

**El principio de ultima ratio del derecho
penal y la justicia restaurativa**

**The principle of ultima ratio of Criminal
Law and restorative justice**

José Arturo Marchán-Aveiga¹
Pontificia Universidad Católica, Manabí - Ecuador
rjmarchan2062@pucesm.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2022.2-1.1088

V7-N2-1 (abr) 2022, pp. 136-148 | Recibido: 24 de febrero de 2022 - Aceptado: 06 de marzo de 2022 (1 ronda rev.)
Edición especial

¹ Estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador con sede en Manabí en Derecho Penal, Abogada con experiencia en Derecho Societario, Civil y Penal.

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El presente artículo se desarrolla con el objetivo de analizar la justicia restaurativa como criterio jurídico enmarcado en el principio de ultima ratio como dique de contención del poder punitivo que ejerce el Estado a través del derecho penal. Para esto se empleó un tipo de estudio descriptivo con enfoque cualitativo con el propósito de ilustrar sobre las características, cualidades y naturaleza del principio de ultima ratio y la justicia restaurativa, y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia penal. De lo cual se obtuvo como resultado que tanto la Constitución como el Código Orgánico Integral Penal, reconocen el principio de mínima intervención penal, así como la validez jurídica de la justicia restaurativa, sin embargo las reglas de aplicación de esta última proponen que este tipo de justicia se encuentre supeditado a la consecución del procedimiento penal, sirviendo como elemento accesorio en la etapa de ejecución de la sentencia, sin que se vea reemplazada o reducida la pena privativa de libertad impuesta. Se concluye que la normativa jurídica penal ecuatoriana debe reformular las reglas de aplicación de la justicia restaurativa en virtud de que se cumpla con su finalidad, que consiste en aplicar medios y medidas alternativas a la rigurosidad de las sanciones y penas derivadas del derecho penal cuando el delito por su naturaleza así lo permita.

Palabras clave: principio de ultima ratio; justicia restaurativa; derecho penal; medios alternativos

ABSTRACT

This article is developed with the objective of analyzing restorative justice as a legal criterion framed in the principle of ultima ratio as a containment dam for the punitive action exercised by the State through criminal law. For this, a type of descriptive study with a qualitative approach was used with the purpose of illustrating the characteristics, qualities, and nature of the principle of ultima ratio and restorative justice, and its applicability in the Ecuadorian legal system in criminal matters. From which it was obtained as a result that both the Constitution and the Comprehensive Criminal Organic Code recognize the principle of minimal criminal intervention, as well as the legal validity of restorative justice, however the rules of application of the latter propose that this type of justice is subject to the achievement of the criminal procedure, serving as an accessory element in the execution stage of the sentence, without the custodial sentence imposed being replaced or reduced. It is concluded that the Ecuadorian criminal legal regulations must reformulate the rules of application of restorative justice by virtue of its purpose being fulfilled, which consists of applying alternative means and measures to the rigor of the sanctions and penalties derived from criminal law when the crime by its nature so allows.

Key words: principle of ultima ratio; restorative justice; criminal law; alternative means

Introducción

El desarrollo de este artículo tiene por objetivo analizar la justicia restaurativa como criterio jurídico enmarcado en el principio de *ultima ratio* como dique de contención del poner punitivo que ejerce el Estado a través del derecho penal. Para esto se emplea un tipo de estudio descriptivo con enfoque cualitativo, debido a que se busca ilustrar sobre las características, cualidades y naturaleza del derecho penal, la justicia restaurativa, y el principio de *ultima ratio*, identificando además la correlación entre estos y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Bajo este contexto, la estructura dispuesta para el desarrollo de este documento contempla primero un análisis del derecho penal y como incide en este el principio de *ultima ratio* para la resolución de conflictos, considerándolo como el último mecanismo para sancionar los delitos graves que produzcan conmoción social y afecten a los bienes jurídicos más relevantes, enfatizando entonces en la justicia restaurativa para que sean aplicadas medidas alternativas o sustitutivas en aquellos delitos que por su naturaleza así lo permita, constituyéndose esto en un instrumento reparador dentro del sistema penal.

Como segundo punto se realiza un análisis conceptual de la justicia restaurativa, considerando aspecto como el origen y el desarrollo de este tipo de justicia, además de describir las definiciones, características, beneficios y los programas restaurativos, como es el caso de la mediación entre la víctima y el delincuente, cuyo propósito es que exista una mínima intervención punitiva.

En el tercer punto se estudia la justicia restaurativa como criterio auxiliar del principio de *ultima ratio* como dique de contención del poder punitivo del Estado, haciendo énfasis en el análisis de la normativa establecida en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, mostrando los beneficios y utilidad, así como la relevancia acerca del cimiento de su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en materia penal, con lo cual se plantea que dentro de la justicia transicional de carácter punitivo, la justicia restaurativa posee

una tendencia más amplia de crítica al carácter represivo, restaurador y retributivo del derecho penal, la cual se establece como un instrumento presentado como modelo alternativo para la resolución de las controversias suscitadas en la sociedad en general.

