

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO

Tema: DERECHO PENAL MÍNIMO Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Trabajo de Titulación, modalidad Proyecto de Desarrollo, previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Penal y Procesal Penal.

Autora: Abogada Sandra Paola Vargas Soria

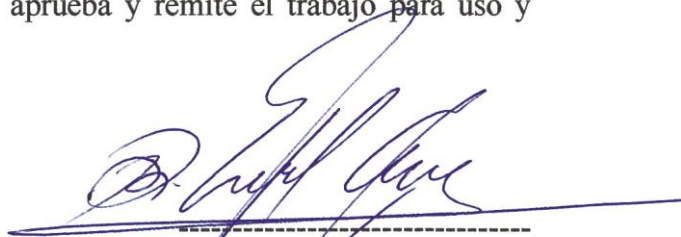
Director: Doctor Merck Milko Benavides Benalcázar, PhD

Ambato-Ecuador

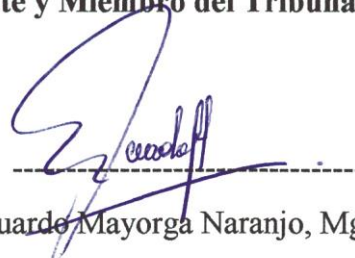
2019

A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Jaime Tarquino Tipantasig Cando Magíster, Presidente y Miembro del Tribunal; e integrado por los señores Doctor Nelson Eduardo Mayorga Naranjo Magíster, Abogado Segundo Ramiro Tite Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: “DERECHO PENAL MÍNIMO Y JUSTICIA RESTAURATIVA”, elaborado y presentado por la Abogada Sandra Paola Vargas Soria, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.



Dr. Jaime Tarquino Tipantasig Cando, Mg
Presidente y Miembro del Tribunal



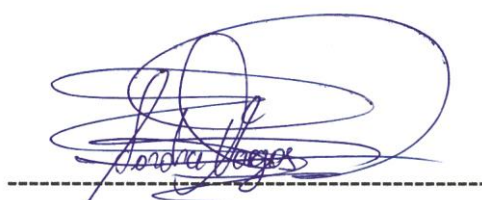
Dr. Nelson Eduardo Mayorga Naranjo, Mg
Miembro del Tribunal



Ab. Segundo Ramiro Tite, Mg
Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

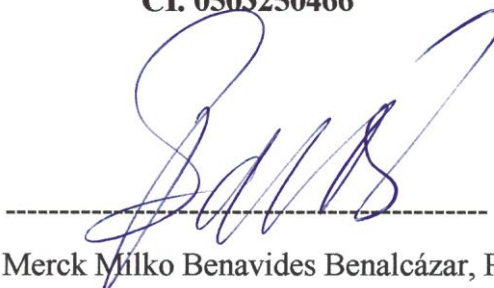
La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: DERECHO PENAL MÍNIMO Y JUSTICIA RESTAURATIVA, le corresponde exclusivamente a la Abogada Sandra Paola Vargas Soria, autora bajo la Dirección del Doctor Merck Milko Benavides Benalcázar, PhD, Director del Trabajo de Titulación; y el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.



Ab. Sandra Paola Vargas Soria

AUTORA

CI. 0503250466



Dr. Merck Milko Benavides Benalcázar, PhD

DIRECTOR

C.I. 0400554606

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.



Ab. Sandra Paola Vargas Soria
C.I. 0503250466

ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
A la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales	ii
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	iii
DERECHOS DE AUTOR	iv
ÍNDICE GENERAL DE CONTENIDOS.....	v
ÍNDICE DE CUADROS.....	viii
ÍNDICE DE GRÁFICOS	ix
AGRADECIMIENTO	x
DEDICATORIA	xi
RESUMEN EJECUTIVO	xii
EXECUTIVE SUMMARY.....	xiv
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I.....	4
El problema	4
1.1 Tema	4
1.2 Planteamiento del problema	4
1.2.1 Contextualización.	4
1.2.2 Análisis crítico.	10
1.2.3 Interrogantes.	11
1.2.4 Delimitación del objeto de estudio.	12
1.3 Justificación.....	12
1.4 Objetivos	13
1.4.1 General.....	13
1.4.2 Específicos.....	13
Capítulo II	14
Marco Teórico	14
2.1 Antecedentes investigativos	14
2.2 Fundamentación.....	17
2.2.1 Filosófica.	17
2.2.2 Legal.....	18
2.3 Definiciones	22
2.4 Evolución del Derecho Penal en el mundo.....	26
2.4.1 Periodo antiguo.....	27
2.4.2 Edad Media.....	31

2.4.3 Edad Moderna y Contemporánea	33
2.5 La tutela judicial efectiva en el marco constitucional.....	34
2.5.1 La tutela judicial efectiva	34
2.5.2 Preludio al Estado constitucional de derechos y justicia.....	38
2.5.3 La tutela judicial en Ecuador alcances y contenido.....	44
2.6 La justicia restaurativa y la tutela judicial efectiva de los intervinientes en el proceso penal	48
2.6.1 El objeto de restaurar.....	48
2.6.2 El bien jurídico protegido y la reparación integral	49
2.6.3 La víctima: de espectador a protagonista del proceso penal	53
2.6.4 La víctima a nivel convencional.....	56
2.6.5 Tratamiento del infractor en la justicia restaurativa	57
2.7 Aplicación de la justicia restaurativa en la justicia penal	59
2.7.1 La economía del crimen	59
2.7.2 Justicia retributiva vs justicia restaurativa.....	60
2.7.3 Equilibrio entre la impunidad y la limitación de derechos.....	62
2.8 La aplicación del Derecho Penal mínimo en la resolución de conflictos	64
2.8.1 El derecho a castigar y los fines del Derecho Penal.....	64
2.8.2 Principios limitadores del derecho a castigar	65
2.8.3 El garantismo y la acción extrapenal.....	67
2.8.4 Eficientísimo penal vs garantismo, alternativas a la solución penal del conflicto.....	70
2.8.5 La ley penal y los mecanismos alternativos de solución de conflictos	74
2.8.6 Mecanismos alternativos a la solución penal en el Derecho comparado ...	79
Capítulo III.....	82
Metodología	82
3.1 Enfoque	82
3.2 Modalidad básica de la investigación.....	83
3.3 Nivel o tipo de investigación.....	85
Capítulo IV.....	87
Análisis de Resultados	87
4.1 Análisis descriptivo de recolección de datos	87
4.2 Análisis e interpretación de datos cuantitativos.....	88
4.3 Análisis e interpretación de datos cualitativos.....	99
Capítulo V	118
Producto Final	118
5.1 Conclusiones	118

