

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**Justicia restaurativa: Una alternativa a la judicialización de delitos
cometidos por adolescentes en contextos educativos**

Rodrigo Alejandro Borja Gallegos

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de

Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Rodrigo Alejandro Borja Gallegos

Código: 00214088

Cédula de identidad: 1717434359

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en

<http://bit.ly/COPETheses> .

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on

<http://bit.ly/COPETheses> .

**JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA ALTERNATIVA A LA JUDICIALIZACIÓN DE DELITOS
COMETIDOS POR ADOLESCENTES EN CONTEXTOS EDUCATIVOS¹**

**RESTORATIVE JUSTICE: AN ALTERNATIVE FOR THE PROSECUTION OF CRIMES
COMMITTED BY CHILDREN IN EDUCATIONAL CONTEXTS**

Rodrigo Alejandro Borja Gallegos²

RESUMEN

La justicia restaurativa -como alternativa al modelo penal retributivo- ha adquirido una amplia aceptación a nivel internacional y ha comenzado a implementarse en distintos ordenamientos jurídicos, principalmente en materia de justicia juvenil. En concordancia con esto, la Corte Constitucional del Ecuador emitió su sentencia No.456-20-JP/21 en la que analizó cómo se ha de aplicar la justicia restaurativa para resolver los conflictos entre adolescentes en contextos educativos. Este trabajo busca analizar el alcance de la decisión de la Corte en cuanto a aquellos conflictos que, más allá de incurrir en una falta disciplinaria administrativa, puedan ser calificados también como delitos. Así, se analizará si la justicia restaurativa es en efecto una alternativa a la judicialización de estos casos, si aplica a todo tipo de delitos y la forma en cómo debería aplicarse a partir de lo dispuesto en la normativa vigente en materia de niñez y adolescencia, justicia juvenil y educación.

PALABRAS CLAVE

Justicia juvenil, Justicia restaurativa, Adolescentes infractores, Protección integral, Interés superior del niño, Victimología, MASC, Derecho educativo.

ABSTRACT

Restorative justice -as an alternative to retributive justice- gained a wide international acknowledgement and has been implemented in several legislations, mainly in the field of juvenile justice. Following that path, the Constitutional Court of Ecuador adopted sentence No.456-20-JP/21 in which the Court analyzed how restorative justice should be applied as a means to solve conflicts amongst children in educational environments. This paper aims to analyze the application of this sentence in relation to conflicts not ruled by administrative disciplinary norms, but to those cases that might be qualified as crimes. In that regard, this paper will analyze if restorative justice is an alternative to the judicial prosecution of those crimes, if it is applicable to all types of crimes, and how restorative justice should be applied in accordance with the norms related to children's law, juvenile justice and education law.

KEY WORDS

Juvenile justice, Restorative Justice, Child in conflict with law, child protection, child's best interest, victimology, ADR, Education Law

Fecha de Lectura: 20 de noviembre de 2022

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2022

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Daniela Salazar Marín.

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

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. MARCO TEÓRICO. - 3. ESTADO DEL ARTE. - 4. NORMATIVA APLICABLE. -
3. DISCUSIÓN. - 3.1 ORIGEN DE LA DISCUSIÓN: LA SENTENCIA NO.456-20-JP/21 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL. - 3.2 HACIA UN MODELO DE 'JUSTICIA RESTAURATIVA' EN LOS CASOS DE
DELITOS COMETIDOS POR ESTUDIANTES ADOLESCENTES EN CONTEXTOS EDUCATIVOS. -
4. RECOMENDACIONES. - 5. CONCLUSIONES

1. Introducción

En noviembre de 2021, la Corte Constitucional emitió su sentencia No.456-20-JP/21 sobre “La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos”³. En esta sentencia, la Corte estableció importantes precedentes para la aplicación tanto del ‘enfoque restaurativo’, así como de las ‘prácticas restaurativas’ y, finalmente, de la ‘justicia restaurativa’ para la resolución pacífica de los conflictos suscitados entre adolescentes en contextos educativos. Ahora, si bien la sentencia se enfocó -principalmente- en los casos que son manejados desde los procedimientos disciplinarios administrativos -y a partir de la normativa educativa especializada-, también abrió un importante debate sobre la viabilidad de aplicación de la justicia restaurativa en otros casos de conflictos escolares que puedan ser calificados como delitos cometidos por estudiantes adolescentes y que, en principio, deberían ser referidos a la justicia juvenil especializada.

El presente trabajo busca contribuir a ese debate y aportar posibles respuestas a las preguntas que nacen a partir la revisión de la sentencia y que son, entre otras: 1) ¿se puede aplicar la justicia restaurativa para los delitos cometidos por adolescentes en contextos educativos?, 2) ¿en qué casos se podría aplicar la justicia restaurativa? y, 3) ¿cómo podría ser aplicada?

Como respuesta general y común a estas preguntas, partimos por plantearnos como hipótesis que la justicia restaurativa sí puede ser aplicada en esos casos y que, por lo tanto, es una alternativa a la judicialización de los conflictos estudiantiles que puedan ser calificados como delitos, siempre que sea oportuno y se cumplan ciertos requisitos

³ Sentencia No.456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021.

que responden al interés superior y protección integral de quienes intervengan en el proceso de reparación.

Para verificar la hipótesis y responder a las preguntas una por una, en primer lugar, nos enfocaremos en analizar qué es la justicia restaurativa desde la perspectiva del conflicto y cuál es el marco normativo aplicable. Posteriormente, analizaremos los elementos esenciales de la sentencia No.456-20-JP/21 de la Corte, e identificaremos sus limitaciones, oportunidades y estándares aplicables al tema central de este trabajo. Sobre la base de ello, analizaremos si existe la posibilidad de implementar un sistema de justicia restaurativa para los casos de delitos cometidos por adolescentes en contextos educativos y, finalmente, plantearemos una propuesta de cómo implementar este mecanismo alternativo de solución de conflictos, MASC, en materia de justicia juvenil.

2. Marco teórico

El conflicto es uno de los elementos más comunes de las relaciones humanas pues, ante la existencia de un problema en el que interviene más de una persona, se genera un estado relacional al que accede cada individuo con la finalidad de prestar una u otra solución que resulta distinta o incompatible con la solución propuesta por el otro⁴. Así, ante el apareamiento de un conflicto, sostiene Fisas, “[...] existen una gran variedad de reacciones o respuestas que pueden ser positivas o negativas según su resultado y que se desprenden tanto a nivel individual como colectivo”⁵.

Muchas de estas reacciones pueden enmarcarse en la categoría de la ‘agresividad’⁶ por ser hostiles y violentas, y otras pueden estar vinculadas, más bien, a una actitud de apatía que motiva una postura de ‘no actuar’ o ‘no hacer’. Ambas formas de respuestas, sea que se materialicen en mediante una acción o una omisión, respectivamente, pueden subsumirse en un tipo penal. Tras esto, del abordaje del delito nacen nuevos conflictos relacionados a la forma en cómo este debe ser manejado por la autoridad competente. Sobre esto, Fernando Días Colorado menciona que:

La historia nos muestra que **han sido particularmente dos las formas** que han prevalecido en la manera como una comunidad o un grupo social determinado han

⁴ Jones y Gerard (1972), *cit. en* Fernando Díaz-Colorado, Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2013), 24.

⁵ *Ibíd.*

⁶ *Ibíd.*

enfocado la solución de los conflictos originados cuando ha ocurrido una violación a las normas y a los principios establecidos por ella: **el castigo y la reparación**⁷. (énfasis añadido)

La respuesta predominante al delito ha sido ‘el castigo’. En un principio, este fue impuesto por medio de la venganza privada, pero con el apareamiento del Estado moderno el poder punitivo fue centralizado por este, dando paso al desarrollo de distintas normas y procedimientos que principalmente respondían al enfoque punitivo y retributivo y se enfocaban “en el castigo y la no consideración de la víctima como sujeto de derechos”⁸.

Con el paso del tiempo este enfoque no ha resuelto los conflictos y problemas causantes de la delincuencia por no tener un alcance e impacto de tipo estructural. En consecuencia, este modelo punitivo y retributivo no da respuesta, por ejemplo, a la “disociación familiar, miseria, falta de empleo, inequidad social, falta de oportunidades [...]”⁹ y demás problemáticas que afronta la sociedad actual y que afectan, de forma particular, a poblaciones en situación de vulnerabilidad como los NNA. El resultado de ello es el apareamiento de ciertas prácticas o conductas que son adoptadas por los adolescentes y que, al cometerse, se someten a castigos u otras prácticas administrativas y judiciales punitivas y adultocéntricas que tampoco resuelven el problema de base¹⁰.

En este contexto los MASC, por sus bondades, se han ido posicionando como una alternativa para enfrentar estas problemáticas estructurales y han adquirido particular relevancia en materia penal y de justicia juvenil al dar un abordaje distinto a los delitos cometidos por adolescentes¹¹. Este nuevo enfoque no es punitivo-retributivo y, más bien, tiene un enfoque reparador. Uno de estos MASC es la ‘justicia restaurativa’, mecanismo que en el último tiempo ha ganado reconocimiento a nivel internacional y cuya aplicación en el Ecuador se ha viabilizado por la sentencia de la Corte Constitucional.

⁷ Fernando Díaz-Colorado, Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica, 119.

⁸ *Ibid.*, 120.

⁹ José Eladio Coral, Juzgamiento de adolescentes infractores, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2008), 22.

¹⁰ Fernando Díaz-Colorado, Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica, 47.

