de libertad no sea mayor a cinco años en adultos, y a diez años en adolescentes infractores. La mediación se aplica exclusivamente en delitos cometidos por adolescentes, cuya sanción no supere los diez años de pena privativa de libertad.

Con respecto a la justicia restaurativa, si bien no existe una enunciación expresa en la normativa, el Estado de a poco se va abriendo hacia otras formas de respuesta mediante la conciliación y mediación. Para esto, también pretende la aplicación de un enfoque

restaurativo a partir del programa Tierra de hombres (15/01/202). Puntualmente en el caso de la mediación penal, por una parte, entiende al delito como un conflicto que hay que solucionar y ofrece un espacio de acercamiento entre víctima-adolescente que permita cubrir las necesidades de la víctima, la generación de conciencia por el daño causado en las y los adolescentes infractores, y por otra parte, incluye a la comunidad como consecuencia de la conducta cometida, pero no como una parte activa en el procedimiento de mediación, sino más bien como una especie de sanción, lo que Eiras (2010) denomina un modelo tradicional de justicia penal en el que la comunidad no tiene cabida, es un simple espectador. En este mismo sentido, para Samir Vanegas (2017) “Las medidas que simplemente buscan compensar a las víctimas, prestar un servicio a la comunidad o crear consciencia sobre las víctimas no pueden ser consideradas medidas restaurativas porque no incluyen a todos los protagonistas en el proceso de decisión” (p. 52).

Por lo manifestado, el Estado ecuatoriano se encuentra en una etapa inicial en la búsqueda por marcar una diferencia significativa entre el modelo tradicional retributivo y lo que sería un modelo de justicia restaurativo.

2. México

A. Mecanismos alternativos de solución de controversias

La justicia penal en los Estados Unidos Mexicanos ha sido objeto de diversas reformas constitucionales, derivando con ello las adecuaciones a las leyes sustantivas y procesales. En su momento diversas entidades federativas incorporaron en legislaciones estatales el uso de la mediación y conciliación, entre otras formas de solución de conflictos en diversas materias del derecho, denominándoles en ocasiones métodos alternos. Es a partir de 1997, que el Estado de Quintana Roo se convierte en pionero al incorporar los mecanismos alternativos de solución de controversias (Juan Castro, 2017), el camino que recorrió para propiciar el acceso a la justicia fue en un primer momento reformar su Constitución local y posteriormente se promulgó la Ley de Justicia Alternativa en el referido año 1997, convirtiéndose en un referente para que se realizara un trabajo similar en el resto de las entidades federativas.

A nivel nacional fue la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la que constituyó un cambio significativo al adicionar un párrafo al artículo 17 constitucional para dar pauta a la aplicación de los MASC con la

siguiente redacción: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM] 5/12/2020, art. 17). De esta forma, México adopta una nueva fórmula a partir de esta reforma constitucional, dejando atrás el paradigma tradicional para intervenir en los conflictos jurídicos penales, utilizando la denominación de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Es observable tanto en diversas legislaciones como en la doctrina el uso de términos tales como: métodos alternos, mecanismos alternativos, medios alternos, procesos alternativos, entre otros, para hacer referencia en la mayoría de los casos, a la mediación y a la conciliación, al incorporarlos en los sistemas procesales en diversas materias. Algo que es posible identificar es que ya sea mediación o conciliación, cada uno supone el desarrollo de un método con etapas, sesiones y principios que son necesarios para la gestión de conflictos, aunque pareciera un debate semántico sin sentido la forma en la que se denominan les puede proporcionar un reconocimiento adecuado en los sistemas de justicia, a continuación se observa la definición que ofrece Ana Fierro (2010):

Los MASC constituyen formas de empoderamiento de la ciudadanía, pues con ellos se responsabiliza a los particulares de sus propios problemas y se convierten en agentes activos de la solución a los mismos. La base que sustenta a estos medios es que las personas, mediante un acuerdo de voluntades, tienen la capacidad de comunicarse y llegar a acuerdos que proporcionen soluciones a sus conflictos, satisfactorias para ambas partes (p. 18).