5.2	Recomendaciones	122
5.3	Desarrollo del producto	125
5.3.1	Nombre del Producto.....	125
5.3.2	Objetivo General.	125
5.3.3	Objetivos específicos.....	125
5.3.4	Justificación.....	125
5.3.5	Antecedentes.	126
5.3.6	Presentación del producto.....	129
5.4	Bibliografía.....	137
5.5	Anexos.....	142

ÍNDICE DE CUADROS

Tabla 1. Resumen terminológico	23
Tabla 2. Evolución de modelos constitucionales en Ecuador	40
Tabla 3. Introducción de la tutela judicial a nivel constitucional	45
Tabla 4. Matriz operativa	87
Tabla 5. Pregunta 1	89
Tabla 6. Pregunta 2	91
Tabla 7. Pregunta 3	93
Tabla 8. Pregunta 4	95
Tabla 9. Pregunta 5	98
Tabla 10. Matriz de preguntas.....	100
Tabla 11. Anteproyecto de ley	136
Tabla 12. Matriz entrevistas.....	142

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Figura 1. NDD: Delitos de Acción Pública: Cotopaxi año 2018	89
Figura 2. Distribución porcentual de delitos con mayor incidencia.....	91
Figura 3. Noticias del delito resueltas.	93
Figura 4. Soluciones NDD por materia.....	96
Figura 5. Conciliaciones.....	98

AGRADECIMIENTO

Cada aporte brindado en la construcción del presente trabajo, reafirma el compromiso de sumar esfuerzos en la búsqueda de una sociedad más justa en términos de derechos y más humana en cuestiones de sensibilidad.

Agradezco al alma mater ambateña, forjadora de profesionales de valía, en cuyas aulas he recibido además de formación académica, abnegación por el servicio.

A nivel profesional, a todos aquellos que de manera desinteresada han formado parte de esta investigación, y que con sus contribuciones han permitido enriquecer su contenido.

De forma personal, a mi familia, motor invisible, propulsor de grandes conquistas.

A mis compañeros y amigos, con quienes he compartido largas y perdurables travesías en la búsqueda del conocimiento, de la vida y del Derecho.

Sandra

DEDICATORIA

A quienes, desde su cotidianidad contribuyen en la construcción de sistemas inclusivos, en la búsqueda de la dignificación del ser humano.

Sandra

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

TEMA:

DERECHO PENAL MÍNIMO Y JUSTICIA RESTAURATIVA

AUTOR: Abogada Sandra Paola Vargas Soria

DIRECTOR: Doctor Merck Milko Benavides Benalcázar, PhD

FECHA: 18 de junio de 2019

RESUMEN EJECUTIVO

En una era globalizada, en la que el crimen es concebido como fenómeno y enemigo potencial de la estabilidad de los Estados, la punición se comporta como regla antes que excepción. De este modo se ha admitido la cesión y en muchos casos inclusive la confiscación de derechos, como respuesta para el delito. La justicia restaurativa surge frente a este panorama, con una mirada en retrospectiva a los orígenes del conflicto, devolviendo protagonismo a la víctima y buscando la reconciliación del infractor con la comunidad, sin pretender exclusivamente el castigo, sino más bien el restablecimiento de la paz social. Se pretende a través del presente trabajo de investigación, analizar la aplicación del Derecho Penal mínimo como alternativa a la solución punitiva para favorecer la implementación de canales de justicia restaurativa en la legislación nacional, así mismo dar cuenta de los beneficios de este recurso, tanto para la administración de justicia, cuanto para los intervinientes en el proceso penal. Con el soporte de una guía de observación, se registran e identifican los recursos adoptados durante el año 2018 en las diversas investigaciones y procesos penales para dar fin al conflicto; y, con el apoyo del criterio de expertos, a través de una entrevista estructurada se obtienen puntos de vista abordados desde los diferentes ámbitos en los que cada uno de los consultados se desempeña, sean estos como jueces, fiscales, abogados en libre ejercicio profesional y académicos dedicados al estudio de la ciencia penal. A través de los resultados obtenidos, se ofrece un panorama actual de la problemática en estudio. Se concluye con una propuesta que permite ampliar la posibilidad de adopción y efectos de un proceso conciliatorio, con el objeto de que bajo acuerdo de las partes se eviten soluciones punitivas en los procesos y se privilegie como esencia del sistema, la reparación de las víctimas.

Descriptorios: bien jurídico, Derecho Penal mínimo, conciliación penal, garantismo penal, justicia restaurativa, prácticas restaurativas, reparación víctima, sistema punitivo, solución de conflictos, tutela judicial.

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO

THEME:

MINIMUM CRIMINAL LAW AND RESTORATIVE JUSTICE

AUTHOR: Abogada Sandra Paola Vargas Soria

DIRECTED BY: Doctor Merck Milko Benavides Benalcázar, PhD

DATE: June 18th, 2019

EXECUTIVE SUMMARY

In a globalized era, in which crime is conceived as a phenomenon and a potential enemy of the States stability, punishment as a deterrent resource acts as a rule rather than as an exception. In this way the cession has been admitted and in many cases even the confiscation of rights, as a response to the crime. Restorative justice emerges in the face of this panorama, with a retrospective look at the origins of the conflict, returning protagonist to the victim and trying to find the reconciliation of the offender with the community, without pretending exclusively the punishment, but the restoration of social peace. The aim of this research is to analyze the application of minimum criminal law as an alternative to the punitive solution to favor the implementation of restorative justice channels in national legislation, as well as to account for the benefits of this resource, both for the administration of justice, as for the parties involved in the criminal process. With the support of an observation guide, the adopted resources are registered and identified during the year 2018, in some investigations and criminal proceedings in order to end the conflict; and, with the support of the experts' criterion, through a structured interview, points of view are obtained that are addressed from the different spheres in which each one of the respondents works, they can be judges, prosecutors, lawyers in free professional practice and Academics dedicated to the study of penal science. Through the obtained results, a current panorama of the problematic in study is offered. It concludes with a proposal that allows expanding the possibility of adoption and effects of a conciliatory process, with the aim that, under the agreement of the parties, punitive solutions are avoided in the processes and the victim's reparation is privileged as the essence of the system.

Keywords: conflict resolution, criminal conciliation, criminal guarantee, judicial protection, legal right, minimum criminal law, punitive system, restorative justice, restorative practices, victim reparation.