Desarrollo

El derecho penal como *ultima ratio*

De acuerdo con Morillas (2018) el derecho penal es la rama del derecho que tiene por función normar y concebir las capacidades punitivas del Estado, es decir, la facultad de imponer mediante la administración de justicia el castigo que en función de la comisión de un acto que por su naturaleza violenta las normas de convivencia o de conducta se hace acreedor un individuo, lo cual deberá siempre estar regido por los principios de proporcionalidad e imparcialidad.

Según Busato (2018) el derecho penal se clasifica en derecho penal sustantivo, que contempla el conjunto de normas jurídicas donde se prevé ciertas conductas que por acción u omisión son consideradas como delito y por consiguiente son meritorias de una sanción; y, derecho penal adjetivo o procesal, que concierne al conjunto de normas que regulan el procedimiento que se debe seguir para la imposición de una sanción, cuando se ha demostrado mediante un proceso de juzgamiento la responsabilidad del sujeto acusado.

Dentro de la concepción histórica del derecho penal y su proceso evolutivo, surgen las denominadas escuelas del derecho penal, mismas que según Quisbert (2018) se constituyen como la sistematización de las diversas teorías para la construcción de un solo cuerpo doctrinal, cuya dirección del pensamiento se orienta en función de responder determinados presupuestos filosóficos-penales, en donde se concentran las concepciones contrapuestas de la legitimidad del derecho de penar, la naturaleza del delito y el fin de las sanciones.

En alusión a las escuelas del derecho penal, Fernández (2018) refiere que la opinión de la Escuela Clásica con respecto a la justicia penal, entiende al delito como un ente jurídico y como infracción y la antijuricidad su esencia, y la pena tiene por finalidad reestablecer el orden externo de la sociedad, razón por la cual debe ser afflictiva, ejemplar, cierta, pronta, pública e irrogada. Mientras que la Escuela Positiva define al delito como un fenómeno, cuyo cometimiento posee una responsabilidad de carácter social y por tanto la pena es un medio de defensa social, por lo que propone aplicar medidas de seguridad para evitar las penas. Por último, el presupuesto operante de la Escuela Ecléctica es la igualdad material, al igual que la Clásica radica su responsabilidad en lo individual, con la diferencia que le agrega el concepto de situación, referente al medio físico y social, es entonces que, en razón de la introducción del concepto de situación en la responsabilidad individual, esta escuela logra la atención punitiva por razones subjetivas y conserva dicha disminución por razones objetivas.

Tomando en consideración los preceptos emanados de las precitadas escuelas del derecho penal, con respecto a la finalidad de la pena así como las medidas de seguridad, conforme lo explica Mir (2018) el principio de *ultima ratio* parte de que estos no son los únicos medios de protección que dispone la sociedad dentro del ordenamiento jurídico. “Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos para el ciudadano y con frecuencia más eficaces para la protección de la sociedad” (p. 109). Por este motivo, se deduce entonces que al contar con medios alternativos cuyo resultado a obtenerse puede ser igual o incluso mejor, no justifica la utilización de recursos graves que pudieran derivar en la lesión de derechos de la persona que se encuentra en proceso de juzgamiento.

Desde un punto de vista histórico, acorde a lo explicado por Carnevali (2019) los fundamentos utilitaristas del principio de *ultima ratio* se pueden encontrar en el movimiento de

la Ilustración del siglo XVIII, mediante el cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista. En este sentido, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala en su Art. 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...”, esto en virtud de que la necesidad de la pena y racionalidad de la misma, eran considerados pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con la que en aquella época se administraba la justicia penal. Por lo tanto, para lograr conseguir una adecuada comprensión sobre el alcance de este principio, como expresión del principio de estricta necesidad, es indispensable situarse en el contexto de un Estado democrático de derecho.

En efecto, la conceptualización de este principio versa en un límite acerca intervención violenta del Estado en la conflictividad social, es decir que el poder penal sólo deberá ser ejercido ante el más grave de los conflictos, sólo cuando las demás alternativas para la resolución de estos sean de carácter inútiles, por tanto, su utilización es aplicada a la adecuación de conductas como comportamientos afectivos para la sociedad.

Según lo manifestado por Binder (2014) el conjunto de reglas y principios que se expresan con *ultima ratio* son los grandes reguladores de una política criminal de base democrática, este conjunto de límites, propios de la política criminal, no funcionan como restricciones, es decir, como límites que de algún modo y por razones más que justificadas, dificultan obtener resultados propios de la política criminal, en otras palabras, estos límites funcionan como una condiciones positiva, mediante la cual se busca mejorar la eficacia de la política criminal.