El artículo 17 contempla el acceso a la justicia, por lo tanto, los MASC son por excelencia una forma de dar inicio al procedimiento penal lo que sin duda es un referente importante tratándose de una solución ágil y eficaz.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal (LNMA SCMP, 05/12/2020) se promulga el 29 de diciembre de 2014, y esto constituye otro importante avance, pues en el artículo 3o., fracción III, se determinó que la mediación, conciliación y junta restaurativa serán los MASC aplicables en la materia penal, además de la unificación en la denominación de los mecanismos, pues como se ha descrito en líneas precedentes, antes de la vigencia de la normativa, era diversa “medios alternativos”, “medios alternos”, “mecanismos alternativos”, “métodos alternos” situación que responde a la variada

denominación que existe a nivel doctrinario, principalmente relacionada al proceso de evolución conceptual. Sin embargo, este artículo no pretende centrarse en un análisis semántico de los términos empleados en cada ley de la materia de las entidades federativas que integran los Estados Unidos Mexicanos, lo pertinente es observar el objeto de la mediación, conciliación y junta restaurativa.

Por tanto, la aplicación de los mecanismos alternativos, ya sea mediación, conciliación o junta restaurativa para el caso de la experiencia en México, constituyen:

- Una forma de empoderar a las personas y devolverles el rol protagónico que les corresponde, permitiendo su participación al construir soluciones.
- Un mecanismo ágil de acceso a la justicia y de atención a las necesidades que derivan de la conducta considerada en la ley como delito.
- Un derecho humano para las personas.

Para considerar que es posible resignificar la justicia penal en México, tratándose de la incorporación de los MASC en la materia penal, no sería suficiente si sólo se contempla en el sistema de justicia encaminado para personas adultas, siendo relevante mirar cómo se construye el sistema de justicia penal para personas adolescentes.

La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIIPA, 05/12/2020) incorpora diversos aspectos de relevancia fundamental, relacionados con el contenido del presente análisis, así, el Libro Segundo “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y Formas de Terminación Anticipada” en el artículo 84 establece que los “Mecanismos Alternativos” para aplicar en la justicia penal en materia de adolescentes son: la mediación y los procesos restaurativos, para mayor comprensión de este trabajo en el cuadro siguiente se contienen las formas en que han sido descritos en la mencionada ley.

Cuadro 3. Descripciones de la mediación y los procesos restaurativos

<i>Mecanismos alternativos de solución de controversias: mediación y procesos restaurativos</i>	
Mediación	La mediación es el mecanismo voluntario mediante el cual la persona adolescente, su representante y la víctima u ofendido, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia (artículo 85)

<i>Procesos restaurativos</i>	
Reunión de la víctima con persona adolescente	Procedimiento mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente y su representante, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, sin la participación de la comunidad afectada (artículo 90)
Junta restaurativa	Mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente y, en su caso, la comunidad afectada, en el libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, que se desarrollará conforme a lo establecido en la Ley de Mecanismos Alternativos y esta ley (artículo 91)
Círculos	Modelo mediante el cual la víctima u ofendido, la persona adolescente, la comunidad afectada y los operadores del Sistema de Justicia para Adolescentes, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia. Podrá utilizarse este modelo cuando se requiera la intervención de operadores para alcanzar un resultado restaurativo, cuando el número de participantes sea muy extenso o cuando la persona que facilita lo considere el modelo idóneo, en virtud de la controversia planteada (artículo 92)

FUENTE: LNSIIPA, 05/12/2020.

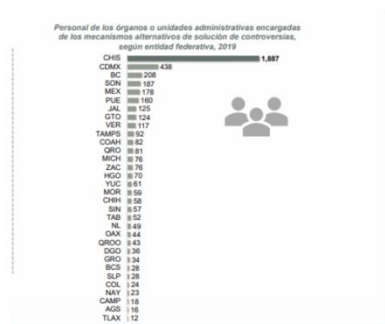
Uno de los aspectos contenidos en la norma citada es que incorpora a la mediación y los procesos restaurativos como mecanismos alternativos, en un mismo plano; en capítulo aparte, describe los procesos restaurativos destacando que con su aplicación se pretende lograr un resultado restaurativo, redacciones que requieren mejorar para propiciar una aplicación adecuada para lograr resultados restaurativos.