INTRODUCCIÓN

La temática de la presente investigación va dirigida al estudio del Derecho Penal mínimo y la justicia restaurativa, entendidos como aquellos instrumentos utilizados en la efectiva contención de la violencia punitiva y como solución inclusiva de los conflictos sociales respectivamente. La característica principal de este tipo de figuras, radica en la versatilidad respecto a la aplicación de medidas alternativas a la punición; concentrando la atención en el ofrecimiento de respuestas efectivas para el restablecimiento de la paz social, la reparación de las víctimas y la rehabilitación de los infractores.

Para profundizar en el tema en cuestión, se analizan factores que se encuentran presentes en modelos de justicia retributiva, como la inobservancia del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, principios que están destinados a regular la facultad coercitiva del Estado para evitar extralimitaciones. Así mismo la utilización del sistema penal como instrumento de disuasión y la exigua eficacia de los diferentes medios de prevención general y especial en sus variantes positivas y negativas. Por otro lado, se analiza el delito en relación a la víctima y el rol que se le ha dado dentro del proceso.

La investigación, nace del interés por buscar respuestas a interrogantes que se han mantenido irresolubles a través del tiempo, la compleja y controvertida problemática de la criminalidad, buscar enfoques de pensamiento crítico frente al rol de los sujetos procesales y la contribución de estudios que ayuden a propiciar nuevas apreciaciones sobre el tratamiento delincincuencial.

En cuanto al desarrollo, se enfatiza en el análisis bibliográfico, con el propósito de obtener riqueza en la información respecto al problema en estudio; posteriormente con la aplicación de una guía de observación se ha obtenido una visión en cifras, relacionada a la dinámica que se adopta en los procesos que se encuentran en conocimiento del sistema de justicia. Así mismo, a través de la aplicación de un cuestionario aplicado en entrevistas a expertos conocedores del tema, se ha obtenido datos de fuentes primarias que permiten comprender el problema en relación al actual tratamiento dado en la legislación nacional. Los ítems de los instrumentos utilizados constan de un número definido de preguntas en las que se ha podido conocer criterios

de aplicación del Derecho Penal como última ratio y la tutela judicial efectiva en la restauración.

En cuanto a la finalidad que se busca a través del desarrollo del trabajo de investigación, se plantea en primer lugar, el analizar la aplicación del Derecho Penal mínimo como alternativa a la solución punitiva para favorecer la implementación de canales de justicia restaurativa en la legislación nacional; así mismo, estudiar la figura de la mínima intervención penal para garantizar tutela judicial efectiva respecto de los intervinientes en el proceso; por otra parte, contrastar los enfoques retributivos y restaurativos de la justicia penal; identificar mecanismos alternativos de solución de conflictos; y proponer nuevas formas de solución penal.

En cuanto a la estructura del trabajo de investigación, este se compone de cinco capítulos: En el **Capítulo I**, se presenta al problema dentro de los contextos que lo particularizan, se ofrece una perspectiva desde el tratamiento global; lo propio, a nivel de América Latina y una mirada profunda desde la experiencia nacional. Así mismo se describen las causas que lo generan, citando entre ellas el incremento de conflictos sociales, acrecentamiento del fenómeno delincencial, la inobservancia del carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, entre otros aspectos contenidos en el análisis crítico. Se plantean por otra parte, interrogantes relacionadas con la forma en cómo opera el principio de mínima intervención penal en la aplicación de la justicia restaurativa; cómo se emplean los enfoques retributivos y restaurativos de la justicia penal en el tratamiento del delito; y, cuáles son los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la legislación penal vigente. En este contexto, se ha procurado justificar las motivaciones que han inspirado el presente trabajo y los objetivos que se esperan cumplir dentro del mismo.

En el **Capítulo II**, del marco teórico, se recopila un conjunto de definiciones dispuestas en orden cronológico con el objeto de dar a conocer la evolución doctrinaria del pensamiento minimalista. Se abordan las cuestiones teóricas que recogen los principales postulados respecto al nacimiento del Derecho Penal y evolución del ius puniendi, partiendo del origen, progreso, consolidación y efectos sociopolíticos. De la misma manera, se analiza el surgimiento del tratamiento de la tutela judicial en el marco constitucional, así como la visión de la víctima a nivel nacional y convencional; se describen postulados de justicia restaurativa en contraste con los modelos tradicionales y se concluye con un análisis de la normativa vigente en relación a la

aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la norma de la materia y respecto del Derecho comparado.

En el **Capítulo III**, de la metodología, se describe la aplicación de un enfoque mixto, a través del cual se ha obtenido datos cuantificables que permiten concebir de una manera estructurada el problema en estudio; junto con aportes cualitativos recopilados a través de una entrevista estructurada, dirigida a profesionales de la materia, que han contribuido en la integración de argumentos contundentes que posibilitan ampliar el panorama con el que se aborda el tratamiento del delito y las soluciones que frente a este ofrece el sistema penal.

El **Capítulo IV**, recoge un análisis descriptivo e interpretativo de los datos obtenidos, en los que, a través de tablas y figuras, se muestra las soluciones o respuestas adoptadas durante el año 2018, respecto de los procesos e investigaciones por delitos de acción pública; y, frente a estos datos, se presenta puntos de vista, ofrecidos por profesionales dedicados a diversas actividades dentro de la rama del Derecho Penal, que desde su experiencia, realizan una importante contribución en el presente trabajo.

En el **Capítulo V**, se puntualiza las conclusiones a las que se ha llegado, luego de la investigación, una vez que se ha confrontado los elementos analizados desde el ámbito teórico, con los datos obtenidos desde la realidad procesal; se plantean, así mismo, recomendaciones a observarse dentro de las diferentes aristas que se han abordado. Por otra parte, se ofrece como producto final, el desarrollo de un anteproyecto de reforma a la norma penal vigente, con la que se busca: mejorar el acceso de víctimas e infractores a métodos alternativos de solución de conflictos, propiciar una salida eficiente al conflicto penal, facilitar canales de reparación en las diferentes fases y etapas del proceso, lograr eficiencia en la tutela judicial de derechos y favorecer la imposición de penas con enfoque restaurativo.

Capítulo I

El problema

1.1 Tema

Derecho Penal mínimo y justicia restaurativa

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Contextualización.

Macro.

El ser humano como ente social por naturaleza, ha recurrido a través de la historia, a la aplicación de diversos modelos de control social que permitan tanto la organización como la supervivencia de sus miembros. Los valores, normas de conducta y lineamientos que al respecto se han constituido, dan cuenta de ciertas obligaciones a nivel individual con el fin de lograr el bienestar de la colectividad. Este derecho a castigar como concesión dada al Estado, es el que dependiendo de la manera en como se ha desarrollado durante las diferentes épocas, ha caracterizado el manejo de la punición en las sociedades, desde antaño.