El principio de mínima intervención o *ultima ratio*, en sentido amplio es considerado como una regla de eficacia constituyendo un límite interno que emerge en torno a la política criminal, buscando según las reglas establecidas terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos, determinando que esa es la finalidad última de la política criminal como parte instrumental de la gestión para la solución de la conflictividad.

Según Binder (2013) es evidente que se debe utilizar la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio de poder que históricamente de manera peligrosa se ha acercado a formas brutalmente abusivas, esta es, en esencia, la idea detrás del principio de *ultima ratio* en sentido amplio, vinculado a la idea de una permanente y progresiva dulcificación del castigo, como a la idea de mínima intervención, a la de necesidad o a la exigencia de utilidad.

El tratadista Wendt (2013) concluye que el principio de *ultima ratio* no es más que una manifestación del principio de proporcionalidad, no solo como un criterio de regulación del poder penal, sino como principio general del derecho público. Por este motivo, manifiesta que:

La comparación entre el principio de *ultima ratio* y el principio de proporcionalidad demuestra que, desde un punto de vista teórico, ambos principios persiguen el mismo objetivo: impedir una acción estatal excesiva contra los ciudadanos. En la práctica, el principio de *ultima ratio* del derecho penal no está a la altura de su supuesta mayor estrictez (p. 92).

De acuerdo con Ferrer (2018) la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto a una conducta ilícita, es así que en observancia al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* el poder punitivo del Estado solo se debe ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o los pongan en peligro.

Si bien el derecho penal se constituye como el medio a través del cual, el Estado ejerce su poder punitivo para regular el comportamiento social que propenda violentar las normas de conducta o convivencia en sociedad, el principio de *ultima ratio* limita esta capacidad, disponiendo que la aplicación de la ley penal sea utilizada como último mecanismo para sancionar delitos que por su naturaleza sean considerados leves y pueda

corresponder el empleo de medidas alternativas o sustitutivas que ayuden a la solución de conflictos y se obtengan resultados de igual o mayor efectividad. De esta manera, el derecho penal estaría direccionado exclusivamente a aquellos actos delictivos cualificados como graves, que produzcan conmoción social y que afecten a los bienes jurídicos más relevantes. En este sentido, los jueces y fiscales, como encargados de administrar y operar justicia respectivamente, y los abogados en calidad de defensores de la parte acusada, tienen la obligación de velar por el respeto a los principios fundamentales, evitando que se instauren procesos penales cuando la situación no es meritoria de estos.

En torno esta temática, es importante señalar el argumento de Roxin (2010) quien distingue que para la protección de los bienes jurídicos no solo se depende del derecho penal, sino que este queda como última opción dentro de todo el ordenamiento jurídico, es decir que su intervención se dará cuando los otros medios como la acción civil, regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, entre otros, resulten ineficientes o fallen ante la situación conflictiva que requiere solución, concibiendo entonces que la misión del derecho penal corresponde a la protección subsidiaria de bienes jurídicos. En este sentido, la postura de Ferrajoli (2006) se centra en que el garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado, en otras palabras, designa un modelo teórico y normativo de derecho penal que propone minimizar la intervención punitiva.

Justicia restaurativa

Establecida la finalidad tanto del derecho penal como del principio de *ultima ratio*, en concordancia a la temática planteada, se aborda la conceptualización de la justicia restaurativa, la cual resulta importante diferenciar de la justicia punitiva. Es así que según lo expresado por Flores (2019) la punitiva es aquella que utiliza las leyes para la resolución de los conflictos, mientras que la restaurativa propone que los conflictos pueden ser resueltos mediante el diálogo y dentro de este

se aspira que el victimario reconozca el conflicto e intente repararlo.

En concordancia a lo anterior, según Barrio (2019) a diferencia de la justicia restaurativa, el sistema penal retributivo tiene por finalidad sancionar o imponer una pena al infractor, sirviendo como instrumento de carácter general aprovechable para cumplir los fines preventivos que se adjudica al derecho penal, toda vez que su objetivo general debe basarse en la restauración de la justicia a favor de las víctimas, con la medida de la reparación del daño, intentando satisfacer las necesidades de los ofendidos así como reparar los perjuicios cometidos.

Ahora bien, acerca de la justicia restaurativa de acuerdo con Gallegos (2019) esta se constituye como un medio de gestión de conflictos en el cual se da prioridad al diálogo para el restablecimiento de la paz social que se haya visto fracturada, es decir, buscar reducir la respuesta violenta y permite la participación protagónica de la sociedad civil. En este sentido, los principios sobre los cuales se sustenta este tipo de justicia consisten en el reconocimiento de que, primero el crimen causa daño a las personas y a veces incluso a las comunidades, en segundo lugar, a la justicia le corresponde reparar esos daños, y tercero es que las partes deben participar de manera activa en el proceso para resarcir los perjuicios causados.