¹¹ Josep Aguiló Regla, El arte de la mediación, (Madrid: Editorial Trotta, 2015), 97.

3. Estado del Arte

La idea de la justicia restaurativa como MASC, surgió hace casi medio siglo, pero es particularmente a partir de los años 90 en que se convirtió en un tema central dentro de los distintos debates relacionados al futuro de la justicia penal¹². Quienes promovían la justicia restaurativa sostenían que los mecanismos tradicionales retributivos de la justicia penal tendían a desatender las necesidades reales de las víctimas, sin excluir, por supuesto, las de los perpetradores y de la comunidad en general¹³.

Por ende, la justicia restaurativa aparece como alternativa para hacer frente al crimen mediante la aplicación de una verdadera justicia restauradora que, ante todo, repare a la víctima, restaure el orden y bienestar de la comunidad y, además, permita al agresor entender la naturaleza y magnitud del daño que causó, así como su obligación de repararlo¹⁴. También, en sentido abstracto, la justicia restaurativa busca dar voz a la víctima, lograr el perdón, la reconciliación y la reinserción de los responsables en el ecosistema y dinámica social de su comunidad¹⁵.

En este sentido, la justicia restaurativa ha ido teniendo mayor fuerza desde la aparición del movimiento victimológico¹⁶. Este movimiento fue pionero en “plantear nuevas consideraciones sobre el lugar del sufrimiento de la víctima [...]”.¹⁷ Además, señala Uprimny, tuvo el “propósito esencial de equilibrar las exigencias de justicia y paz en contextos [...] caracterizados por [...] la violación masiva y sistemática de derechos humanos”¹⁸. Así, con el paso del tiempo y con el mayor reconocimiento e importancia que se le ha dado por sus efectos positivos, la justicia restaurativa se presenta como “un paradigma alternativo y crítico del funcionamiento del sistema penal [...]”¹⁹ y de justicia juvenil. Por esto, se ha convertido, progresivamente, en un mecanismo ampliamente reconocido e implementado por distintas legislaciones al ser más beneficioso para abordar

¹² Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness, “Preface”, en *Handbook of restorative justice*, ed. de Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness (Reino Unido: Willan Publishing, 2007), xxi.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness, “Preface”, xxi.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Fernando Díaz-Colorado, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, 120.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Cit. en* Fernando Díaz-Colorado, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, 121.

¹⁹ Fernando Díaz-Colorado, *Conflicto, mediación y conciliación desde una mirada restaurativa y psicojurídica*, 120.

los conflictos de origen estructural y que afectan a grupos en especial condición de vulnerabilidad como los NNA.

Ahora, “[e]n la actualidad, la primera vez que se propuso una solución alternativa dentro del marco de la justicia restaurativa fue en casos de menores (de edad)”²⁰, mediante la aplicación del “Programa de reconciliación entre víctima y victimario” de Canadá y el programa de “Mediación Víctima Ofensor” de Estados Unidos. Posteriormente, los programas de justicia restaurativa para conflictos en los que intervienen NNA fue ganando mayor terreno y se empezó a aplicar de manera generalizada en países como Indonesia, Perú, Sudáfrica, Tailandia, Filipinas, Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido, entre otros.²¹ La amplia aceptación y aplicación de la justicia restaurativa en estos países responde, principalmente a dos elementos. En primer lugar, si bien en muchos países el concepto y práctica de la justicia restaurativa puede ser algo completamente nuevo o desconocido,

[e]n muchas sociedades tradicionales, los valores de la justicia restaurativa, como la recuperación, la reconciliación y el respeto mutuo, han servido desde hace mucho tiempo para resolver conflictos y consolidar los vínculos en la comunidad²².

En segundo lugar, tenemos que la amplia aceptación de la justicia restaurativa a nivel internacional también se debe a la promoción y experiencias que han compartido distintos países en el foro internacional, todo esto sobre la base de sus conocimientos y prácticas exitosas en “casos de niños involucrados en el sistema de justicia, tanto por faltas como por infracciones”²³. Además, desde el Comité de los Derechos del Niño, se ha hecho un importante esfuerzo para promover a nivel global la aplicación de la justicia restaurativa en procesos en los que intervienen NNA. Así, con el fin de emitir un criterio orientador para los estados parte, el Comité emitió su Observación General CRC/C/GC/24, en la cual propuso lo que sería una definición estandarizada para la implementación de la justicia restaurativa en materia de justicia juvenil:

Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el agresor y cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un delito participan conjuntamente y

²⁰ *Ibíd.*, 123.

²¹ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, Informe, Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, 10 -11.

²² *Ibíd.*, 2.

²³ *Ibíd.*

de forma activa en la resolución de las cuestiones derivadas de ese delito, a menudo con ayuda de un tercero justo e imparcial²⁴.

4. Marco Normativo

La adopción de la Convención de los Derechos del Niño, CDN²⁵, marcó un hito en el derecho de NNA, pues promovió a nivel global lo que hoy en día se conoce como “legislaciones integrales”. En Ecuador, el derecho de infancia y adolescencia como materia especializada se originó en 1938 con la adopción del primer “Código de Menores”²⁶ que se apegaba a la doctrina del ‘estado irregular’ de los ‘menores’²⁷. Este desconocía la condición de los NNA como sujetos plenos de derechos, dotando al Estado de una capacidad ‘tutelar’ o ‘paternalista’ que le permitía intervenir de forma discrecional en la vida de los ‘menores’ en ‘situación irregular’ (*i.e.* por haber sido abandonados, no haber ingresado o ser desertores de la escuela, cometer delitos, etc.)²⁸, mediante la implementación de un ‘castigo’ y de instituciones como el ‘internamiento’²⁹.

Con la adopción de la CDN se dio un giro sustancial a esta visión y se dio paso a la implementación de la doctrina de la ‘Protección Integral’. Esta plantea, *inter alia*: 1) el reconocimiento de los NNA como sujetos plenos de derechos; 2) el reconocimiento de todos los derechos para todos los NNA; 3) la diferenciación entre NNA víctimas de violaciones y adolescentes acusados de infracciones; y, 4) la protección social y protección jurídica de los NNA.³⁰ Además, reconoció la obligación del Estado y la sociedad de actuar acorde al interés superior y del ejercicio progresivo de sus derechos. El Ecuador incorporó este enfoque de forma progresiva con, por ejemplo, la adopción del

²⁴ Observación general N° 24 sobre los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, (sección III, párrafo 8), CRC/C/GC/24, Comité de los Derechos del Niño, 18 de septiembre de 2019.

²⁵ Convención de los Derechos del Niño, [CDN], Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificado por el Ecuador en 23 de marzo de 1990.

²⁶ Farith Simon, Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo I, (Quito, Editorial Jurídica Cevallos), 181.

²⁷ Incorporar la discusión sobre el uso del término “menores”.

²⁸ *Ibid.*, 169.

²⁹ *Ibid.*, 166.

³⁰ Farith Simon, Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo I, 172-180.

Código de la Niñez y Adolescencia, CNA³¹, y la Constitución de la República, CRE³², de 2008.

En este nuevo contexto, la justicia restaurativa encuentra una oportunidad para ser implementada pues existe una clara correspondencia entre sus valores y los de la protección integral. Así, por ejemplo, la justicia restaurativa -al igual que los estándares de la protección integral- garantizan la posibilidad de que los NNA participen en todo proceso en que sus derechos puedan verse afectados y cuyas opiniones deben ser tomadas en cuenta de acuerdo con su desarrollo y madurez para la resolución pacífica de sus conflictos³³.

Por esto, a nivel internacional, desde Naciones Unidas se promueve la implementación del enfoque, principios y prácticas de justicia restaurativa en los casos relacionados a NNA y, principalmente, en materia de justicia juvenil. El Consejo Económico y Social (ECOSOC), mediante resolución 1999/26 adoptó los criterios generales para la “*Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal*”. Así también, el “*Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños*”, aceptado por la Asamblea General mediante resolución A/68/274(2013), recalcó la importancia de promover la justicia restaurativa en casos que afecten a NNA. Por su parte, en 2014 el Comité de los Derechos del Niño, mediante resolución A/HRC/RES/25/6 establecía que:

[...] los mecanismos alternativos para solucionar controversias y obtener reparación por las vulneraciones de los derechos del niño, como los procesos de justicia restaurativa, [...] pueden proporcionar medidas de reparación rápidas, asequibles y accesibles, y contribuir a la reinserción del niño [...].

De igual forma, se emitió el informe temático “*Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes*” (2016), en el que se recomendó a los estados miembros la implementación de la justicia restaurativa ya que esta “[r]epresenta un cambio de

³¹ Código de la Niñez y Adolescencia, [CNA], R.O. 737 de 03 de enero de 2003, reformada por última vez el 29 de abril de 2022.

³² Constitución de la República del Ecuador, [CRE], R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 449 de 25 de enero de 2021.

³³ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párr. 45.

paradigma en la forma en que se percibe la justicia para los niños, niñas y adolescentes[...]”³⁴. El informe también señaló que:

La justicia restaurativa no solo promueve los derechos del niño directamente asociados con la administración de justicia, incluido el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, sino también otros derechos fundamentales [...]”³⁵.