En este contexto, en un primer momento de organización, el hombre funda las bases de esta facultad punitiva en el plano divino, de lo que no puede explicar y le atemoriza, sean estas la naturaleza o deidades a las que atribuye protección y dirección. Superada la época de la venganza privada, esta facultad se pone en manos de los gobernantes y monarcas, generando abusos y arbitrariedades ejercidos a través de estos mecanismos de coerción, cuya legitimidad era indiscutible por considerarse que era dada por un ser supremo. De esta manera,

El Derecho Penal Moderno nace precisamente como una reacción liberal, de la Ilustración, en contra de la justicia absolutista de la monarquía europea del siglo XVIII. Aparece como

reacción al proceso inquisitivo orientado a racionalizar el uso del poder penal en los procesos en donde la verdad procesal era un asunto de dominio propio del monarca (Pacheco, 2015: 110).

Es decir, el poder punitivo bajo la sombra de quien fungía como gobernante, absorbió de manera discrecional el tratamiento tanto de la víctima como del delincuente, de la calificación de lo bueno y de lo malo, de lo moral e inmoral y consecuentemente poco se consolidó la teoría del Derecho Penal mínimo, por cuanto gran parte del afianzamiento del poder estaba asentado en el dominio a través del castigo.

Posteriormente, los principios limitadores del Derecho Penal surgen como pautas impuestas a nivel doctrinario y posteriormente jurídico, para evitar la extralimitación o abuso del poder estatal. Al respecto, se fija como momento histórico del surgimiento de la aplicación de estos principios, a la Revolución francesa, época en la que “[...] por lo menos a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado por los representantes elegidos por el pueblo y deja de ser un derecho divino o derivado del más allá” (Muñoz, 2007: 69). En consecuencia, se logra instituir una nueva forma de concebir el Derecho Penal, como una construcción social administrada por el pueblo a través de ciertos personeros a quienes se les otorga la facultad de administrar justicia.

De estos postulados surge la concepción de última ratio del Derecho Penal, considerando que los mecanismos de coerción punitiva deben utilizarse en casos graves cuando no existan otros medios de protección de derechos menos gravosos. A la par del apareamiento de estas doctrinas, han surgido también concepciones respecto al tratamiento del proceso en relación a la víctima y el delincuente, toda vez que:

La característica del poder punitivo es, pues, la confiscación de la víctima, o sea, que es un modelo que no resuelve el conflicto, porque una de las partes (el lesionado) está por definición excluida de la decisión [...] encerramos al agresor un tiempo y lo soltamos cuando el conflicto se secó (Zaffaroni, 2013: 24).

Esta concepción de apropiación planteada por el autor, describe las tendencias reduccionistas que, tras la insatisfacción causada en relación al manejo del delito y la pena, han surgido modernamente. Concomitantemente, el fenómeno de la criminalidad y la violencia han jugado un rol importante dentro de esta problemática; como muestra de aquello, según informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia 2014, realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y copatrocinado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) se da a conocer que:

Entre los países con ingresos bajos y medios, las estimaciones de las tasas de homicidio más elevadas corresponden a la Región de las Américas, con 28,5 homicidios por 100.000 habitantes, seguida de la Región de África, con una tasa de 10,9 homicidios por 100.000 habitantes (Organización Mundial de la Salud, 2016: VII).

Ciertamente, la situación del continente en temas de violencia y criminalidad es preocupante y por ello los Estados han buscado implementar mecanismos que permitan contrarrestar los efectos nocivos derivados a partir de esta problemática; no obstante, la situación socioeconómica y política de gran parte de los países de América, enfrentan varios retos, muchos de ellos relacionados con los resultados del estudio aludido, en el que además se identifican aspectos que en conjunto generan un clima propicio para la violencia, señalando entre los principales:

“[...] una gobernanza débil; un estado de derecho deficiente; las normas culturales, sociales y de género; el desempleo; la desigualdad de ingresos y la desigualdad de género; el cambio social rápido; y las oportunidades educativas limitadas. También se asocian estrechamente a múltiples tipos de violencia factores de riesgo transversales como la facilidad de acceso a las armas de fuego y a otras armas y el consumo de alcohol excesivo [...]” (Organización Mundial de la Salud, 2016: 35).

Estos datos permiten admitir que la seguridad es uno de los temas más importantes a considerar en la agenda global, toda vez que el crimen y la violencia han traspasado fronteras constituyéndose en un problema a escala mundial. Al respecto, la respuesta dada por los diferentes Estados ha sido: radicalidad y punición; y es que parte de los abusos que se han repetido en la historia, han estado cobijados por el matiz de la lucha contra el crimen, privilegiando en varias ocasiones la opinión pública sobre el criterio técnico. Se ha buscado frenar el crecimiento delictivo a costa de los involucrados, generalizando los casos; la alarma social que causan determinados delitos, y la mediaticidad de otros; permitiendo el desarrollo de un sistema represivo y estructurado, en el que no se ha tratado de manera profunda las raíces del problema y los focos de atención respecto a la generación de políticas que contribuyan a una adecuada distribución de riqueza, acceso de oportunidades, regulación del espacio público, alternativas al consumo de sustancias nocivas, entre otros aspectos trascendentales.

Ante estas consideraciones han surgido como alternativas, los postulados de justicia restaurativa como una nueva forma de solucionar conflictos a través del diálogo, la reparación y la reinserción, considerando al delito más que una ofensa al Estado, un agravio al individuo y a la comunidad y por lo tanto factible de resolver dentro de las mismas esferas, reconociendo que “[...] frente a otros modelos de efectiva solución del conflicto, lo punitivo se comporta de modo excluyente, porque no solo no lo resuelve, sino que también impide o dificulta su combinación con otros modelos que lo resuelven” (Zaffaroni, 2013:25).

De tal forma que, frente a una visión de punición extrema basada en la supervivencia de los Estados, se apuesta por volver a la comunidad que le dio vida en sus orígenes. Se trata de un enfoque que busca rescatar la dignidad del ser humano desde la participación, la inclusión y la atención de las necesidades tanto de las víctimas como de los infractores.

Meso

El problema de la inseguridad en la Región de América Latina y el Caribe (ALC) constituye uno de los focos críticos de atención de la época, la crisis se evidencia cuando se da cuenta del problema en cifras. Estudios realizados muestran que, “[...] Ocho de los diez países más violentos del mundo se encuentran en ALC. En 2013, de las 50 ciudades más violentas del mundo, 42 se encontraban en la región, incluidas las 16 más violentas [...]” (Chioda, 2016:1).