Por su parte Lozano (2020) explica que:

La justicia restaurativa destaca porque busca resolver el conflicto de forma colectiva. Es decir, no solo se considera a los implicados directos, sino que también participan aquellas personas que han podido verse afectadas. Todos estos participan en el círculo restaurativo, al que acuden de forma voluntaria y en el que se encuentra el facilitador quien es el encargado de guiar la sesión. En este proceso, la víctima tiene un rol activo. Y además se anima a los ofensores a que asuman su responsabilidad e intenten reparar el daño a través de distintas alternativas como pedir disculpas,

dar servicio a la comunidad, o cualquier alternativa que se pueda plantear durante el círculo y que dé respuesta a lo que la víctima siente (p. 37).

Sobre las terminologías y expresiones que se utilizan para denominar al fenómeno restaurativo, según lo expresado por Olalde (2017) existe un elemento común entre ellas, el cual corresponde al grupo de prácticas que buscan responder al delito de una forma diferente y menos punitiva que el sistema penal tradicional, siendo que las restaurativas utilizan una fórmula más constructiva que el sistema retributivo, debido a que conjugan elementos como la responsabilidad, la restauración y la reintegración.

Este enfoque enfatiza sobre las características fundamentales de la amplia restauración, lo que permite pensar en la posibilidad de incorporar las prácticas restaurativas en la resolución de conflictos, no solo de índole penal, sino también en situaciones de la vida cotidiana como familia, iglesia, escuela, u otros aspectos.

De acuerdo con Sánchez (2018) mediante la justicia restaurativa se busca que el derecho penal posea un mayor acercamiento a lo que la ciudadanía espera de él, es decir, que en lugar de ser exclusivamente sancionador y punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los conflictos que se le presentan. A este respecto, cabe señalar que los principios fundamentales sujetan a la justicia restaurativa, destacando como propósito la reparación del daño causado, además procura conseguir que la víctima se sienta escuchada y participe de su propio conflicto, así como también le va a servir para comprender la situación del infractor.

La Organización de las Naciones Unidas ha jugado un rol determinante en la promoción de la implementación del modelo de la justicia restaurativa entre sus Estados miembros, mediante el numeral 28 de la Declaración de Viena (2001) donde se dispone que los Estados miembros fomentarán la incorporación de dicho

modelo en sus jurisdicciones, ello orientado a la atención de las necesidades de las víctimas, los delincuentes y las comunidades, así como el respeto de los derechos de estos.

Con base a lo anterior, la Organización de las Naciones Unidas (2006) a través de su manual sobre programas de justicia restaurativa, expone que los objetivos de este tipo de programas han sido expresados en diferentes formas, no obstante los elementos clave que los conforman son:

(a) Apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitirles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda. (b) Reparar las relaciones dañadas por el crimen, en parte llegando a un consenso sobre cómo responder mejor al mismo. (c) Denunciar el comportamiento criminal como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad. (d) Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los delincuentes. (e) Identificar resultados restaurativos y directos. (f) Reducir la reincidencia motivando el cambio en los delincuentes particulares y facilitando su reintegración a la comunidad. Y, (g) Identificar los factores que causan el delito e informar a las autoridades responsables para que implementen estrategias de reducción del delito (p. 9).

De acuerdo con García (2021) los programas de justicia restaurativa contemplados en instrumentos de derecho internacional exigen que se cuente con pruebas que permitan presumir, con un alto grado de probabilidad, que habría una sentencia condenatoria e incluso con el programa piloto de justicia restaurativa del poder judicial, se exige la “viabilidad probatoria”.

En este sentido, se estima meritorio que la verificación del requisito previamente mencionado sea efectuada por el juez, con la finalidad de evitar un posible riesgo derivado de la inobservancia del modelo garantista, relacionado con la demostración judicial del hecho, lo que además permitiría beneficiar al sistema penal, el imputado, la víctima y a la sociedad en general,

con la aplicación de los procesos restaurativos, en alusión al principio de economía procesal.

Acorde con los fundamentos que engloban a la Justicia Restaurativa, de acuerdo con Carrión (2020) la característica primordial de un Estado democrático de derecho, consiste en que para proveer de seguridad jurídica a las personas, se debe emplear un derecho penal de corte liberal, sustentado en los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia y de intervención mínima, entre otros. De estos principios se manifiesta con mayor incidencia dentro del proceso evolutivo de la justicia restaurativa el de intervención mínima, razón por la cual el autor expresa:

El derecho penal solo debe ser utilizado como recurso de *ultima ratio* cuando otros medios resultan ineficaces; de tal manera que se impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales, para la protección de los derechos fundamentales de las víctimas u ofendidos por el delito, así como de aquellas personas que cometen conductas delictivas, por tanto las leyes deben prever mecanismos alternativos de solución de controversias en alusión a la justicia restaurativa, asegurando la reparación del daño y estableciendo los casos en que sea requerido la supervisión judicial (p. 7).