Siguiendo esta misma línea, en 2019, la Asamblea General en su resolución A/74/136, recomendó: “Los Estados deberían dar prioridad a la justicia restaurativa, a la derivación de los procedimientos judiciales y a las soluciones no privativas de la libertad”³⁶. El mismo año, la Observación General No. 24 del Comité de los Derechos del Niño “Derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”, definió y reconoció la necesidad de implementar la justicia restaurativa en el ámbito de la justicia juvenil y delimitó todos los elementos fundamentales de una política integral para la materia. Todos estos instrumentos han consolidado un ‘*corpus iuris internacional*’ en materia de derechos de niñez y adolescencia, justicia juvenil y justicia restaurativa.

En Ecuador, estos instrumentos son relevancia e incluso pueden llegar a alcanzar una jerarquía constitucional al adherirse al bloque de constitucionalidad. Por este motivo y, gracias al alcance de este *corpus iuris* internacional, encontramos que la justicia restaurativa bien puede ser aplicada e incorporada tanto en el contexto del régimen de la justicia juvenil regulado por el CNA, así como en el contexto de ordenamiento jurídico que regula el derecho a la educación. En ese sentido, al analizar normativa nacional pertinente para la implementación de la justicia restaurativa en los casos que analizamos, encontramos que interactúan, por lo menos, tres ramas del derecho: a) derecho de niñez y adolescencia, b) derecho penal y de justicia juvenil y c) derecho educativo.

En el primer caso, como ya hemos mencionado, la materia de niñez y adolescencia se encuentra regulado por el CNA, mismo que regula el régimen de justicia juvenil. En el segundo caso, la regulación también viene del CNA y trabaja de forma complementaria con el Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ³⁷, en cuanto a aspectos procesales,

³⁴Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes. Informe, Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, 47

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Estudio mundial sobre los niños privados de libertad. Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/74/136, 11 de julio de 2019, párr 113.

³⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009, reformado por última vez el 22 de agosto de 2022.

y con el Código Orgánico Integral Penal, COIP³⁸, para la determinación de los “[...] actos considerados como delitos [...]”³⁹ y como marco de referencia para el cálculo de la duración de las medidas socio-educativas⁴⁰. Finalmente, la normativa educativa se encuentra distribuida tanto en la CRE, así como en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, LOEI⁴¹, su reglamento y demás instrumentos normativos de jerarquía infralegal como el Acuerdo Ministerial No. 0434-12 de 28 de septiembre de 2012 sobre la “Normativa sobre resolución de conflictos en las instituciones educativas”; el Acuerdo Ministerial No. MINEDUC-MINEDUC-2022-00026-A sobre el “Régimen transitorio para el funcionamiento de las juntas distritales de resolución de conflictos”, el manual de “Protocolos y rutas de actuación frente a situaciones de violencia detectadas o cometidas en el sistema educativo” y el manual de “Círculos Restaurativos en el Ámbito Educativo”.

Finalmente, y como punto de partida para nuestra discusión, se debe tener presente que, en noviembre del 2021, la Corte Constitucional del Ecuador emitió su sentencia No.456-20-JP/21 sobre “La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos”, misma que ha motivado el desarrollo de la presente investigación.

5. Discusión

5.1. Origen de la discusión: La Sentencia No.456-20-JP/21 de la Corte Constitucional

La sentencia No.456-20-JP/21 de la Corte Constitucional, adoptada en noviembre de 2021, aborda:

[e]l caso de una estudiante que con el celular reenvió fotos íntimas de una compañera de su colegio (*sexting*) y que fue sancionada con la suspensión y retiro de su dispositivo electrónico [...] [L]a Corte Constitucional analiza los procedimientos sancionatorios en el ámbito educativo a la luz de la justicia restaurativa y el derecho al debido proceso y sus garantías. [...] ⁴².

³⁸ Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 22 de agosto de 2022.,

³⁹ Artículo 308, COIP, 2014.

⁴⁰ Artículos 370 y 385, CNA, 2003.

⁴¹ Ley Orgánica de Educación Intercultural, [LOEI], R.O. Suplemento 417 de 31 de marzo de 2011, reformada por última vez el 22 de junio de 2022.

⁴² Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021.

En este contexto, la sentencia presentada por la Corte Constitucional tiene tres ejes centrales: 1) las comunidades de aprendizaje, la justicia restaurativa y los códigos de convivencia, 2) el derecho al debido proceso en contextos educativos y 3) la reparación integral. En este trabajo nos enfocaremos exclusivamente en el primero. Sobre este, la sentencia analiza el objeto de la controversia a partir de cómo se suscitaron los hechos y cómo las autoridades del plantel educativo sancionaron a la estudiante según lo contenido en su Código de Convivencia. Se debe tener presente que el Código de Convivencia de un colegio nace a partir de las directrices establecidas en la ley educativa, su reglamento, los acuerdos ministeriales y demás instructivos pertinentes, así como de la participación de todos sus miembros.

Adicionalmente, los Códigos de Convivencia se encuentran cobijados por la normativa educativa contenida en el marco del derecho público y es, en última instancia, parte del derecho administrativo. Por ende, los procedimientos disciplinarios y las sanciones dispuestas tanto por las autoridades de las instituciones educativas, así como por las Juntas Distritales de Resolución de Conflictos, JDRC, tienen una naturaleza administrativa⁴³.

Siguiendo con el análisis de la Corte, vemos que en la sentencia se habla reiteradamente sobre la importancia de que en estos procedimientos disciplinarios administrativos se implementen tanto “la justicia restaurativa”, así como un “enfoque restaurativo” y “prácticas restaurativas”. Hay que notar que, de la forma en como la sentencia desarrolla su argumentación emerge un problema de base conceptual pues estos tres conceptos son utilizados como sinónimos y a todos ellos se los vincula, directamente, con el abordaje de los procedimientos disciplinarios administrativos. El problema radica en que estos conceptos son, en esencia, distintos y tienen una aplicación y alcance diferente que no se limita únicamente a los procedimientos administrativos.

Así, el ‘enfoque restaurativo’ es la forma en cómo entendemos y abordamos el conflicto y plantea una noción de cómo lograr una verdadera reparación para las víctimas⁴⁴. Por su parte, las prácticas restaurativas son ese conjunto de métodos, procesos

⁴³ Para evidenciar la naturaleza administrativa de los procedimientos disciplinarios educativos, basta con revisar la LOEI (anterior a la reforma de junio de 2022), en la que se establecía que las resoluciones disciplinarias emitidas por las JDRC, podrían ser impugnadas en sede judicial administrativa.

⁴⁴ Podríamos hacer una comparación con las nociones de ‘enfoque de género’ o ‘enfoque de derechos humanos’.

y actividades que materializan la aplicación del enfoque restaurativo en casos concretos de conflictos en general o, incluso, en conflictos penales. Finalmente, tenemos que la ‘justicia restaurativa’, desde la perspectiva de los estándares internacionales, tiene más bien una estrecha relación con el abordaje del delito y en cómo los efectos de este pueden ser reparados, independientemente de si se ha iniciado o no un procedimiento judicial sancionatorio.

Por ello, la “justicia restaurativa” se inserta en varias legislaciones como un MASC en materia penal y, por su efecto, puede llegar -incluso- a evitar la judicialización de un acto o poner fin de forma anticipada al proceso judicial que ya ha iniciado o que se encuentra en fase de ejecución de la sentencia. Así, la justicia restaurativa ya no tiene ese alcance amplísimo que cobija a los conflictos en general, como sí lo tienen el ‘enfoque restaurativo’ o las ‘prácticas restaurativas’ sino que se circunscribe a la materia penal o, en el caso que nos atañe, a la justicia juvenil. Para comprender esto de mejor manera basta con citar, nuevamente, la definición de justicia restaurativa propuesta por el Comité de los Derechos del Niño:

Justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el agresor y cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectado por un **delito** participan conjuntamente y de forma activa en la resolución de las cuestiones **derivadas de ese delito**, a menudo con ayuda de un tercero justo e imparcial.⁴⁵

De igual forma, es relevante mencionar que la Corte Constitucional con anterioridad ya se había apegado a esta definición al mencionar:

La Corte ha establecido que, de conformidad con el principio del interés superior del niño, **para resolver conflictos de personas adolescentes con la ley penal, se debe aplicar la justicia restaurativa [...]**⁴⁶. (énfasis añadido).

Todo esto tiene como fin restuarar a todas las personas afectadas por el delito, partiendo desde las necesidades de la víctima pero también permitiendo que el adolescente agresor comprenda la dimensión de sus actos, los repare y no lo vuelva a hacer. Así, aplicar la justicia restaurativa no es dejar un delito en la impunidad, sino que

⁴⁵ Observación General No. 24: Derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, CRC/C/GC/24, Comité de los Derechos del Niño, 18 de septiembre de 2019, sección III, párr. 8.

⁴⁶ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 50.

más bien es abordar el conflicto para restaurar todo el tejido social a la luz del siguiente principio:

(La justicia restaurativa) En lugar de determinar cuánto castigo se inflige, [...] mide cuánto daño se repara o cuánta recurrencia de violencia se previene mediante un proceso efectivo de reintegración de los jóvenes infractores a la sociedad⁴⁷.

Finalmente, si bien la ‘justicia restaurativa’, *stricto sensu*, se vincula directamente a la materia penal y al régimen de justicia juvenil, cuando un delito es cometido por adolescentes en un contexto educativo, esta tiene el potencial de igualmente “[r]establecer la justicia (e)n el seno de [...] las escuelas”⁴⁸.

Ahora, regresando al contexto de la sentencia, vemos que la Corte se aparta -al menos en apariencia- de esta noción de la justicia restaurativa como MASC penal, y realiza un análisis de cómo debe aplicarse la justicia restaurativa en todo tipo de conflicto, independientemente de si se constituyen como delitos o como meras faltas administrativas. Por ello, consideramos que, más bien la sentencia se refería a la aplicación del ‘enfoque restaurativo’.