Ahora bien, la finalidad de los MASC es propiciar el uso del diálogo como la forma de afrontar los conflictos, de tal forma que, al utilizar la comunicación de manera asertiva, alejada en consecuencia de un contenido violento (LNMA SCMP, 05/12/2020, art. 1) que

describe. Para tener una referencia acerca de la importancia del uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias, podemos referirnos a la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Inseguridad de 2017 en el apartado de “Conflictos y conductas antisociales (existencia)” en donde se menciona que el 42.7% de la población de 18 años y más refieren según que en el cuarto trimestre de 2016, afrontaron algún conflicto o enfrentamiento con familiares, vecinos, compañeros de trabajo/escuela. Por tal motivo uno de los beneficios de la aplicación de los mecanismos, en el ámbito penal, es el logro de una solución basada en la comunicación, el respeto y la confidencialidad.

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía (05/12/2020) publica en los resultados del Censo Nacional de Procuración de Justicia Estatal 2020, que hay un total de 4,543 personas encargadas de aplicar los MASC en la materia penal, en un total de 682 oficinas o unidades administrativas.

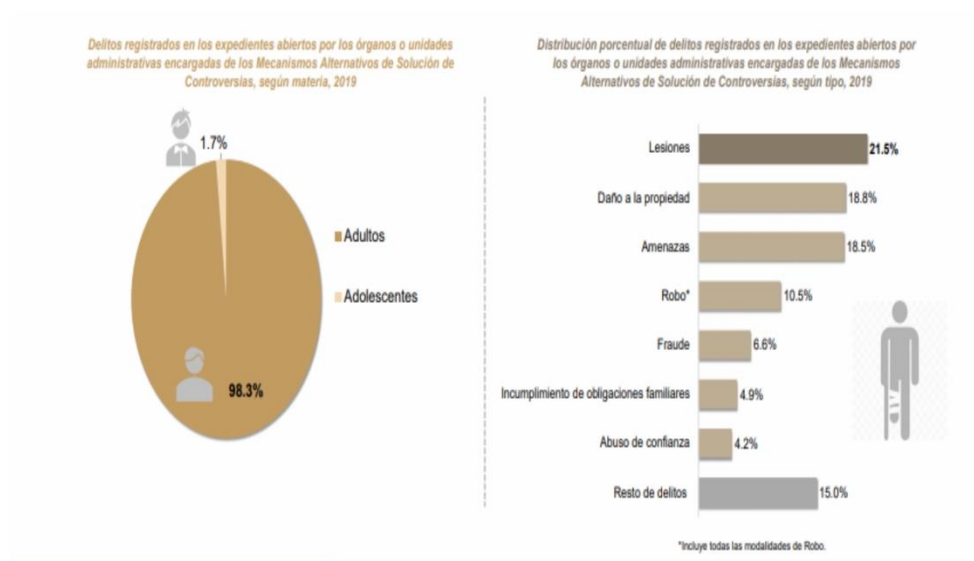
Gráfico 1. Personal que labora en la aplicación de los MASC



FUENTE: elaborada y publicada por INEGI. CNPJE (05/12/2020)

Este dato es muy importante pues es una muestra del destino de los recursos públicos en materia de justicia penal a través de la aplicación de los MASC en México, por otro lado, la tabla 4, es una muestra de las conductas consideradas en la ley como delito que tienen el mayor número de registros, que incluso permiten observar a detalle la escalada de los conflictos.