Se destacan además varios fenómenos ocasionados por el incremento de la violencia, uno de ellos el aislamiento a causa de la sensación de inseguridad, generando que los ciudadanos se blinden a nivel interpersonal, dejen de utilizar espacios públicos y que escasamente participen en actividades comunitarias entre otros. Situación que también ha generado impacto en el ámbito normativo, toda vez que existe tendencia a la inflación de tipos penales y endurecimiento de penas, sin embargo:

[...] Ningún país de América Latina puede mostrar resultados en la reducción del delito sólo a partir del endurecimiento de penas [...]. Además, [...] el congestionamiento del sistema penal es una realidad latinoamericana evidenciada por múltiples indicadores entre ellos el sobre poblamiento de cárceles, la lentitud de los sistemas de justicia para resolver los hechos denunciados, la incapacidad de la policía para investigar con eficiencia la mayoría de los delitos, la incapacidad para generar sistemas de medidas alternativas al encarcelamiento, y la crisis completa del sistema de menores infractores [...]” (Basombrío & Dammert, 2013:11).

Se evidencia, por lo tanto, rezago a nivel regional en temas de restauración como alternativa a la solución penal, a pesar de que la mayoría de países hayan incorporado mecanismos como la mediación y conciliación en las legislaciones penales internas. Esto se explica por cuanto al aplicar herramientas distintas a la punitiva, se ha pensado solamente en la descongestión del sistema de justicia, cuando por el contrario la justicia restaurativa busca como máxima, atender las necesidades de los dos sujetos involucrados en un delito, tanto

víctimas como delincuentes, sin pretender exclusivamente el castigo, sino más bien el restablecimiento de la paz social.

Por otro lado, el fenómeno expansivo del Derecho Penal también se hace presente en la problemática penitenciaria, así pues, en temas de sobrepoblación las cifras señalan que “[...] Brasil y El Salvador las triplicaron. Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Perú y Uruguay las duplicaron, y de estos países, Argentina y Uruguay están muy próximos a triplicarlas” (Carranza, 2012: 35). La explicación de este incremento del presidio, puede encontrarse en los modelos de política criminal que han adoptado gran parte de los países de la región como opción para mitigar el fenómeno delincencial a través de la represión frente al declive del uso de mecanismos alternativos. Las afirmaciones anteriores denotan la situación que hoy en día ciñe al tratamiento del Derecho Penal mínimo, los desafíos a los que se enfrenta y los lineamientos que requieren abordaje tanto en temas de prevención como de rehabilitación.

Micro.

En Ecuador, a raíz de expedición de la Constitución de la República en el año 2008, de alguna manera se incluye la preeminencia del principio de mínima intervención penal dentro del ordenamiento jurídico, es así que años más tarde, se plantea la creación de un nuevo cuerpo legal en el campo del Derecho Penal que abarque la normativa sustantiva y procedimental, con el fin de recoger leyes dispersas y congregarlas en uno solo compendio. Es así que en el mes de agosto de 2014 entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, para cuya construcción se plantearon un sinnúmero de aspectos que desde diversos sectores se consideraban como relevantes, varios de ellos relacionados con la incorporación de un modelo inclinado a esta nueva línea de pensamiento relacionado con el Derecho Penal mínimo.

A pesar de estos esfuerzos por definir la adopción de la tendencia minimalista en el ámbito de la justicia penal, saltaron a la palestra reproches sociales por temas de inseguridad, endurecimiento de penas, modelos de política criminal restrictiva, entre otros aspectos

(Zalamea, 2014: 9); el resultado: la incorporación en la legislación, de una construcción abultada, con un elevado número de tipos penales e incremento de penas, consolidando un modelo tendiente a la radicalidad y enfocado en la represión delincinencial.

Ubicando la problemática en cifras, durante el año 2018, se habrían conocido 347.819 noticias del delito a nivel nacional (Fiscalía General del Estado, 2019); asimismo, en la provincia de Cotopaxi, en el mismo año, se conocieron 6831 noticias del delito de las cuales 30 se resolvieron mediante conciliación y 29 a través de principio de oportunidad (Fiscalía General del Estado, 2019). Cifras que llaman a la reflexión sobre el uso de mecanismos alternativos a la solución penal y la adecuada satisfacción de pretensiones de víctimas e infractores; además de la observancia de la mínima intervención penal prevista en la norma constitucional.

Sumado a lo manifestado, en la referida provincia, perteneciente a la Zona 3 de planificación, durante el año 2018, la población penitenciaria del CPL Regional Mixto - Sierra Centro Norte - Cotopaxi incrementó a un número de 5.089 personas privadas de libertad (Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2018). Situación que evidencia el elevado índice de sentencias condenatorias con este tipo de penas, frente al limitado uso de los recursos previstos en la norma penal como salidas alternativas que limiten la intervención punitiva estatal en la resolución de conflictos sociales.

1.2.2 Análisis crítico.

Los procesos económicos, formativos, políticos y culturales de la época actual, han traído consigo el incremento de conflictos sociales, acrecentamiento del fenómeno delincinencial y con ello la búsqueda de soluciones, las cuales no siempre han resultado eficaces. En esta labor, se ha encontrado en la punición una alternativa para repeler esta problemática, centrándose de manera errónea en la creación y aplicación de normas que buscan afianzar el control estatal como método preventivo. La inobservancia del carácter subsidiario

y fragmentario del Derecho Penal ha contribuido a una inadecuada protección de bienes jurídicos, invalidando los límites del ius puniendi y desatendiendo a los actores del conflicto.

Por otro lado, un manejo poco adecuado de la política criminal, da carta abierta al ejercicio abusivo del control social formal e informal, que se traduce en populismo punitivo a la hora de enfrentar el delito tanto en sus orígenes como en las consecuencias que genera. En este sentido la inaplicación del Derecho Penal mínimo, es el resultante de varias causas, las cuales convergen en una, el olvido del porqué del nacimiento de la comunidad humana y la necesidad de tutelar los derechos de los miembros que forman parte del conglomerado. La invisibilización de las víctimas y el costo social que esto representa, marca uno de las debilidades del sistema de justicia, que al medir su efectividad únicamente en cifras, pierde respaldo del conglomerado que muestra su impotencia con rechazo al ordenamiento jurídico vigente, tratando incluso de recobrar su potestad sancionadora, generando inestabilidad en lo que hoy se denomina Estado constitucional de derechos y justicia.