De cualquier modo, pese a ese dilema conceptual, al aplicar la hermenéutica, sí encontramos que del espíritu de la sentencia se desprende una oportunidad para la aplicación de la justicia restaurativa como MASC penal y de justicia juvenil. Por ello, al darse este escenario, la justicia restaurativa se constituiría como una verdadera alternativa a la judicialización de aquellos casos que pueden ser calificados como delitos cometidos por adolescentes en sus colegios.

Para desarrollar esta hipótesis es necesario responder las siguientes preguntas: ¿La Corte Constitucional hace alguna distinción entre ‘justicia restaurativa’, ‘enfoque restaurativo’ y ‘prácticas restaurativas’?; si la justicia restaurativa se aplica en materia penal o de justicia juvenil ¿por qué se analizó el problema desde el enfoque puramente disciplinario administrativo?; y ¿qué pasa cuando existen escenarios en los que concurren tanto la falta administrativa como la penal? ¿Se puede aplicar la justicia juvenil en ambos procesos o en qué casos debe aplicarse?

⁴⁷ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, 1.

⁴⁸ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, 1.

5.1.1. ¿La Corte Constitucional hace alguna distinción entre ‘justicia restaurativa’, y ‘prácticas restaurativas’?;

De la argumentación de la Corte se podrían extraer dos posturas. Una sostiene que que sí se hace una distinción y otra que no. El núcleo de esta discrepancia se da porque en un momento específico, la Corte (haciendo eco de un criterio jurisprudencia previo) sostiene que se debe aplicar la justicia restaurativa “para resolver conflictos de personas adolescentes con la ley penal”⁴⁹. De ahí que se podría alegar que la Corte entiende a la justicia restaurativa como un MASC estrictamente penal.

De todas formas, en adelante, la Corte hace mención tanto de la ‘justicia’, así como del ‘enfoque’ y ‘prácticas’ restaurativas como medios para resolver conflictos escolares. Por ejemplo, en las disposiciones finales, la sentencia señala que el Ministerio de Educación debe:

2. Adecuar y fortalecer el Acuerdo No. 0434-12, [...] para incluir y efectivizar los principios señalados en esta sentencia respecto de la resolución de conflictos mediante **prácticas restaurativas** en los procedimientos por faltas leves, graves y muy graves⁵⁰. (énfasis añadido)

Como se puede ver, esta disposición ya ni siquiera habla de la justicia restaurativa, ni del enfoque restaurativo, *per se*, sino que más bien se centra en las ‘prácticas restaurativas’. Esto sustentaría la segunda postura sobre la no distinción.

En ese sentido, si nos apegamos a esta última postura, encontramos que la Corte plantea que tanto la justicia, así como el enfoque y prácticas restaurativas son trascendentales para la resolución de conflictos escolares, en sentido general. Por ello, la justicia restaurativa, al aplicarse en todo tipo de conflicto escolar, también debe usarse para resolver aquellos que exceden el campo administrativo y que se pueden calificar como delitos pues estos son un subcategoría del conflicto escolar *per se*, por lo que, al final, la justicia restaurativa seguiría funcionando como un MASC penal.

⁴⁹ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 50.

⁵⁰ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 108, núm. 2.

5.1.2. Si la justicia restaurativa se aplica en materia penal o de justicia juvenil ¿por qué se analizó el problema desde el enfoque disciplinario administrativo?

Para responder esto debemos partir de la premisa de que no todos los conflictos escolares incurren en un delito tipificado por la ley penal. No obstante, cuando sí se da este escenario hay dos posibilidades: 1) que se siga el procedimiento de denuncia determinado en la ley, o 2) que a las acciones cometidas por los estudiantes adolescentes se les dé el mismo tratamiento que ha dado la Corte al problema del *sexting* y solo se aborde el problema desde el campo administrativo.

En el caso en concreto –sobre el fenómeno del *sexting*–, la Corte realiza un abordaje del tipo sociológico y considera que este no debe ser considerado como un delito por el contexto y la forma en cómo se dio. Más bien, sostiene que se lo debe abordar como un fenómeno adolescente que requiere un manejo dialógico y con un enfoque restaurativo. En consecuencia, la sentencia señala:

La Corte considera que el *sexting* entre adolescentes y en comunidades educativas [...], **no puede ser pensando siempre y exclusivamente desde la perspectiva de la violencia y de la legislación penal**. De ahí la necesidad de adoptar, adecuar y actualizar las regulaciones existentes para afrontar el *sexting* desde el **enfoque** de una comunidad de aprendizaje y desde la **justicia dialógica, participativa y restauradora**⁵¹. (énfasis añadido)

Siguiendo esta línea, señala que abordar este problema desde un enfoque penal responde a una:

[...] lógica punitivista (*del Ministerio de Educación*) que deriva en instancias penales y que, en consecuencia, no permite generar soluciones de prevención y solución **en el marco administrativo** de la comunidad educativa⁵². (texto y énfasis añadido)

Por lo tanto, decide no abordar este conflicto, en lo absoluto, como uno de naturaleza penal y objeto de la justicia juvenil. Para ello excluye el elemento penal de la conducta de la estudiante, deja de lado la obligación de denuncia y la trata como una falta disciplinaria puramente administrativa. Según la Corte, este tratamiento resulta más

⁵¹ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 102.

⁵² Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 100.

favorable según el interés superior, tiene una clara concordancia con la doctrina de la mínima intervención penal en materia de justicia juvenil y se alinea con la protección integral; todo esto por cuanto se busca evitar enfrentar a la adolescente a un proceso penal sancionatorio que ocasiona un daño social y humano incalculable por someterla a un “procedimiento público basado en la irregularidad de la conducta y del carácter [...]” y “a diversas formas de privación y violencia [...]”⁵³.

La postura de la Corte también se ve alineada con lo establecido por la normativa educativa y en los principios del sistema nacional de educación que son, entre otros, el principio de la educación por el cambio, el de la educación en valores, el de la educación para la democracia y el de la cultura de paz y solución de conflictos⁵⁴. Así, la intención del Corte fue promover una forma alternativa de solución de conflictos que evite la judicialización y sus efectos negativos en los adolescentes.

Ahora, pese a que la Corte aplica este criterio para el caso en concreto, es menester analizar cómo se ha de aplicar el mismo criterio del enfoque y justicia restaurativa en otros casos posteriores donde, además de haber una infracción administrativa, haya un delito cometido por un adolescente. Esto es necesario puesto que, antes estos casos, en principio, la ley educativa no prevé la aplicación de los MASC y de ahí que en la práctica, los docentes y autoridades educativas prefieren denunciar los hechos directamente ante fiscalía, actuando *contrario sensu* a lo dispuesto por la Corte.

Para comprender esto, es necesario, mencionar el artículo 2.3 de la LOEI que prescribe:

Art. 2.3 [...] Cultura de paz y solución de conflictos: El ejercicio del derecho a la educación debe orientarse a construir una sociedad justa, una cultura de paz y no violencia, para la prevención, tratamiento y resolución pacífica de conflictos, en todos los espacios de la vida personal, escolar, familiar y social. **Se exceptúan todas aquellas acciones y omisiones sujetas a la normatividad penal y a las materias no transigibles de conformidad con la Constitución**⁵⁵. (énfasis añadido)

De igual forma, el artículo 65 de la LOEI, en cuanto a los ‘MASC en el ámbito educativo’, establece:

⁵³ José Eladio Coral, Juzgamiento de adolescentes infractores, 22.

⁵⁴ Artículo 2.3, LOEI, 2011.

⁵⁵ Artículo 2.3, LOEI, 2011.

Art. 65.- De las instancias para solución alternativa de conflictos en el ámbito educativo.- Son espacios de diálogo creados por cada establecimiento educativo de implementación obligatoria [...] y **son aplicables a aquellos casos que no constituyan delitos** [...]⁵⁶. (énfasis añadido)

De acuerdo con esto, pensaríamos que la justicia restaurativa no sería compatible con los casos que constituyan como delito, sin embargo, nuestra postura -al analizar el contexto del artículo- es que esta disposición se enfoca estrictamente en los casos de delitos cometidos por las personas adultas de la comunidad educativa. En consecuencia, los MASC como la justicia restaurativa sí son aplicables a delitos cometidos por adolescentes. Finalmente, en cuanto a la obligación de denuncia, vemos que según el artículo 11 literal S de la LOEI, los docentes están obligados a denunciar los actos considerados como delitos y según el artículo 276 del COIP se tipifica el delito por ‘omisión de denuncia en razón de la profesión, cargo u oficio’:

Art. 276.- [...] La persona que, en razón de profesión, cargo u oficio, **en los ámbitos de educación** [...] conozca de **hechos que constituyan graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona** y no denuncie el hecho, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. [...]⁵⁷. (énfasis añadido).

Antes de continuar, es importante realizar una acotación que, a nuestro criterio, es de suma relevancia para entender por qué la Corte se permite extraer el elemento penal del caso en concreto y no aborda el tema de obligación de denunciar en el sentido que establece la ley.