La implementación de la justicia restaurativa, de acuerdo con lo indicado en los apartados anteriores, como modelo para la resolución de los conflictos penales, ha gozado de amplia difusión en épocas recientes; ya que se le atribuyen algunas ventajas, mismas que están ausentes en los modelos “tradicionales”, por lo que se afirma que la recepción de sus planteamientos vendría a contribuir en el mejoramiento del abordaje para la resolución del conflicto penal. En este sentido, busca la reparación integral de la víctima, procesado o sociedad en general reconociendo que la ofensa es contra la víctima, debido aquello el objetivo es buscar reparar el daño causado, brindando

la oportunidad de resarcir de alguna manera la afectación, solucionando el conflicto generado por la comisión de un hecho delictivo.

La justicia restaurativa como criterio auxiliar de *ultima ratio* en derecho penal y dique de contención a la activación del poder punitivo del Estado

En efecto la justicia restaurativa es considerada un instrumento fundamental al momento de impartir justicia enfatizado con el cimiento enfocado a la aplicación de un modelo restaurativo en el sistema penal, debido a la forma en que se pretende atender los problemas cuyos efectos propenden a recurrir a otros medios para solucionar el conflicto, eximiéndose el uso de los centros de reclusión.

Este instrumento plantea un resultado restaurativo de acuerdo al proceso que se determine, mismo que debe estar enmarcado siempre en los principios básicos y las diferentes garantías existentes en el ordenamiento jurídico, por lo cual, se establece que este versa en abarcar todas las necesidades y las responsabilidades individuales y colectivas de las partes, y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

En concordancia a lo anterior, es importante mencionar que la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 195 dispone:

La fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal (p. 91).

En virtud del precitado artículo, siendo el Ecuador un Estado de Derechos y Justicia, el sistema jurídico debe acudir al derecho penal exclusivamente en aquellos casos en los

que no existen otros medios para la solución de problemas sociales, toda vez que, como lo expresa el artículo 424 de la Carta Magna, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico (...)” (p. 190).

Sobre el principio de mínima intervención o *ultima ratio*, este es contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, COIP (2020) mediante su artículo 3, donde dispone: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (p. 8). En este sentido, queda claro que el ordenamiento jurídico ecuatoriano resalta la importancia de que el poder punitivo del Estado se vea limitado a aquellas acciones que por su naturaleza gravosa sean meritorias de ser tratadas mediante el derecho penal, como única alternativa cuando no existen otros medios que procuren la reparación del daño causado al bien jurídico protegido.

Ahora bien, dentro del sistema de justicia penal en Ecuador existen reglas postuladas acerca de la justicia restaurativa, mismas que se expresan en el artículo 651.6 del COIP, de las cuales se destaca el numeral 5:

El objetivo de esta fase es dar a la víctima una oportunidad para expresar el impacto que la infracción ha tenido en su vida; frente a esto la persona infractora debe tener la oportunidad de reconocer su responsabilidad y señalar los compromisos que puede asumir (p. 237).

Dentro del mismo artículo, en el numeral 7 se establece que “El juez o jueza previo iniciar el diálogo, tomará consentimiento de las partes e informará el objetivo, proceso y el tiempo de la fase restaurativa, esto con el fin que las partes involucradas conozcan cómo se desarrollará esta fase restaurativa” (p. 237).

Otra de las reglas que versa de relevancia dentro de este modelo restaurativo es la enmarcada en el numeral 13 del artículo en

mención, donde determina que se deberá dar un trato especial antes y en el proceso de aplicación de la justicia restaurativa, realizando un trabajo de preparación emocional y psicológica, la misma que estará a cargo de especialistas acreditados por el Consejo de la Judicatura, en la materia que serán designados por parte del juez a cargo del proceso.

Este instrumento se encuentra direccionado a la nueva oportunidad de reconocer el error delictivo cuyo método restaurador busque la paz social permitiendo a las personas que resuelvan los conflictos penales de una forma distinta al paradigma tradicional, dando la alternativa de un proceso más humanizado y tendiente a la reinserción social con la participación de la comunidad desde un abordaje razonable y pacífico.