Gráfico 2. Delitos por los que se ha iniciado un MASC



FUENTE: elaborada y publicada por INEGI, CNPJE (05/12/2020)

Los datos que comparte el INEGI (05/12/2020) son muestra del desarrollo de los MASC en México, avanzando al contar con los órganos especializados para su adecuada aplicación, de igual forma es importante visualizar las conductas delictivas que con mayor frecuencia se derivan a estos órganos.

La reforma constitucional al sistema de justicia penal en México, al incorporar los MASC, privilegió como uno de los derechos de las personas el acceso ágil no sólo a la justicia, también a la reparación del daño que deriva de la conducta considerada en la ley como delito, al concebirse, como un derecho de las víctimas u ofendidos, por tal motivo las autoridades en las respectivas etapas del proceso penal deben asumir la obligación constitucional de protección de ese derecho.

B. Justicia restaurativa

Teniendo en cuenta que la justicia restaurativa está sustentada en los pilares que plantea Howard Zehr (2007) los cuales permiten dimensionar las consecuencias o efectos causados por la ofensa/delito, en un primer lugar es necesario centrarse en los daños y necesidades, para ello es relevante contar con una amplia visión comprendiendo que los daños van más allá de las afectaciones patrimoniales o económicas, lo que ha generado históricamente que se adopte una práctica de justicia retributiva, minimizando las afectaciones causadas a las víctimas y a las comunidades; observar la responsabilidad activa constituye el segundo pilar, las obligaciones, quizá uno de los aspectos más complejos ya que

al asumir la responsabilidad las personas causantes de la ofensa asumen las obligaciones que derivan de haber causado los daños a la víctima. El tercer pilar es la participación, contrario a lo que se observa en la justicia tradicional o retributiva, el proceso se limita a la intervención de quienes son denominados sujetos del procedimiento, es decir, víctima e imputado, entre otros, pues si no se cumplen con requisitos procesales no hay posibilidad de que los familiares tanto de la persona que ha sido víctima o de las personas imputadas sean parte de un círculo por citar un ejemplo. Estos pilares que sustentan la justicia restaurativa constituyen una visión filosófica que de incorporarse en el sistema de justicia penal requiere una serie de adecuaciones legislativas y otras tantas institucionales para la adecuada selección, capacitación y formación constante de las personas facilitadoras que lleven a la práctica los procesos restaurativos.

Observando el sistema de justicia penal en México, es importante iniciar con el desarrollo legislativo:

Cuadro 4. Procesos o modelos restaurativos

<i>Proceso o modelo restaurativo</i>	<i>Ley donde se incluye</i>
Junta restaurativa (Señalada como un MASC)	Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, artículo 27
Modelos de reunión: víctima con la persona adolescente, Junta restaurativa y Círculos	Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, artículos 88, 90, 91 y 92
Procedimientos de justicia restaurativa	Ley Nacional de Ejecución Penal artículos 151, 198, 200, 201, 202, 203 y 204

FUENTE: elaboración propia.

El derecho penal a través del sistema de justicia como el medio para dar respuesta tanto a las víctimas, ofensores y a la comunidad de las conductas que ingresan para ser investigadas a través de la aplicación tanto de las normas sustantivas como adjetivas, debe incorporar la justicia restaurativa y con ello lograr el alcance del resultado restaurativo,

desde la perspectiva que aporta Howard Zehr (2007) eso permitiría un significado diferente al que ha propiciado la justicia retributiva.

La necesaria interpretación axiológica de la justicia restaurativa a través de sus valores, principios y pilares, a través del adecuado desarrollo de los modelos o procesos permite resignificar la justicia penal, así como el derecho penal acorde a su historia ha transitado por diversas etapas, este es un momento para reafirmar que, al dejar atrás las venganzas, ahora está en la etapa restaurativa, que deriva del desarrollo científico y del periodo humanitario. La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIIPA 05/12/2020) describe el siguiente principio:

El principio de justicia restaurativa es una respuesta a la conducta que la ley señala como delito, que respeta la dignidad de cada persona, que construye comprensión y promueve armonía social a través de la restauración de la víctima u ofendido, la persona adolescente y la comunidad. Este principio puede desarrollarse de manera individual para las personas mencionadas y sus respectivos entornos y, en la medida de lo posible, entre ellos mismos, a fin de reparar el daño, comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias (art. 21).