Para ello se debe hacer una interpretación sistemática de la norma. la norma educativa habla de la “obligación de denunciar los actos considerados como delitos”, pero el COIP -*lex specialis* en materia penal-, solo habla del delito de ‘omisión de denuncia’ cuando se susciten, taxativamente: 1) graves violaciones a los derechos humanos, o 2) delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta de una persona. En consecuencia, retomando nuestro criterio anterior, sostenemos que la obligación de denunciar se mantiene siempre que el delito sea cometido por adultos o, en cualquier caso, si se trata de los delitos establecidos por el COIP. Ahora, si los delitos son

⁵⁶ Artículo 65, Artículo 2.3, LOEI, 2011.

⁵⁷ Artículo 276, COIP, 2014.

cometidos por adolescentes y no se subsumen en ninguno de los delitos mencionados por el COIP, la obligación de denuncia persiste, pero en cuanto a la esfera administrativa.

Para ejemplificar esto podríamos pensar el caso de una estudiante de 14 años que ha cometido un delito de hurto al tomar el teléfono celular de su compañera de clase. Si bien este es un delito tipificado en el COIP, el caso bien podría ser abordado desde un MASC como la justicia restaurativa y la obligación de denuncia se vería cumplida cuando se ponga ante conocimiento de las autoridades de la institución y se actúe conforme a la normativa educativa, rutas y protocolos, el Código de Convivencia, etcétera. En contraste, ante un caso de hurto cometido por un adulto, evidentemente el trato debería ser distinto y se debería colocar la denuncia según los lineamientos propios del derecho penal. Finalmente, en el caso un delito contra la integridad sexual, indistintamente de si es cometido por un adolescente o un adulto, persiste la obligación de denuncia ante las autoridades educativas y penales o de justicia juvenil.

Lo anterior se corrobora con la posición de la sentencia de mayoría que, al sostenerse en el principio de la mínima intervención penal, determina que en casos de delitos causados por estudiantes adolescentes se debe dar preferencia al abordaje del conflicto penal desde un MASC como la justicia restaurativa. Así, la Corte dejó como precedente que, en un conflicto escolar -no penal- y cuyo procedimiento disciplinario sea exclusivamente de tipo administrativo, siempre se debe aplicar el enfoque restaurativo. De ahí que cuando haya un conflicto en el que concurren una falta administrativa y una falta penal causada por adolescentes, tras hacer un análisis casuístico, y siempre que se pueda excluir la conducta penal o se pueda dar un tratamiento alternativo a la judicialización, se deben aplicar tanto el enfoque restaurativo, así como la justicia restaurativa en calidad de MASC y procedimiento de justicia juvenil.

5.1.3. El abordaje de los casos en que concurren tanto la falta administrativa como la penal.

En el voto salvado de la sentencia se menciona que en el caso concreto de *sexting* coexisten una falta administrativa y una penal⁵⁸. Esta postura nace a partir de un criterio previo del Ministerio de Educación⁵⁹ y de las posturas tomadas por algunas otras legislaciones, de la siguiente manera:

[...] el Ministerio de Educación ha calificado al “sexting” como una distribución – difusión– de material pornográfico a niños, niñas y adolescentes tipificado en el artículo 168 del Código Orgánico Integral Penal. En otras legislaciones, como la colombiana, se ha identificado al “sexting” como un delito de pornografía infantil. Lo mismo se ha tipificado en el artículo 197 del Código Penal de España. En Estados Unidos, solamente dos Estados no prevén que el “sexting” sea un delito [...]⁶⁰.

Así, el voto salvado sostiene que no se debería excluir de la conducta el elemento penal y, por lo tanto, debería seguirse tratando el caso como un delito⁶¹, denunciándolo directamente ante la fiscalía especializada para que posteriormente se actúe de conformidad con el procedimiento previsto en el CNA. Ahora, esto es contrario al objeto y fin de la sentencia de mayoría y a los principios ya analizados pues se da prioridad a un procedimiento que es punitivo sin haber agotado otras vías para resolver el conflicto, trasgrediendo -por ende- el estándar de *última ratio*.

En contraste, para que esto no suceda, la sentencia de mayoría propone la aplicación de un análisis sociológico y casuístico del fenómeno adolescente *-sexting-* y también propone a la justicia restaurativa como una vía alternativa a la judicialización de las conductas. Es de ahí, justamente, de donde nace nuestra hipótesis de que la justicia restaurativa puede ser, en efecto, una alternativa a la judicialización innecesaria de delitos cometidos por adolescentes, siempre que se cumplan con ciertas condiciones (que se desarrollarán más adelante) y cuyo efecto no sea la impunidad. Adicionalmente, para que este MASC alternativo al procedimiento judicial ordinario se empiece a implementar, es

⁵⁸ Ver Voto Salvado, Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 14.

⁵⁹ Este comentario del Ministerio de Educación es el mismo que fue criticado por el Juez Ávila, al que señaló como punitivista y por el cual decidió alejarse del abordaje de este fenómeno desde el ámbito de la ley penal.

⁶⁰ Ver Voto Salvado, Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 14.

⁶¹ Nótese que según lo explicado sobre la obligación de denuncia, al ser un delito sexual, se prevalecería la obligación de denuncia de las autoridades que conozcan el caso.

necesario que se dé su incorporación normativa por medio de la ley educativa, del CNA o de instrumentos infra legales⁶².

En relación con esto, el juez proponente del voto salvado sostiene que la justicia restaurativa y sus principios no se encuentran -directamente incorporados- en la Constitución, en la ley y el código de convivencia del colegio⁶³. Este argumento tiene cierta validez, pero nosotros planteamos una postura ligeramente diferente. Para nosotros, si bien en nuestro ordenamiento jurídico las normas e instrumentos internacionales alcanzan una jerarquía constitucional, hay procedimientos o disposiciones -sobre todo procesales penales- que deben ser incorporadas mediante una norma expresa o, por lo menos, adecuadas a una institución análoga preexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, si bien los *principios* de la justicia restaurativa, al garantizar de manera más favorable los derechos de NNA, alcanzan la jerarquía constitucional por medio del bloque de constitucionalidad, sigue siendo necesario adoptar una normativa estricta, escrita, previa y cierta que regule la aplicación procesal de la justicia restaurativa como MASC en materia de justicia juvenil ⁶⁴. Así, es pertinente mencionar el estándar internacional en materia de la aplicación de la justicia juvenil según el cual los estados deben adoptar “leyes y políticas apropiadas para la aplicación de programas de justicia restaurativa”⁶⁵. Además, establece que:

Una legislación adecuada es esencial para prevenir la criminalización de los niños y su exposición a la violencia. Asimismo, **es indispensable para proteger los derechos de los niños en el sistema de justicia juvenil y garantizar el uso de la justicia restaurativa siempre que sea apropiado**⁶⁶. (énfasis añadido)

Ahora, pese a que no existe todavía una normativa que regule la aplicación procesal de la justicia restaurativa como MASC penal en materia de adolescentes infractores, esta podría operar de forma directa mediante la adecuación a una institución

⁶² Ante esto se debe mencionar que existe un instructivo del CNJ pero que, a nuestro criterio, en realidad habla sobre el enfoque restaurativo en materia de justicia juvenil y que no prevé, ni es aplicable, en casos de conflictos originados en un contexto educativo.

⁶³ *Ver Voto Salvado*, Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 8 y nota al pie 15.

⁶⁴ Estos criterios -norma estricta, escrita, previa y clara- deben ser tomados en cuenta como una condición *sine qua non* puesto que estamos hablando del ámbito del delito y, en el caso que nos atañe, del sistema de justicia juvenil.

⁶⁵ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, Informe, Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, 43.

⁶⁶ *Ibíd.*

análoga en la normativa nacional, hasta, posteriormente adoptar una normativa específica de la materia⁶⁷.

Finalmente, siguiendo esta línea, a continuación, plantearemos nuestra propuesta para la implementación efectiva de la justicia restaurativa como alternativa al proceso judicial de adolescente infractores. Esto se realizará a la luz de la *ratio decidendi* de la sentencia que plantea, a nuestro criterio, lo siguiente:

Cuando se den conflictos escolares subsumibles en la categoría de delitos, cometidos por adolescentes, se debe aplicar un abordaje dialógico, a la luz de los principios de la justicia restaurativa, interés superior, protección integral, debido proceso y con la participación voluntaria, oportuna y activa de la víctima, el agresor y la comunidad⁶⁸. Así, cuando el resultado haya logrado resolver el conflicto y restaurar a la víctima, la comunidad y al adolescente infractor, se ha de evitar la judicialización de los hechos a no ser que no se haya logrado tal restauración y sea una medida de excepcional y de última ratio.

5.2. Hacia un modelo de ‘justicia restaurativa’ en los casos de delitos cometidos por estudiantes adolescentes en contextos educativos

Para que calificar un delito cometido por un adolescente se deben verificar algunas condiciones. En primer lugar, la acción u omisión debe estar tipificada como contravención o delito en el COIP. En segundo lugar, el estudiante debe ser mayor de 14 años. Finalmente, se debe cumplir con el requisito de que la acción u omisión cometida debe estar tipificada como delito antes de que suceda. Si y solo si se verifican estos elementos, podemos hablar de que se activa el régimen de adolescentes infractores.

Ahora, cuando se da un conflicto en que concurren una falta administrativa y un delito cometido por un estudiante, los docentes o trabajadores educativos tienen la obligación de denunciar tales actos frente a la autoridad administrativa correspondiente (*i.e.* DECE, rectorado, JDRS, etc.). Toda vez que estas autoridades conozcan los hechos

⁶⁷ Esta incorporación normativa debería contenerse, según el criterio del legislador, en el CNA, la LOEI o, en última instancia, en los reglamentos correspondientes o normativa administrativa derivada (*e.g.* Acuerdo Ministerial o Resolución del MINEDU).