De lo hasta aquí explicado, queda claro que el principio de *ultima ratio* para la aplicación del derecho penal está contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como también están definidas las reglas que contribuyen al desarrollo de una justicia restaurativa en materia penal; no obstante, cabe resaltar que, dentro de estas reglas, el numeral 2 del artículo 651.6 indica que “Esta fase se llevará a cabo como parte de la etapa de ejecución de la sentencia” (p. 237). Y consecuentemente el numeral 3 dispone que “Se realizará únicamente por petición de la víctima y siempre que la parte acusada esté de acuerdo. No reemplazará la sanción de privación de libertad ni será un elemento para reducir la pena” (p. 237).

Con base a lo expresado, se puede inferir que, si bien la justicia restaurativa en materia penal tiene sus reglas de aplicación dentro del COIP, esta se encuentra supeditada a la consecución de las etapas procesales del derecho penal, puesto que como se menciona en las reglas, este procedimiento se puede efectuar dentro de la etapa de ejecución de la sentencia, sin que los resultados que se obtengan influyan como reemplazo o disminución de la sanción privativa de libertad impuesta al acusado.

Por su parte, Alarcón (2018) explica que:

Actualmente en la Constitución 2008 en el artículo 190 de manera concreta se reconoce a la mediación como un medio de solución de conflictos y particularmente la mediación penal que es una realidad, consta una normativa para tratar de resolver ciertos delitos y contravenciones entre víctima y persona procesada, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial como es el mediador, aunque la falta de un capítulo específico en el Código Orgánico Integral Penal y de difusión siguen dificultando a los procesos penales con la idea de que no pueden ser abordados desde el método auto compositivo de solución de conflictos como es la mediación, se puede apreciar que la mediación penal no solo es aplicable sino necesaria. Además, que la legislación ecuatoriana admite la posibilidad de introducir la mediación penal para de esa forma contribuir a desmitificar y, sobre todo, descongestionar la justicia en el campo penal (p. 4).

De acuerdo con Vargas (2019) la aplicación del principio de mínima intervención como limitante del *ius puniendi* empleando canales de justicia restaurativa, aseguran la reparación del daño a la víctima y acceso a una tutela efectiva, sobre las soluciones tradicionales. Sin embargo en la actualidad, dentro del proceder jurídico ecuatoriano, se denota una tendencia en la aplicación de modelos de justicia retributiva, lo que provoca el incremento de los tipos penales, adopción asidua de medidas o sanciones privativas de libertad, endurecimiento de las penas, entre otros.

Sobre la aplicación de la justicia restaurativa en el sistema procesal penal ecuatoriano, Muentes (2021) refiere que al realizar el análisis de dos casos en específico, los cuales se encuentran signados con número 09288-2021-00654 y 09288-2021-01344, se evidencia que la relevancia de estos delitos ameritó ser resueltos mediante la conciliación penal, pudiendo lograr una reparación integral de los daños causados a las víctimas por parte de las personas procesadas, y de esta forma redimir la conducta punible del infractor y extinguir el

delito, eludiendo así la imposición de una pena privativa de libertad. De esta manera, se logra concluir que la conciliación penal como parte de la justicia restaurativa dentro de sus múltiples fines, propone colaborar con la reducción de la población de los sistemas carcelarios del Ecuador que en la actualidad se encuentran colapsados, así como también descongestionar el sistema de justicia penal.

En este contexto, resulta indispensable que se tomen en cuenta los instrumentos o medios alternativos que se encuentran dentro de la normativa penal como son, la mediación, conciliación y/o la reparación del daño, buscando en sí que la justicia restaurativa pueda tener su aplicación en cualquier etapa del procedimiento, buscando consigo una reincorporación más efectiva con el fin de lograr el alcance de la solución del conflicto y la restauración de las relaciones sociales quebrantadas por la comisión del hecho delictivo y, de esta manera, el derecho penal encuentre una barrera para su no activación.

La importancia de esta herramienta jurídica radica en el restablecimiento del procesado en conflicto dentro de la sociedad, abriendo paso al trabajo psicológico y social que brinde oportunidad para mejorar su calidad de vida, esto frente a un fracaso en la resocialización o prevención al aplicar mecanismos de encierro y encarcelamiento. En definitiva, todo apunta a un fracaso de las sanciones privativas de la libertad y más bien se debe buscar el trabajo colaborativo y colectivo del Estado e instituciones capaces de implementar proyectos y programas para reparación del daño, considerando imperante la necesidad de ejecutar el modelo de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa posee varios mecanismos de acción, los cuales proveen beneficios para los involucrados en un determinado conflicto, no obstante se estima que la mediación es el más adecuado, ya que por medio de este se logra crear un vínculo comunicativo entre los involucrados sin llegar a la controversia pues se cuenta con un tercero que guía el proceso y a más de ello se logra la satisfacción tanto de la víctima, el ofensor y la

comunidad que de una u otra manera también es afectada, por otro lado cabe indicar que se puede conocer las necesidades del ofendido y en base a ello lograr una responsabilidad por parte del ofensor.