El principio restaurativo incorpora elementos que desde el desarrollo de los derechos humanos y el derecho internacional propician la humanización de la justicia a través del respeto a la dignidad humana y la construcción de la armonía social, no sólo para dictar las sentencias imponiendo el castigo como consecuencia, sino más bien para mirar las causas a través del origen del conflicto, con ello se logra un nivel teleológico pues se dimensiona que la finalidad de la justicia restaurativa no es la imposición del castigo y mirar afectaciones a la legislación penal, es comprender que en el centro de la ofensa están las personas y sus relaciones.

En la interpretación teleológica de la justicia restaurativa y acorde a las enseñanzas de Howard Zehr (2007) para atender las necesidades de las personas que han sido victimizadas, derivadas de la ofensa es esencial ubicar el resultado, permitirá tener en cuenta si es plenamente restaurativo o incluso sea pseudo o no restaurativo, para ello se precisa que será plenamente restaurativo si se logran las actividades siguientes:

Cuadro 7. Actividades a realizar para lograr resultados restaurativos

<i>Actividad</i>	Si se realiza
------------------	---------------

Participan: víctima u ofendido, imputado	
Es posible la participación de la comunidad	
Atender necesidades que surgen a partir de la ofensa	
Existe la posibilidad de generar responsabilidad activa	
Brinda la posibilidad de dialogar y tomar decisiones por consenso	
Favorecer a la recomposición social	
Resultado	Plenamente restaurativo

FUENTE: elaboración propia con información de (Howard Zehr, 2007).

Si alguna de las actividades no se lleva a la práctica puede tener un resultado parcialmente restaurativo, Howard Zehr (2007) denomina a esto la escala gradual en la efectividad y alcance de los modelos de justicia restaurativa.

Los resultados en la práctica en el sistema de justicia penal en México se reflejan en los siguientes datos:

Círculos

Total, en el país: 01

1 entidad federativa reporta: 01

18 entidades federativas reportan: 0

El resto de las entidades no proporcionan la información.

Junta restaurativa

Total, en el país: 178

1 entidad federativa reporta: 161

1 entidad federativa reporta: 9

1 entidad federativa reporta: 5

1 entidad federativa reporta: 2

19 entidades federativas reportan: 0

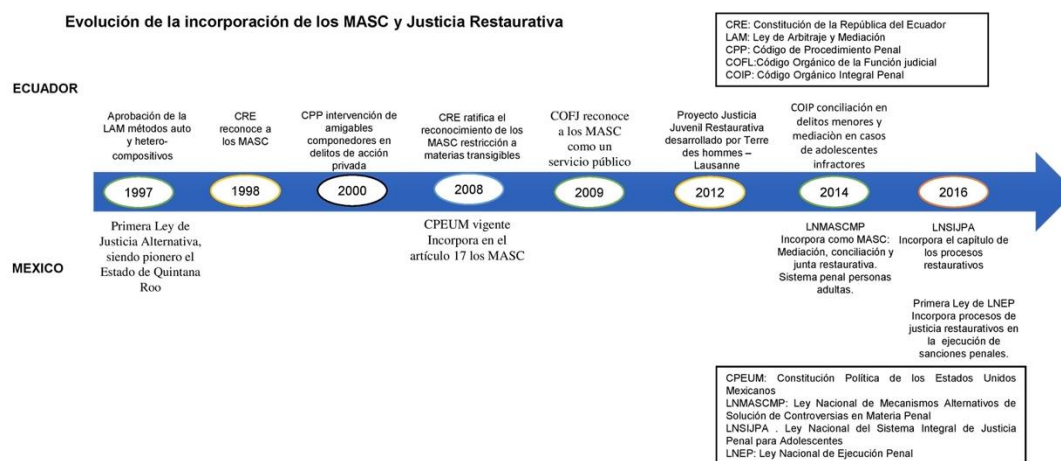
El resto de las entidades no proporcionan la información