⁶⁸ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021.

tendrán que decidir -sobre la base de lo que determinen las rutas y protocolos para la prevención de la violencia⁶⁹, así como el COIP- si se presenta el caso a fiscalía o se resuelve mediante la aplicación de la justicia restaurativa. Si optan por aplicar la justicia restaurativa, podrían actuar según la propuesta que desarrollamos a continuación.

5.2.1.El primer momento: La necesidad de que las autoridades educativas realicen un ‘examen de mérito’⁷⁰ sobre los hechos:

Tal como determina la sentencia No.456-20-JP/21, al conocer de un conflicto -sea cual sea su naturaleza-, con miras a resolver la situación, las autoridades tienen la obligación de escuchar la opinión y promover la participación de los adolescentes en todos los procesos donde se vean afectados sus derechos. Esta obligación adquiere mayor fuerza en los procedimientos que pueden derivarse al régimen de adolescentes infractores por las implicaciones que un proceso de este tipo pueden tener tanto en la víctima, así con en el adolescente infractor y la comunidad educativa en general.

En concordancia con esto la sentencia determina que siempre, además de garantizar “el derecho a ser escuchados [...], a la defensa y los demás principios y derechos del debido proceso”⁷¹, las autoridades deben tener presente que “[l]os procedimientos sancionatorios deberán ser *subsidiarios, excepcionales y se aplicarán como último recurso*, una vez que la resolución dialógica no sea posible”⁷².

Este criterio de la Corte, sirve para reforzar, anteriores criterios jurisprudenciales en los cuales se ha dejado en claro que es una:

[o]bligación de toda **autoridad judicial o administrativa** que dirige un proceso o procedimiento [...], escuchar y considerar seriamente la opinión de las y los adolescentes en función de su edad, madurez y desarrollo evolutivo⁷³. (énfasis añadido).

⁶⁹ Ver Rutas y Protocolos

⁷⁰ Es importante aclarar que el concepto “examen de mérito”, en el sentido como lo planteamos aquí, no hace referencia al ‘análisis de mérito’ que realiza la Corte Constitucional y como lo ha implementado a partir de la Sentencia 1967-14-EP/20.

⁷¹ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 56.4.

⁷² Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 56.5.

⁷³ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párr. 50.

Ahora, en un sentido más procesal⁷⁴, tan pronto como la autoridad educativa conozca de un conflicto, indistintamente de su naturaleza, deberá dar paso -como condición necesaria- a la participación de los involucrados (*i.e.* víctima, presunto infractor y demás miembros de la comunidad afectados). La participación de estos ha de darse en estricto cumplimiento de los estándares ya determinados por la misma Corte en su sentencia No.13-18-CN/21. En ella, a pesar de enfocarse en los procedimientos judiciales, se establecen requisitos mínimos que deben ser aplicados en todo proceso donde intervienen NNA, incluyendo los administrativos propios del ambiente educativo. Así, la participación debe darse y contar con:

[...] un ambiente judicial que no sea intimidatorio, hostil, insensible, sino adecuado a la individualidad de cada persona, así como el apoyo de psicólogos, trabajadores sociales y otros funcionarios de las unidades técnicas de apoyo especializados y específicos para niñas, niños y adolescentes⁷⁵.

Tras esto, y solo tras esto, es que la autoridad responsable de ejecutar los protocolos administrativos⁷⁶, debe realizar lo que hemos llamado un ‘examen de mérito’ para ver si se debe o no proceder con la denuncia ante la Fiscalía o si se puede abordar el conflicto penal desde la justicia restaurativa. Para ello, la autoridad deberá verificar, como mínimo lo siguiente: 1) que los hechos del conflicto se subsuman irrestrictamente a un tipo penal, 2) verificar si la obligación de denuncia es con respecto a las autoridades administrativas o fiscalía (según lo explicado *supra.*) y 3) evaluar si la vía judicial es la única medida, extraordinaria, para reparar a la víctima (quiere deberá ser escuchada en todo el proceso y siempre que voluntariamente desee ser parte del mismo), la comunidad y favorecer la rehabilitación y reinserción efectiva del infractor.

Para lo último debe tenerse presente que los conflictos escolares “[n]o puede(n) ser pensando(s) siempre y exclusivamente desde la perspectiva de la violencia y de la legislación penal”⁷⁷ y ante todo, se debe evitar “[c]riminalizar el ejercicio de sus derechos

⁷⁴ Esto no debe ser obligatorio, sino sobre la base de la voluntad de los estudiantes y siempre que sea oportuno en estricto apego al interés superior y la protección integral. Por ejemplo, se debe evitar aquellas prácticas que incurran en revictimización o que pongan en riesgo la integridad de los adolescente afectados (incluyendo a la víctima directa, indirectas, adolescente infractor y cualquier otro que intervenga).

⁷⁵ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párr. 74.

⁷⁶ En caso de duda sobre el ejercicio de subsunción, la institución educativa debería consultar a los miembros de la Junta de Distrital de Resolución de Conflictos, cuerpo colegiado que desde la publicación de la última reforma a la LOEI, está conformada por abogados. Ver Artículo 66, LOEI, 2011.

⁷⁷ Sentencia N.º 456-20-JP/21 (La justicia restaurativa y el derecho al debido proceso en contextos educativos), Corte Constitucional del Ecuador, 10 de noviembre del 2021, párr. 112.

(*derechos de los NNA*) por considerarlos incapaces de tomar decisiones sobre sus propias vidas”⁷⁸. Además, utilizando los criterios de la sentencia mencionada -e igualmente extrapolando sus efectos al campo educativo-, la autoridad que conozca sobre los conflictos penales acaecidos en una institución tiene la obligación de:

[...] previo a adoptar una decisión, anali(zar) en cada caso, las posibles repercusiones, tanto positivas como negativas de su decisión, así como (*incluir*) la justificación de los criterios y la forma como se ponderó los intereses de la o el adolescente frente a otras consideraciones⁷⁹.

Todo este examen, siendo todavía un procedimiento administrativo, determinará la oportunidad de denunciar el conflicto que puede ser catalogado como penal, siempre que se cumpla con la condición de ser extraordinaria y de *última ratio* y que esta esté debidamente justificada. No obstante, además de lo establecido por la Corte, desde nuestra perspectiva, deberían incluirse como elementos del examen de mérito, los siguientes:

- a) **Edad:** Obligatoriamente se debe comprobar la edad del adolescente para verificar que este, al momento de los hechos, tenía por edad mínima 14 años y que, por lo tanto, se le puede atribuir una responsabilidad en el marco de un procedimiento de adolescentes infractores⁸⁰.
- b) **Principio de legalidad:** Se debe verificar que los actos cometidos sean subsumibles en un delito o contravención tipificado por la ley penal antes, y solo antes, de que estos hayan sucedido⁸¹.
- c) **Idoneidad:** Haciendo eco de la metodología del examen de proporcionalidad en materia constitucional, se debe analizar si la denuncia será realmente conducente para alcanzar el fin de la restauración y de la reparación de la víctima, la comunidad y el infractor.
- d) **Necesidad:** Debe analizarse si esta medida es la menos gravosa para el adolescente infractor, siempre que sea aplicada con el objetivo final de restaurar

⁷⁸ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párr. 42

⁷⁹ Sentencia No. 13-18-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de diciembre de 2021, párr. 72.

⁸⁰ Esto en relación con lo dispuesto en el artículo 305.A del CNA.

⁸¹ Este criterio está contenido en distintos instrumentos internacionales, de los cuales el más importante es el Art. XX de la Convención de los derechos del niño. En el caso del Ecuador, esta disposición se contiene en el artículo 308 del CNA bajo el título de ‘Principio de legalidad’.

a la víctima y garantizar la rehabilitación y prevención de no reincidencia del estudiante que cometió el ilícito.

Finalmente, se debe tener presente que, ante un caso de conflicto relevante para la justicia juvenil, uno de los principales objetivos de la ‘investigación y determinación de responsabilidad’ es “[...] investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta y el medio familiar y social en el que se desenvuelve [...]”⁸² y el objetivo último de todo el proceso es:

[...] fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad.⁸³

En conclusión, frente a todo este análisis de mérito, lo que procedería es tomar la decisión de si es oportuno o no presentar la denuncia ante fiscalía. En su defecto, se podría aplicar un MASC en materia de justicia juvenil (*i.e.* justicia restaurativa) que pueda prevenir o poner fin de manera anticipada a un procedimiento judicial. Ante esto, se debe tener presente que al ya haberse iniciado un procedimiento disciplinario administrativo - pese a no ser mutuamente excluyente con el proceso judicial especializado- los adolescentes involucrados ya verán una afectación en su esfera individual, así como en la esfera colectiva de la comunidad educativa. Por ello, exponer a los adolescentes directamente a un escenario judicial -sea en condición de víctima directa, indirecta o infractor- puede llegar a ser, incluso, más lesivo contra su interés superior por lo que debe procurarse resolver todo, cuando se oportuno, mediante la justicia restaurativa.

5.2.2. ¿Qué forma debería tomar la justicia restaurativa y cuál sería su efecto?

Un mecanismo de justicia restaurativa puede tomar varias formas que incluyen, entre otras, “la mediación, la conciliación, las conferencias grupales y las reuniones para decidir sentencias (círculos de sentencia)”⁸⁴. Así, como mencionamos anteriormente, al analizar la normativa ecuatoriana, tenemos que el CNA también incluye a la mediación y

⁸² Artículo 309, CNA, 2003.