Ahora bien, la mediación en ámbito penal adopta una concepción de resolución definitiva de los conflictos sociales, restableciendo la paz social que se ha visto quebrantada por la conducta contraria a la norma, siendo este el objetivo principal se abarca a ambos actores intervinientes del proceso, es decir, tanto el victimario como la víctima, con el fin de que se logre un arreglo frente al conflicto suscitado, haciendo posible una reparación concreta del daño, y facilitando el rol del mediador como garante del acuerdo que lleguen ambas partes en el marco del proceso de mediación penal.

En este sentido resulta imperante determinar que el encuadre jurídico de la mediación versa como un instrumento fundamental dirigido a la resolución de conflictos evitando así la intervención lesiva del poder punitivo, determinando que la justicia retributiva se refiere a la forma tradicional como el Estado enfrenta y reprime los comportamientos que considera lesivos, afectivos y perjudiciales para el logro de la paz y la tranquilidad social.

A diferencia de la justicia transicional de carácter punitivo, la justicia restaurativa se enmarca dentro de un movimiento más amplio de crítica al carácter represivo restaurador y retributivo del derecho penal, determinando que dicho instrumento se presenta como un modelo alternativo por lo que resulta imperante destacar la importancia que tiene la reconciliación entre víctima y victimario en orden a reparar el daño causado a nivel social.

Conforme el análisis realizado se determina que la justicia restaurativa es un criterio del principio de *ultima ratio* del derecho penal, toda vez que esta sirve para evitar llegar a las instancias judiciales para la solución de conflictos, razón por la cual debe formar parte esencial de los preceptos jurídicos del Ecuador, toda vez que este al ser un Estado

Social de Derechos y Justicia, tiene el deber de proteger los derechos y garantías básicas que posee un individuo cuya participación dentro de un conflicto figura como victimario, y a su vez asegurar que la víctima tenga una reparación integral de los daños causados por el cometimiento de un hecho delictivo.

Conclusiones

El derecho penal se concibe como el recurso por medio del cual, se norma la capacidad del Estado para ejercer su poder punitivo, otorgándole la facultad de castigar el cometimiento de un acto que por su naturaleza delictiva, transgrede las normas de convivencia o conducta de la sociedad, siempre guiado por los principios de proporcionalidad e imparcialidad.

Dadas las facultades punitivas que el derecho penal otorga al Estado, toma relevancia el principio de *ultima ratio* o mínima intervención, puesto que este se configura como un instrumento limitante del *ius puniendi* al referir que previo a aplicar las sanciones y castigos derivados de la normativa legal en materia penal, deben agotarse los demás recursos jurídicos que sean menos lesivos para los derechos y garantías del acusado, priorizando la eficacia en la solución de un conflicto y la reparación integral del daño causado a la víctima, designando que el derecho penal debe ser ejercido en aquellos delitos que por su naturaleza gravosa causen conmoción social.

Acorde a la concepción del principio de *ultima ratio*, la justicia restaurativa propone que la solución de los conflictos puede ser gestionada mediante el diálogo, es decir que previo a emplear medidas coercitivas y lesivas en contra de una persona procesada, de acuerdo al nivel de gravedad del delito cometido, se pueden emplear medios jurídicos alternativos y válidos que permitan restaurar la paz social, y proporcionar a la víctima la oportunidad de reparación integral del daño causado, promoviendo la participación activa de las partes, e incluso de la sociedad.

De acuerdo con el análisis efectuado al ordenamiento jurídico ecuatoriano, se establece

que tanto la Constitución como el Código Orgánico Integral Penal, COIP contemplan el principio de *ultima ratio* del derecho penal, donde se pone de manifiesto que este debe ser empleado cuando sea estrictamente necesario, limitando de esta manera el poder punitivo del Estado, a aquellos delitos que su naturaleza gravosa sea meritoria de este accionar.

Si bien el COIP dentro de su estructura jurídica contempla reglas acerca de la aplicación de la justicia restaurativa para la solución de los conflictos, estas se encuentran supeditadas a la consecución del proceso de enjuiciamiento en materia penal, toda vez que se instruye que este tipo de justicia consiste en una fase que se efectuará como parte de la etapa de ejecución de sentencia, donde se expone además que los resultados derivados de este procedimiento no influyen para reemplazar o reducir la pena privativa de libertad impuesta por el juez.