El Derecho Penal por tanto, debe ocuparse de regular exclusivamente conductas relevantes en las que resulten lesionados bienes jurídicos que no podrían ser tutelados por mecanismos menos gravosos, entendiendo que la consecuencia de la aplicación de una justicia meramente retributiva cuyo objeto no es otro que el asentamiento de la ley y el orden, el castigo, estigmatización y la exclusión del delincuente; contribuyen a la permanencia de las normas, pero no aseguran la reparación y el restablecimiento de la armonía social.

1.2.3 Interrogantes.

¿Cómo opera el principio de mínima intervención penal en la aplicación de la justicia restaurativa?

¿Cómo se emplean los enfoques retributivos y restaurativos de la justicia penal en el tratamiento del delito?

¿Cuáles son los mecanismos alternativos de solución de conflictos en la legislación penal vigente?

1.2.4 Delimitación del objeto de estudio.

Campo: Jurídico

Área: Derecho Penal

Aspecto: Derecho Penal mínimo

1.3 Justificación

La importancia del estudio del Derecho Penal mínimo y la justicia restaurativa radica en la oportunidad de hallar respuestas a interrogantes que se han mantenido irresolubles a través del tiempo respecto a la compleja y controvertida problemática de la criminalidad, permite analizar enfoques de pensamiento crítico, que sirven como instrumentos de estabilización social.

El argumento central es factible de indagar, al existir trabajos relacionados a los que se puede recurrir para reforzar el conocimiento conceptual y normativo del problema planteado. El momento político y social, exige la contribución de estudios que ayuden a propiciar nuevas concepciones sobre el tratamiento delincencial, las víctimas y los infractores en general, se ha observado que los modelos represivos y la aplicación de una justicia retributiva no han logrado cumplir su fin disuasivo, por lo que la implementación de mecanismos mejor estructurados e inclusivos pueden devolverle al hombre la capacidad de solucionar conflictos en comunidad.

El tema de investigación es inédito y surge ante la crisis que atraviesa el sistema penal. La misión primordial, erigir una fuente primaria de consulta, respecto a temas de trascendental importancia y que hoy por hoy se discuten ante la opinión pública: la observancia del Derecho Penal mínimo; la efectividad de la punición; la aplicación de la restauración en la tutela de derechos, entre otros aspectos.

La visión a futuro, ofrecer alternativas sólidas de aplicación de la justicia restaurativa a nivel jurídico y macro sociológico, que contribuyan al resarcimiento del delito, la rehabilitación y reinserción del infractor en la comunidad; en general rehacer los lazos de armonía social quebrantados por el delito.

1.4 Objetivos

1.4.1 General.

Analizar la aplicación del Derecho Penal mínimo como alternativa a la solución punitiva, para favorecer la implementación de canales de justicia restaurativa en la legislación nacional.

1.4.2 Específicos.

1. Estudiar la figura de la mínima intervención penal en la aplicación de la justicia restaurativa, para garantizar una tutela judicial efectiva.
2. Contrastar los enfoques retributivos y restaurativos de la justicia penal, para abordar nuevas perspectivas sobre el tratamiento del delito.
3. Identificar mecanismos alternativos de solución de conflictos en la legislación penal vigente, para analizar su aplicación y efectividad.
4. Proponer nuevas formas de solución penal a través de la justicia restaurativa.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1 Antecedentes investigativos

Durante los últimos años ha sido rica la contribución científica en el campo del Derecho Penal respecto al tratamiento de la víctima, el delincuente y sobre la efectividad misma de la solución punitiva en los conflictos sociales. Se han realizado importantes trabajos que procuran erigir líneas de pensamiento que puedan ofrecer soluciones a los problemas de la época moderna. Desde la academia se ha tratado de instaurar una suerte de técnica en el tratamiento del fenómeno delincencial, que pasa por una adecuada tipificación y juzgamiento de conductas antijurídicas, medios de reparación, mecanismos de rehabilitación, sin dejar de lado propuestas de prevención.

Diversos son los abordajes que se le ha dado a la materia, como resultado de un cúmulo de factores, filosóficos, sociológicos, antropológicos, económicos y hasta políticos que han aportado en las concepciones que sobre Derecho Penal se han instaurado en las sociedades. En relación al tratamiento del Derecho Penal mínimo y la justicia restaurativa, existen varios trabajos de investigación y artículos académicos que de una manera descriptiva han abordado esta temática.

Un primer trabajo, con el tema: Globalización, Derecho Penal mínimo y privación de libertad a 250 años de la obra cumbre de Beccaria, tiene como objetivo general, abordar la fundamentación criminológica de los elementos que caracterizan al poder punitivo del Estado y enfatiza la necesidad de priorizar la aplicación del principio de intervención mínima en el enfrentamiento del delito. Se hace hincapié en aspectos como la globalización y expansionismo

del Derecho Penal, el endurecimiento de las condiciones de reclusión y la crisis de la resocialización de los privados de libertad, sosteniendo una posición crítica respecto a los excesos en la utilización del poder punitivo. A modo de conclusiones, se enuncia que la política de mano dura para enfrentar la delincuencia lejos de disminuirla la amplían, incrementando el grado de violencia. La importancia de este trabajo, radica en que puede constituirse en fuente de consulta en relación a aspectos doctrinarios referentes a los límites del *ius puniendi* y el tratamiento mismo del Derecho Penal en la época moderna; además introduce temas de interés significativos para el análisis del presente trabajo, como las implicaciones que trae consigo la era de la globalización (Goite, Medina, Fernández, Huertas, & Ruiz, 2016: 112).

Un segundo trabajo de interés es el denominado: *Sociedad del riesgo e intervención penal*, el cual se encuentra orientado a analizar las características de la sociedad del riesgo y a exponer las principales tendencias doctrinales tanto a favor como en contra de las ideas reduccionistas. La autora hace una descripción general citando a diferentes doctrinarios entre ellos: la Escuela de Frankfurt en Alemania representada por Hassemer, quien aboga por la permanencia del sistema conceptual clásico, señalando de inaceptable el abandono de los principios que de él emanan.

Se citan por otra parte, las ideas reduccionistas de Baratta quien destaca como punto central la idea de la mínima intervención penal como guía para una política penal a corto y mediano plazo; a Ferrajoli, destacando el análisis que realiza respecto a la relevancia científica y política de los bienes, valores o privilegios que deben ser legalmente tutelados; a Silva Sánchez y la propuesta de división del alcance del sistema punitivo, en dos bloques o niveles de rigor diferentes, uno que correspondería con el alcance tradicional y otro accesorio al que se integrarían los delitos de peligro, para los que se observaría cierta flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. A manera de conclusión la autora señala que es preciso garantizar la seguridad de la sociedad moderna, buscando equilibrio entre la

limitación de derechos y una mal entendida libertad que deje a sus ciudadanos indefensos. Por otra parte, se deja clara la postura en relación a que el Derecho Penal debe intervenir en la medida en que sea absolutamente imprescindible para proteger a la sociedad y a sus miembros (Jiménez, 2014:1).