⁸³ Artículo 309, CNA, 2003.

⁸⁴ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, Informe, Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, 3.

conciliación y estas son formas de terminación anticipada del procedimiento judicial en materia de adolescentes infractores.

No obstante, el efecto que tienen ambas figuras es diferente y, desde nuestro punto de vista, el que más se apega al objeto de la justicia restaurativa, es el de la mediación. Esto lo sostenemos ya que al revisar el artículo 348, en sus dos incisos finales, sobre las obligaciones contraídas en la conciliación, se establece:

Art. 348.- Contenido de las obligaciones.- Las obligaciones establecidas en el acuerdo de conciliación **pueden** referirse a la reparación del daño causado o a la realización de ciertas actividades concretas destinadas a que el adolescente asuma su responsabilidad por los actos de los que se le acusa⁸⁵. (énfasis y subrayado añadidos)

Se puede ver que en la norma existe una suerte de obligación facultativa que permite la discrecionalidad en cuanto a optar por acciones orientadas a la reparación del daño o a la realización de actividades para que el adolescente asuma su responsabilidad. Al usar la proposición ‘o’ el legislador reduce el alcance de la reparación integral y, por defecto, esto es incompatible con la noción de ‘justicia restaurativa’. Además de eso, el mismo artículo en sus incisos tercero y quinto determina otras dos disposiciones que parecerían incompatibles con la noción de justicia alternativa al decir:

“En caso de incumplir las obligaciones contenidas en el acuerdo, **el juzgador competente continuará sustanciando el procedimiento inicial**” [...] “Si una o más de las víctimas no aceptan la conciliación, **continuará el enjuiciamiento y subsistirá su derecho a resarcimiento**”⁸⁶. (énfasis añadido)

De esto se desprende que, en primer lugar, para que haya conciliación *-ex ante-* el caso debe estar en conocimiento de la Fiscalía y haberse iniciado el proceso como tal. La Fiscalía, además, al ser la titular de la acción pública es quien ha de proponer la conciliación y, en su defecto, lo ha de hacer el juez⁸⁷. En consecuencia, esta forma de resolución no nace de las partes y, de operar, solo suspende el proceso hasta que se verifique el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el infractor. Si esto sucede, se pondrá fin al procedimiento. Finalmente, parecería que, en la conciliación, la

⁸⁵ Artículo 348, CNA, 2003.

⁸⁶ Artículo 348, incisos 3-5, CNA, 2003.

⁸⁷ Artículos 345, 346 y 347, CNA, 2003.

reparación se equivale a la figura de ‘resarcimiento’ -en sentido material- y se aleja de la noción de reparación y, sobre todo, de restauración.

Por otra parte, al analizar el artículo 348.A del CNN, vemos que la figura de mediación penal es la que más se apega a la justicia restaurativa:

“Art. 348-A.- Mediación penal. La mediación permite el **intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente**, durante el proceso, para que confronten sus puntos de vista y logren **solucionar el conflicto** que mantienen. Podrá referirse a la **reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; y, prestación de servicios a la comunidad.**

Procederá en los mismos casos de la conciliación”⁸⁸. (énfasis añadido)

Desde el lenguaje utilizado, hay una concordancia entre los estándares de la justicia restaurativa y la figura de la mediación dado que esta previene la judicialización de la conducta cometida por un adolescente, puede ser promovida por las partes incluso sin necesidad de poner el caso ante el conocimiento de la Fiscalía y, además, tiene la capacidad de extinguir la acción penal de acuerdo con lo siguiente:

“Art. 348-D.- Efectos de la mediación. Una vez cumplido el acuerdo, **el juzgador declarará extinguida la acción penal**. En caso de incumplimiento, se continuará con el proceso inicial [...]”⁸⁹. (énfasis añadido).

Ahora, en caso de específico de los delitos cometidos en el contexto educativo y que, tras el examen de mérito, no sean llevados ante la justicia especializada, sostenemos que también podrían ser mediados en espacios creados para tal efecto, según prescribe el artículo 348.b y que son denominados “centros de mediación especializados” -todo esto *ex ante* la interposición de una denuncia formal. Posterior al proceso de mediación, para constancia del proceso, se debería redactar un ‘Acta de acuerdo’, en concordancia con las normas supletorias que regulan la materia de mediación⁹⁰.

En consecuencia, toda vez que i) se haya realizado el examen de mérito, ii) se hayan verificado los elementos del tipo penal y principios aplicables y iii) se haya considerado que el conflicto puede ser resuelto por vía de la justicia restaurativa, esta por

⁸⁸ Artículo 348-A, CNA, 2003.

⁸⁹ Artículo 348-D, CNA, 2003.

⁹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 de 29 de noviembre de 2006, reformada por última vez el 14 de diciembre de 2006, Artículo 15.

podrá ser implementada antes de poner el caso en conocimiento de fiscalía, o si ya se lo ha hecho, hasta antes de que el juez competente emita una decisión que determine la responsabilidad del adolescente procesado o, en su defecto, ratifique su condición de inocencia⁹¹.

Así, la justicia restaurativa al ser una vía alternativa a la judicialización de una conducta tendría el efecto de una forma de terminación anticipada del proceso, en el sentido propuesto por el CNA entre los artículos 345 y 353. Todo esto, validaría nuestra hipótesis de que la justicia restaurativa sí podría aplicarse como alternativa a la judicialización de los delitos cometidos por adolescentes en contextos escolares.

5.2.3. ¿En qué casos aplicar la justicia restaurativa?

Debemos partir por mencionar que no todos los delitos deben ser sometidos a la justicia restaurativa por gravedad, oportunidad para reparar a la víctima, riesgo de revictimización, entre otros motivos. Por ello, en distintos países se ha partido por adoptar normas que determinen los criterios que permitirán el abordaje de un delito desde la justicia restaurativa⁹². Estos criterios siguen dos líneas: a) el tipo de delito cometido según su nivel de afectación (*i.e.* delitos mayores o menores), o b) el de la duración de la pena.

En el Ecuador no existe la primera clasificación y, por ende, prima el criterio de la duración. En ese sentido, la justicia restaurativa operaría según lo previsto en el artículo 345 del CNA, en delitos que sean sancionados “con penas privativas de la libertad de hasta diez años”⁹³. Adicional, hay otra condición se desprende de lo establecido en el artículo 276 del COIP -analizado *supra*- sobre el delito de omisión en cuanto a la obligación de denunciar. A este respecto, por su gravedad, no podrían estar sujetos a un mecanismo de justicia restaurativa los:

⁹¹ No obstante, las prácticas y enfoque restaurativo pueden llegar a extenderse aún incluso durante las etapas de juicio, de ejecución de la sentencia, reintegración del adolescente y el seguimiento de este.

⁹² Se pueden ver los casos de Indonesia, Filipinas, Nueva Zelanda, entre otros.

⁹³ Cabe mencionar que tomamos en cuenta el criterio de la conciliación ya que, según el artículo 348.A, la mediación “[...] Procederá en los mismos casos de la conciliación”.

[...] hechos que constituyan **graves violaciones a los derechos humanos o delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o muerte violenta** de una persona⁹⁴.

Cabe mencionar que el criterio de “muerte violenta de una persona” debería extenderse a los delitos contra la vida en general. Ahora bien, utilizamos este criterio ya que estos, por su naturaleza, tienen un efecto que inflige un daño que es de muy difícil reparación y que, en el contexto de una mediación -por ejemplo- puede derivar en un escenario de revictimización injustificada y totalmente lesiva al interés superior del niño y la protección integral (*i.e.* en el caso de que la víctima también sea menor de edad). Además, en varios de estos delitos por su naturaleza no se puede restaurar el bien jurídico protegido de la víctima directa (*e.g.* en los casos de homicidio, asesinato, desaparición, entre otros) y, por ende, solo se podría juzgar en ausencia de esta o en presencia de las víctimas indirectas como, por ejemplo, sus padres.

Fuera de estas condiciones de origen normativo, desde nuestra postura, consideramos que la justicia restaurativa solo debería aplicarse si es la primera vez que un adolescente comete un delito para evitar y prevenir la reincidencia. Así también, una condición debería ser la voluntariedad de las partes para acceder al proceso de justicia restaurativa, siempre que sea oportuno y no signifique una vulneración mayor para la víctima.

Tabla 1: Requisitos para aplicar la justicia restaurativa

No.	Condición	Origen
1	Delitos que no constituyan graves violaciones a los derechos humanos, delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o delitos contra la vida.	Normativo
2	Que no sean delitos cuya sanción prevista por el COIP sea pena privativa de la libertad mayor a 10 años.	Normativo
3	Que sea la primera vez que el adolescente comete un delito.	Extranormativo, principios de la justicia restaurativa
4	Que las partes involucradas accedan voluntariamente y sin coerción de nadie, a formar parte del proceso de justicia restaurativa.	Extranormativo, principios de la justicia restaurativa
5	Que la aplicación de la justicia restaurativa sea oportuna y que no represente una vulneración mayor para la víctima.	Extranormativo, principios de la justicia restaurativa

Fuente: Elaboración propia

⁹⁴ Artículo 276, COIP, 2014.

5.2.4. ¿Cómo aplicar la justicia restaurativa?