FUENTE: Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2019 (INEGI, 05/12/2020)

El camino por iniciar una etapa de justicia restaurativa en la práctica del derecho penal en México se observa en la redacción de las legislaciones que se aplican en el sistema de

justicia penal, no basta con esa fuente del derecho, a la par, se van desarrollando otras que, sin duda permitirán el avance y consolidación de esta necesaria respuesta para quienes han sido víctimas, así también para quienes sean responsables de la ofensa y por supuesto para la comunidad, pues sin la responsable participación de esta última los resultados no serían plenamente restaurativos, continuando con modelos punitivos y retributivos que sólo apuestan al castigo como la única opción posible.

Gráfico 3. Evolución de la incorporación de los MASC y justicia restaurativa



FUENTE: elaborado por las autoras a partir de la legislación.

De las líneas de tiempo sobre la evolución de la normativa en Ecuador y México, se desprende que al año 1997, ambos países incorporan mecanismos alternativos mediante normativa legislativa para la resolución de conflictos de naturaleza privada. Así, Ecuador promulga la Ley de Arbitraje y Mediación, mientras que en México el estado de Quintana Roo se regula con la Ley sobre Justicia Alternativa. Posteriormente, en el año 2008, los mecanismos adquieren un reconocimiento de rango constitucional, ante la necesidad de potencializar su aplicación.

Tanto en México como en Ecuador, la reforma constitucional de 2008 dio paso a una serie de reformas legales encaminadas a otorgar al sistema de justicia la debida coherencia con el nuevo texto constitucional, que incluye, como no podía ser de otra manera, al ámbito penal, específicamente en 2014, ambos países introducen novedades para el tratamiento del conflicto penal, pero con una gran diferencia, mientras México regula mecanismos alternativos y justicia restaurativa, Ecuador opta únicamente por mecanismos alternativos.

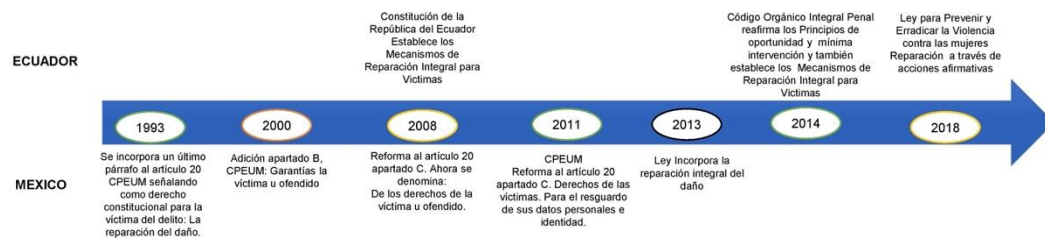
De este modo, México aprueba varias leyes encaminadas a la aplicación de la conciliación, mediación y la junta restaurativa en el sistema de adultos, así como los procesos restaurativos, el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la reparación del daño, principalmente producto de un mayor entendimiento de la importancia de un tratamiento distinto, de la conducta penal y el daño ocasionado, desde la necesidad de atender efectivamente y de forma integral, las distintas necesidades de las personas involucradas en el conflicto penal (víctimas, ofensores y la comunidad). Ecuador, por su parte, apuesta en el ámbito penal, por la conciliación para delitos menores en personas adultas, dentro de un sistema que continúa reproduciendo prácticas procesales establecidas, por lo que no se genera un mayor impacto, y por la mediación penal en el ámbito de la justicia juvenil, manteniendo su ámbito de aplicación en los mismos casos que la conciliación penal, que hasta antes del año 2012, no pretendía trabajar un enfoque de justicia restaurativa.