Las reglas contenidas en el COIP sobre la justicia restaurativa en concordancia al principio de *ultima ratio* deben reformular su aplicabilidad, puesto que la finalidad de este tipo de procedimiento consiste en reducir la intervención del Estado en materia penal, descongestionando el sistema judicial penal, lo que a su vez contribuiría en la minimización de la población carcelaria. Contrario a esto, las disposiciones emanadas por el COIP en lugar limitar el ejercicio coercitivo en materia penal del Estado, lo que propone es instaurar la justicia restaurativa como un complemento del procedimiento penal.

Referencias bibliográficas

- Alarcón, V. A. (2018). Mediación en el COIP y la aplicación del principio de oportunidad y mínima intervención. *Espíritu Emprendedor TES*, 1-10. Recuperado el 09 de febrero de 2022, de <https://www.espirituemprendedores.com/index.php/revista/article/view/70/129>
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2020). *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
- Barrio, R. M. (2019). *Justicia restaurativa y justicia penal: nuevos modelos*. Barcelona, España: Atelier Libros Jurídicos.
- Binder, A. M. (2013). *Derecho procesal penal: Hermenéutica del proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- Binder, A. M. (2014). *Derecho procesal penal: Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- Burbano, H. (2016). *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos en el Ecuador: El Derecho penal en un Estado Garantista, un "deber ser" del nuevo Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 31 de enero de 2022, de Sitio Web de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos: <https://inredh.org/seguridad-ciudadana-y-derechos-humanos-en-el-ecuador-el-derechos-penal-en-un-estado-garantista-un-deber-ser-del-nuevo-codigo-organico-integral-penal/>
- Busato, C. (2018). *Derecho penal y acción significativa*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Didot.
- Carnevali, R. (2019). *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*. Talca, Chile: Editorial Praxis.
- Carrión, H. (2020). *La implementación de mecanismos alternativos en el sistema penal mexicano como política pública de derechos humanos*. México: Servicio de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fernández, A. (2018). *Derecho penal, parte general: teoría del delito: tema, acción*. México: Servicio de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. México: D. R. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer, E. (2018). Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 59, 31-118. Recuperado el 31 de enero de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf>
- Flores, J. (2019). *¿Qué es la Justicia Restaurativa?* Recuperado el 08 de febrero de 2022, de Diario de Mediación: <https://www.diariodemediacion.es/ques-la-justicia-restaurativa/>
- Gallegos, H. U. (2019). Justicia restaurativa: herramienta de paz y técnica terapéutica. *Revista Hechos y Derechos*, 1(54). Recuperado el 08 de febrero de 2022, de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14092/15316>
- García, M. A. (2021). *El nuevo modelo de justicia restaurativa*. Madrid, España: Editorial Aranzadi S.A.U.
- Kluwer, W. (2017). *Intervención mínima del derecho penal*. Recuperado el 31 de enero de 2022, de Guías jurídicas: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAAMtMSbF1jTAAAUNjAxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-QaptWmJOcSoAai9aTzUAAAA=WKE
- Lozano, L. (2020). *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria*. Madrid, España: Editorial Reus S.A.
- Mir, S. (2018). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Euros Editores S.R.L.
- Morillas, L. (2018). *Sistema de derecho penal: parte general*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Muentes, A. I. (2021). *La justicia restaurativa como mecanismo alternativo de solución de conflictos en la legislación penal*

- ecuatoriana*. Recuperado el 09 de febrero de 2022, de Repositorio Digital de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil: <http://201.159.223.180/bitstream/3317/17711/1/T-UCSG-POS-MDC-238.pdf>
- Olalde, A. J. (2017). *40 ideas para la práctica de la justicia restaurativa en la jurisdicción penal*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Organización de la Naciones Unidas. (2001). *Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI*. Recuperado el 08 de febrero de 2022, de Sitio Web de la Organización de la Naciones Unidas (ONU): <https://undocs.org/es/A/RES/55/59>
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Manual sobre programas de justicia restaurativa*. Recuperado el 08 de febrero de 2022, de Sitio Web de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf
- Quisbert, E. (2018). *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*. La Paz, Bolivia: Centro de Estudios de Derecho.
- Roxin, C. (2010). *Derecho penal: Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
- Sánchez, N. C. (2018). *Elementos para una justicia de paz restaurativa*. Bogotá, Colombia: Servicio de Publicaciones de la Universidad Santo Tomás.
- Vargas, S. P. (2019). *Derecho penal mínimo y justicia restaurativa*. Recuperado el 09 de febrero de 2022, de Repositorio Digital de la Universidad Técnica de Ambato: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/29987/1/FJCS-POSG-165.pdf>
- Varona, G. (2018). *Justicia restaurativa desde la Criminología: Mapas para un viaje inicial*. Madrid, España: Editorial Dykinson S.L.
- Wendt, R. (2013). The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality. *Oñati Socio-Legal Series*, 3(1), 81-94. Recuperado el 31 de enero de 2022, de https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2200873_code1485531.pdf?abstractid=2200873&mirid=1