Como ya mencionamos, mientras no exista una norma que regule la materia, la vía para aplicar la justicia restaurativa en casos de delitos cometidos por adolescentes, por adecuación normativa, sería la mediación penal. Ahora, la adecuación es necesaria por dos problemas que tendrán que ser resueltos en el mediano plazo y que son: 1) hasta el momento, no existe una normativa en materia de adolescentes infractores, ni en materia educativa, que regule la forma en cómo debe funcionar la mediación penal o justicia restaurativa y 2) no existen centros de mediación penal en materia de justicia juvenil a nivel nacional. Mientras esto sucede, la aplicación de la justicia restaurativa como alternativa a la judicialización de los delitos cometidos por adolescentes en contextos educativos podría irse desarrollando progresivamente de la siguiente manera:

1. Dotando a los departamentos de consejería estudiantil, DECE, o, de preferencia, a las JDRC, con la capacidad de ser centros autorizados y especializados de mediación en materia de adolescentes infractores.
2. Mediante la creación de centros de mediación especializados en materia de adolescentes infractores, mismos que debería funcionar como lo realizan los centros de soluciones rápidas en materia penal.

Finalmente, se debe mencionar que la metodología y prácticas que se utilicen para la llevar a cabo estos mecanismos de justicia restaurativa, deben ser los adecuados para el trabajo con adolescentes y en plena observancia de los estándares internacionales en materia del trato que se debe dar a los NNA que intervienen en procesos extrajudiciales y judiciales ya mencionados en este trabajo y que están encaminados a garantizar la protección y desarrollo de NNA hacia una vida plenamente digna.

6. Recomendaciones

Encontramos que la sentencia No.456-20-JP/21 de la Corte Constitucional abre una importantísima puerta para generar un cambio estructural en cuanto al abordaje de los conflictos en los que intervienen adolescentes e implementar la justicia restaurativa como una alternativa a la judicialización de estos actos. Ahora, para que esto suceda, se deben tener presentes las recomendaciones planteadas a lo largo de este trabajo y que guardan concordancia con las recomendaciones del Representante del Secretario General para la violencia contra los niños. Estas se resumen a continuación:

- a. **Abordar las percepciones sociales negativas:** Esto es necesario dado un contexto actual donde, debido a los problemas económicos, sociales, institucionales y de toda índole, existe una opinión pública contraria a la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflicto en materia penal, incluso en aquellos donde intervienen adolescentes. Por ende, es fundamental promover los valores restaurativos en la sociedad en general y difundir los principios rectores que orientan la normativa relacionada a NNA como sujetos plenos de derechos y titulares de un sistema de protección integral especializado.
- b. **Garantizar un marco jurídico adecuado:** Como mencionamos anteriormente, es necesario que para la aplicación de la justicia restaurativa existan normas claras y definidas que regulen su implementación.
- c. **Fortalecer la capacidad de todas partes interesadas:** Esto incluye a todas las personas que intervienen tanto en el sistema nacional de educación, así como los operadores de la justicia especializada y la sociedad en general.
- d. **Promover la coordinación entre todos los prestadores de servicios de justicia restaurativa y los actores de la justicia:** Esto en relación con los centros de mediación que deberían crearse para tal efecto y, en sentido más amplio, entre todos los actores que intervienen en el sistema de justicia juvenil y todas las autoridades de los centros educativos y de las JDRC.
- e. **Asegurar recursos humanos y financieros:** Esto con el objetivo de que se logre la sostenibilidad y efectiva operabilidad en la implementación de este mecanismo.
- f. **Consolidar datos, investigaciones y evaluaciones:** Esto con la finalidad de lograr la evaluación constante, mejora necesarias y pertinentes, así como facilitar la toma de decisiones en materia normativa y de política pública.⁹⁵

7. Conclusiones

En este trabajo hemos partido por analizar dos presupuestos centrales. Por un lado, encontramos que el conflicto, al ser una manifestación y resultado típico de las relaciones

⁹⁵ Promover la justicia restaurativa para niñas, niños y adolescentes, Informe, Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, 2013, 43- 46.

humanas, no está exento de suceder en los contextos educativos y mucho menos entre personas adolescentes. Así, varios de estos conflictos pueden llegar a resultar en actos considerados como delitos por la ley penal y la respuesta que las personas y en última instancia el Estado den a estos delitos puede encasillarse en dos grandes manifestaciones: 1) la respuesta de punitiva y retributiva, enfocada *prima facie* en castigar al agresor y, 2) la respuesta restaurativa que más bien busca abordar el problema desde un enfoque estructural que garantice la restauración de la víctima y del orden de la comunidad, al tiempo que plantea la reinserción del infractor y la prevención de no repetición.

Este último enfoque es materializado por distintas prácticas -también llamadas restaurativas- y que pueden ser aplicadas en distintos conflictos, incluyendo los penales. Cuando este último es el caso, estamos hablando, propiamente, de la justicia restaurativa. En consecuencia, en materia penal o en el régimen especializado de justicia juvenil, la justicia restaurativa es un MASC que puede prevenir o lograr una terminación anticipada del procesamiento judicial del infractor, siempre que se logre una verdadera restauración de la víctima.

Cuando estos delitos son cometidos por adolescentes en contextos educativos se da paso a un problema que va de la mano de la interpretación o concurrencia de distintos presupuestos, principios y normativas constitucionales y legales. Por un lado, encontramos que, ante cualquier tipo de conflicto educativo, las autoridades de las instituciones deben actuar en concordancia con lo previsto en la normativa educativa -legal y reglamentaria- y dar paso a los procedimientos disciplinarios respectivos. No obstante, cuando en las instituciones educativas se dan conflictos subsumibles en la categoría de delito, existe -en principio- una obligación de denuncia para las autoridades de las instituciones. No obstante, si bien el caso de delitos cometidos por adultos esta obligación es ineludible, en el caso de los delitos cometidos por adolescentes podría darse un abordaje alternativo que coloque a la judicialización como un medio de *última ratio*.

Ante esta problemática, la Corte Constitucional propone la aplicación de un enfoque restaurativo y solución dialógica de los conflictos escolares a ser resueltos mediante procedimientos administrativos y, de forma implícita, plantea el uso de la justicia restaurativa como un MASC para aquellos conflictos subsumibles en la categoría de delito, cometido por adolescentes en su plantel educativo. Como respuesta a esto, a partir de la comparación de todos los estándares internacionales y de las normas

aplicables vigentes, vemos que lo planteado por la Corte sí podría ser implementado en nuestro contexto normativo y educativo.

La razón principal para que este mecanismo alternativo pueda ser aplicado, es que sus principios son concordantes con los principios previstos en la Constitución y demás normativas legales en cuanto a la reparación, restauración, fines de la pena y medidas socioeducativas, así como con la doctrina de la protección integral y del interés superior. Además, los principios de la justicia restaurativa tienen una clara armonía con los principios y enfoques establecidos en la *lex specialis* que regula todo lo relacionado a niñez y adolescencia y a educación. Por ende, la sentencia de la Corte Constitucional da paso a que nos planteemos la necesidad de pensar en cómo debería ser la implementación efectiva de la justicia restaurativa.

Para ello, en primer lugar, identificamos que se requiere establecer una normativa clara para la materia. En segundo lugar, identificamos la necesidad de que para la aplicación de la justicia restaurativa se cumpla con distintos requisitos que van desde la forma legal que debe tomar este MASC en casos de justicia juvenil, hasta las condiciones concurrentes que deben existir para que proceda. En el primer caso, encontramos que la justicia restaurativa puede aplicarse utilizando la figura de mediación penal prevista en el CNA. En el segundo lugar, vemos que las condiciones para la aplicación de este mecanismo son: 1) que los delitos no constituyan graves violaciones a los derechos humanos, delitos contra la integridad física, psicológica, sexual y reproductiva o delitos contra la vida; 2) que no sean delitos cuya sanción prevista por el COIP sea una pena privativa de la libertad mayor a 10 años; 3) que sea la primera vez que el adolescente comete un delito, desde que tiene 14 años; 4) que las partes involucradas accedan voluntariamente y sin coerción de nadie, a formar parte del proceso de justicia restaurativa; y 5) que la aplicación de la justicia restaurativa sea oportuna y que no represente una vulneración mayor para la víctima.

Finalmente, cabe mencionar que, para que los mecanismos de justicia restaurativa en la figura de la mediación penal sean aplicables, se requiere crear verdaderos centros especializados en materia de mediación y justicia juvenil. Para ello, la propuesta última es que, además de la creación de estos centros en general, se pueda dotar a otros entes del sistema educativo con esta capacidad para que puedan abordar directamente los delitos cometidos en contextos educativos. En consecuencia, estos bien podrían ser los departamentos de consejería estudiantil, DECE, o las mismas JDRC.

Así, podemos concluir que la justicia restaurativa como alternativa a la judicialización de delitos cometidos por adolescentes, no solo es compatible y viable en los contextos educativos, sino que podría extenderse a otros casos de delitos cometidos por adolescentes, fuera de ellos, siempre que cumplan con las condiciones mencionadas anteriormente. Por ende, la sentencia de la Corte ha abierto una oportunidad que favorece a un cambio estructural al manejo de los casos de justicia juvenil. Solo cabe mencionar que, sea cual sea el mecanismo, metodología, prácticas y espacios en que se dé la de la justicia restaurativa, nunca se debe dejar de tener presente que toda medida adoptada para el manejo de estos conflictos debe tener como objetivo último el velar por la condición de los NNA como sujetos plenos de derecho y titulares de un régimen de protección integral que garantice su desarrollo pleno como ciudadanos, miembros de una comunidad y, sobre todo, seres humanos.