La incorporación de mecanismos alternativos se produce en Ecuador de manera conjunta para personas adolescentes y adultas (2014). Con el Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa desarrollado por Terre des hommes-Lausanne (2012), el Estado ecuatoriano entra en contacto con la justicia restaurativa. En México, se incorporan mecanismos alternativos y justicia restaurativa, primero para personas adultas (2014) y posteriormente personas adolescentes (2016). Esto indiscutiblemente, posiciona la experiencia de México sobre la de Ecuador, en el tratamiento de la conducta y el daño, pues toma en cuenta a todas las personas involucradas en el conflicto penal (víctimas, ofensoras y a la comunidad) desde una óptica de diferenciación, cada vez mayor, del modelo de justicia retributivo.

México, presenta una marcada tendencia a la composición restaurativa del conflicto penal, Ecuador al no regular de forma expresa la justicia restaurativa, deja a la interpretación de ciertas normativas, que hacen referencia a mecanismos de reparación integral y que se centran únicamente en la víctima, dejando de lado a la persona ofensora dentro de un sistema penal colapsado, y a la comunidad sin una participación directa, en este sentido, la praxis ecuatoriana, se limita a la ejecución de un Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa por iniciativa internacional, que se encuentra todavía en sus primeras fases de generación de convenios y capacitación para la aplicación del denominado enfoque restaurativo, específicamente a través de medidas socioeducativas.

Gráfico 4. Evolución de los derechos de la víctima u ofendido para la reparación del daño

Evolución de los derechos de la víctima u ofendido para la reparación del daño



FUENTE: elaboración propia a partir de la legislación.

Con respecto a la evolución de la justicia penal en el tratamiento a las víctimas, se aprecia que Ecuador a partir de la reforma constitucional (2018) establece los mecanismos de reparación integral, los mismos que posteriormente también forman parte del Código Orgánico Integral Penal junto con el principio de oportunidad y mínima intervención. De igual forma, la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer adiciona la reparación integral a través de acciones afirmativas. Con lo cual, el Estado ecuatoriano pretende abrir el camino a los mecanismos alternativos en el ámbito penal y justicia restaurativa; sin embargo, en el país la población carcelaria se ha triplicado en la última década, con lo cual, se mantiene la preminencia del castigo y el encierro de las personas establecidas como responsables en el cometimiento de delitos (*El universo*, 24-03-2022, párr. 1). México, bajo una marcada tendencia por continuar con la incorporación cada vez mayor de la justicia restaurativa, mediante la normativa implementada en los últimos años, pretende dar un tratamiento adecuado a las víctimas centrándose en la reparación del daño.

VI. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que son dos los grandes temas que se abordan para resignificar la justicia penal, por un lado, la incorporación de los MASC como formas de solución de conflictos autocompositivas, por otro, la necesidad de mirar con atención los daños y necesidades que derivan de una ofensa/delito, así como la evidente necesidad de favorecer a la consolidación de la responsabilidad activa para asumir las obligaciones de forma participativa, un tratamiento diferente a las formas tradicionales o respuestas que se han propiciado desde el derecho penal, que ha generado día a día sociedades punitivas, estigmatizante y carentes de empatía tanto para las personas que han sido víctimas como quienes son responsables de la ofensa, una sociedad indiferente que poco o nada se involucra, y si lo hace es usualmente para

que permita: superar la fórmula delito-castigo instaurada; atender las reales necesidades de las víctimas, agresores en cuanto a su rehabilitación y de la comunidad, y restablecer la paz social quebrantada.

Ecuador y México iniciaron un proceso de modernización y reforma al sistema de justicia penal a nivel constitucional en el año 2008 y legal en el año 2014, el cual constituye un avance hacia la evolución de la justicia, en busca de resultados restaurativos, que permitan responder de mejor manera a las necesidades de las víctimas, la responsabilización de ofensores por el daño ocasionado y la participación de la comunidad a consecuencia de la afectación que el surgimiento del delito le ha ocasionado. De este modo, en Ecuador, se reconoce como los medios alternativos a la conciliación y la mediación, y establece su aplicabilidad en el ámbito penal. A través del programa de Justicia Juvenil Restaurativa pretende abrir camino a la justicia restaurativa, a través de las medidas socioeducativas, atendiendo las necesidades de las personas adolescentes que han infringido la ley penal; sin embargo, en la praxis no incluye a las víctimas y tampoco a la comunidad, por lo tanto, se encuentra en una etapa inicial en la búsqueda por marcar una diferencia significativa del modelo tradicional retributivo. En México, el acceso a la justicia a través de los MASC constituye un derecho humano fundamental y existe una marcada tendencia acompañada de esfuerzos significativos para mejorar sus prácticas y ampliarlas hacia un cambio de paradigma que permita un tratamiento más humano del conflicto penal.