Un tercer trabajo, titulado: La víctima, el victimario y la justicia restaurativa; da a conocer aspectos sobresalientes y ventajas derivadas de la figura del perdón como característica de la restauración. Describe las implicaciones derivadas del tránsito de la justicia retributiva a esta nueva forma de solucionar conflictos; destaca la necesidad de cambios estructurales, respecto a las concepciones ideológicas en el ámbito legislativo, cultural, social y las que le son propias al sistema de administración de justicia. Destaca por otro lado como objetivo de este modelo: la generación de una experiencia sanadora para todos los involucrados; concluye indicando que la justicia restaurativa es un movimiento cuyo tratamiento se sustenta en áreas como la victimología y la criminología, y que busca como arista principal que la víctima, el victimario y los miembros afectados de la comunidad de manera directa participen en la solución del conflicto (Villarreal, 2013: 45).

Por otra parte la investigación que lleva por tema: La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal, presenta como objetivo, el aportar ideas al estudio de la justicia restaurativa como un instrumento que posibilite una solución consensuada del proceso y la generación de nuevas formas de convivencia; la presenta como una figura alternativa que reconoce que tanto las partes involucradas como la comunidad misma, puedan participar en la solución del conflicto, bajo los postulados de: verdad, justicia y reparación; volviendo la mirada a lo que constituye la justicia penal; humanitaria, mediadora, reparadora y compensadora, para lograr un espacio de reconciliación entre el victimario y la víctima (Sampedro, 2010:88).

En Ecuador, el trabajo de investigación con el tema: “Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico: una propuesta política, criminal desde el Ecuador”, tiene como objetivo general, responder a dos interrogantes: ¿el minimalismo es aplicable a la realidad ecuatoriana? y de haber un problema de incompatibilidad ¿existe un marco conceptual alternativo que permita gestionar la conflictividad criminal de manera efectiva? ; Se destaca en este trabajo, la importancia de fraguar un esquema conceptual que permita superar el populismo en que ha caído la política criminal en las últimas décadas, concluye en la necesidad de buscar en el Derecho Penal estratégico una alternativa entre la visión universalista de las corrientes de corte académico y las posturas pragmáticas que poco trascienden en la proposición de métodos efectivos para la solución de los problemas de convivencia (Zalamea, 2014: 11).

Cada uno de los aportes académicos que se enuncian, constituyen sustento teórico para la construcción de nuevos abordajes en torno al tema en estudio y ofrecen fuente de consulta relacionada con los objetivos de investigación. De esta manera se las ha acogido como contingente de información respecto a la doctrina minimalista, nuevas tendencias de solución de conflictos, concepciones clásicas del tratamiento punitivo, origen evolución, entre otras cuestiones.

2.2 Fundamentación

2.2.1 Filosófica.

El presente trabajo de investigación se sustenta en el paradigma crítico-propositivo, toda vez que se presenta el problema en su real dimensión. Se realizan observaciones respecto al sistema legal que lo regula y se esbozan rutas de acción que replantean la visión de solución al crimen, buscando ofrecer un contenido fresco, que abra la mirada a nuevos horizontes los cuales procuren mejores resultados para la convivencia social y el respeto de los derechos de los participantes en el conflicto.

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada sino es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas (Rawls, 2012: 17).

La justicia considerada como la mejor de las virtudes, ha de ser reconocida como la aspiración máxima del ser humano, para alcanzar este fin es preciso construir sistemas estructurados tendientes a alcanzar la armonía en sociedad, cobijados de características propias de los sujetos sobre quienes va regular: versátiles, debido a que las normas no gozan de perennidad, incluyentes por cuanto las sociedades son diversas como lo es también el hombre, inclusivas para salvaguardar los derechos de todos los participantes en un proceso, considerando rutas alternativas al litigio, toda vez que el bien común pueden alcanzarse por mecanismos complementarios. Todo bien es perfectible, más aún lo deben ser las leyes, las cuales deben acoplarse el momento en que van a aplicarse. El legado que los estudiosos del Derecho deben dejar a las futuras generaciones es reglar para restaurar y no para castigar.

2.2.2 Legal.

Dentro del contexto normativo que ampara el tratamiento de las instituciones y aspectos a desarrollarse en el presente trabajo, se parte haciendo referencia a lo determinado en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) que indica que el orden jerárquico de aplicación de las normas es el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este sentido a nivel constitucional el artículo 195 al referirse a la mínima intervención penal indica que:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el mismo articulado además se menciona la protección estatal prioritaria en el tema de víctimas; de manera adicional el artículo 35, refiere las consideraciones respecto a los grupos de atención prioritaria entre los que se incluye además la protección de los privados de libertad, junto con otros actores que se hallan cobijados por la tutela constitucional:

Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. - Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El artículo 75, cita aspectos inherentes a los derechos de protección, en los que se menciona a la justicia y los principios bajo los cuales debe desarrollarse:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Enmarcando el tema específico de los derechos de la víctima y la reparación, el artículo 78, dispone:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por otra parte, al desarrollar la temática de mecanismos extrapenales para la solución de conflictos, el artículo 190 indica que:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En este mismo enfoque el artículo 97 al respecto indica que, se reconoce el derecho que tienen las organizaciones para “[...] desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Siguiendo la línea del orden jerárquico de normas de acuerdo a las consideraciones de supremacía reconocidas en la CRE, se resume aspectos relacionados con normativa internacional que sirven de apoyo para el tratamiento del tema en estudio:

La Declaración Universal de Derechos Humanos como instrumento de rectoría en estándares internacionales, reconoce en los artículos 7 a 11, contenidos relacionados con el derecho de acceso a la justicia y garantías a observarse dentro de un proceso; a partir de las cuales se ha implementado consideraciones categóricas dentro de la normativa interna de los Estados parte (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948).

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, instrumento legal que regula las actuaciones de la Corte Penal Internacional, dentro del ámbito de sus competencias detalla aspectos a observarse en la aplicación de normativa interna respecto a derechos básicos de los intervinientes en el proceso penal, de esta manera el artículo 55 detalla uno a uno los derechos de los que gozan las personas durante la investigación; el artículo 68.1 las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos y el artículo 75 la reparación, mencionado que dentro de esta se debe considerar: la restitución, la indemnización y la rehabilitación (Corte Penal Internacional, 1998).