VII. REFERENCIAS

- Baratta, A. (2013). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. XXI Editores.
- Becaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid. uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1
- Benavides Vanegas, F. S. y Samir (2017). Alternativas a la pena Privativa de la Libertad. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 2(5), 37-56. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i5.72>
- Benítez, Lissette (2019). *La Justicia Restaurativa en la reinserción a la comunidad de adolescentes en conflicto con la ley penal*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ambato. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2922/1/77088.pdf>

- Castro, J. (2017). *Quintana Roo origen de la justicia alternativa en México*. Grupo Editorial Estos Días.
- Código de Procedimiento Penal (1/12/2020).
http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_codigo_pp.pdf
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. 1/12/2020.
https://www.igualdad.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2017/11/codigo_ninezyadolescencia.pdf
- Código Orgánico Integral Penal. 01/12/2020.
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
- Consejo Nacional de Judicatura (2019). *Rendición de Cuentas*. <https://tdh-latam.org/resultados-ecuador/>
- Consejo Nacional de la Judicatura. 15/01/202. *Resolución 041-2014*.
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2014cj/0412014.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. 1/12/2020.
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 5/12/2020. 155.
- Constitución Política del Ecuador. 1/12/2020.
<https://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- Cortés, M. (1992). *Derecho Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Diario El Universo* (24-03-2022). <https://n9.cl/u7l0v>
- Eiras, Ulf. (2010). *Mediación penal de la práctica a la teoría* (2a. ed.).
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4122/9.pdf>
- Fierro, A. (2010). *Manejo de Conflictos y Mediación*. CIDE.
- Galindo, Á. (2001). Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador.
Iuris Dictio, 2(4), Article 4. <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>
- García, I. (2010). *La mediación familiar desde el ámbito jurídico*. Juruá.
- Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (05/12/2020). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Inseguridad*.

- http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/ensu/ensu2017_01.pdf
 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (05/12/2020). *Censo Nacional de Procuración de Justicia*.
https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnpje/2020/doc/cnpje_2020_resultados.pdf
- Cornelio, E. (2014). Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como Derecho Humano. *BARATARIA. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, (17), 81-95. <https://www.redalyc.org/pdf/3221/322132552006.pdf>
- Ley de Arbitraje y Mediación. 1/12/2020.
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. 05/12/2020.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf
- Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes. 05/12/2020.
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA_011220.pdf
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 15/01/202.
<https://n9.cl/extwi>
- Mill, R. (2013). *Mediación Penal*. Culzoni.
- Moliné, J. C. (2009). Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, 11, 111-130. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i11.15193>
- Nava, W. y Breceda, J. (2017). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Un acceso a la justicia consagrado como derecho humano en la Constitución mexicana. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(37), 203. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2017.37.11457>
- Ovalle, J. (2005). *Teoría General del Proceso*. Oxford.
- Reyes, M. (2013). Sobre la Justicia Restaurativa. En Universidad de Deusto (ed.) *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Universidad de Deusto. <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon09.pdf>
- Tierra de Hombres (15/01/2002). *Proyecto Justicia Juvenil Restaurativa Ecuador*.
<https://tdh-latam.org/resultados-ecuador/>

United Nations Office on Drugs and Crime (2011). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. United Nations.

https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_de_Justicia_Restaurativa_1.pdf

Zehr, H. (2007). *El pequeño libro de la justicia restaurativa*. Good Books. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_las_justicia_restaurativa.pdf