De igual manera, el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece un conjunto de garantías básicas referentes al derecho a la libertad personal y además el artículo 8 de las garantías judiciales, establece aspectos inherentes a los derechos de las partes especialmente de los investigados o sospechosos dentro del proceso (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los articulados 14.1 y 10.3 reconoce varios derechos que guardan relación con el debido proceso y destaca los propósitos del régimen penitenciario, respectivamente. Aspectos a tomarse en cuenta al momento de fijar políticas relacionadas con reinserción y finalidades de la pena (Asamblea general de Naciones Unidas, 1966).

Dentro del ámbito nacional, el COIP como normativa de aplicación en el campo penal tanto en el aspecto sustantivo como procedimental, reconoce como principio general a la mínima intervención, prevista en el artículo 3 del referido cuerpo legal, estableciendo su carácter excepcional, cuando sea estrictamente necesaria para la protección de bienes jurídicos a falta de otros mecanismos extrapenales (Código Orgánico Integral Penal). Por otro lado, en el título III del libro preliminar se detallan los derechos de la víctima, el título II y III del libro

primero refiere a penas; medidas de seguridad y reparación integral respectivamente; además sustentan aspectos legales que rigen actualmente varios de los asuntos a tratarse. Del mismo modo el título X del libro segundo respecto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, puntualiza los principios y normas generales a observarse para su adopción, destacando el carácter de voluntariedad previsto en el artículo 662. 1 (Código Orgánico Integral Penal).

2.3 Definiciones

Al estudiar la figura de la mínima intervención penal, es necesario ubicarlo en los diferentes contextos dados a través del tiempo, así como también las múltiples consideraciones y teorías que al respecto se han elaborado. En la Tabla 1. Resumen terminológico, se describen definiciones relevantes relacionadas con el objeto de estudio, en las que se puede observar que, desde varios años, el pensamiento minimalista se encuentra en auge y que a nivel doctrinario ha sido desarrollado de una manera notable.

Es así que los criterios vanguardistas respecto a los fines del Derecho Penal, penas, punitividad entre otros, han salido a la palestra, para que puedan ser tratados, considerados y reevaluados conforme a las necesidades sociales de la época. Se han abordado concepciones de diferentes autores, durante los últimos 30 años, con el fin de observar la evolución doctrinaria de este término y la manera en cómo ha sido abordado de acuerdo al comportamiento de las colectividades sobre las que se ha aplicado, con el objeto de ofrecer un estudio introductorio al tema que permita en adelante abordar los tópicos de una manera objetiva y práctica.

Tabla 1. Resumen terminológico

Mínima Intervención Penal	
Autor	Enunciación
Diez, 1997: 12	“[...] Entiende el Derecho Penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social [...]”.
Günter & Cancio, 2006: 63	Tiene el acierto de proponer una intervención limitada y racional del sistema punitivo (en consonancia con el carácter fragmentario, subsidiario y de última ratio del Derecho Penal y con el principio de intervención penal mínima y necesaria) y de fomentar un análisis crítico de toda concentración de poder punitivo en manos del Estado.
Levene, 2014: 84	“[...] versión atenuada del abolicionismo - aspira a minimizar el Derecho Penal Positivo, llevarlo a mínima expresión, y cercenarlo todo lo posible”.
Baratta, 2014: 300	“[...] instrumento teórico más adecuado para la estrategia de la máxima contención de la violencia punitiva, que actualmente constituye el momento prioritario de una política alternativa del control social”.
Valdivieso, 2014: 33	“[...] implica que solo los bienes jurídicos trascendentales se protegen penalmente y estos bienes deben estar en la Constitución de la Republica”.
Albán, 2015: 21	“[...] exige del legislador un amplio proceso de descriminalización, el establecimiento de penas alternativas y una reforma procesal profunda, revalorizando el papel de la Fiscalía y de las víctimas [...]”.
Palacios, 2017: 6	“[...] constituye la senda que deberá conducirnos, eventualmente, hacia un Derecho represivo excepcional, en el que la prisión (como sanción perteneciente a un elenco con tendencia expansionista) tienda a convertirse en el último recurso que el Estado emplee para la defensa de la libertad”.
Santacruz & Santacruz, 2018: 98	“[...] supone un minimalismo en el empleo de la violencia, tanto institucional como la derivada del delito, así como la maximización de libertades, lo que incide de manera importante en torno a los límites del ius puniendi”.
Rangel & De León, 2018: 147	“[...] un Estado debe castigar la conducta más gravosa que lesiona a la sociedad y a la población”.

Fuente: elaboración propia a partir de autores

En las opiniones anotadas, se evidencia la subsidiaridad del Derecho Penal como punto central de atención, aspecto que se mantiene desde las conceptualizaciones analizadas de la década de los noventa; así al mencionarse al Derecho Penal “[...] como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social [...]” (Diez, 1997: 12), se explica la concepción utilitarista de los mecanismos punitivos, vistos como una forma de regular el orden público y la armonía en las relaciones dadas dentro de la sociedad, siempre y cuando no se cuente para ello con otro tipo de acciones.

Posteriormente, ya con un criterio mejor desarrollado, destacan las consideraciones de los caracteres fragmentario, subsidiario y de última ratio del Derecho Penal (Günter & Cancio, 2006: 63); y con ello el análisis a fondo de las atribuciones que le compete a la facultad coercitiva del Estado, junto con los límites que se deben fijar para evitar extralimitaciones. De este modo, surge la obligación por parte de los entes de los poderes públicos, de encaminar acciones dirigidas a estos propósitos, desde las diferentes aristas que son de su competencia: así, el ejecutivo a través de la generación de políticas públicas tendientes a generar espacios para abordar de manera frontal temas de seguridad, organización social, sistemas de rehabilitación social efectivos, entre otros; desde el legislativo con la creación de normas penales que sancionen exclusivamente aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos relevantes; desde el ámbito judicial, adoptando mecanismos alternativos a la solución punitiva, penas proporcionales, adecuada adopción de medidas privativas de libertad por citar varios de los tantos aspectos inherentes a esta temática.

En las conceptualizaciones de 2014, se cita a tres autores, en los que predomina como pensamiento central, la idea de protección del bien jurídico como requisito de validez de las normas penales, cuya lesión justificaría la intervención punitiva; se introducen, además concepciones respecto a la adopción de mecanismos alternativos de control social y uno de los autores inclusive da un paso adicional, equiparando a la mínima intervención como

“[...]versión atenuada del abolicionismo - aspira a minimizar el Derecho Penal Positivo, llevarlo a mínima expresión, y cercenarlo todo lo posible” (Levene, 2014: 84). Pensamientos que han ido cobrando auge, en los doctrinarios de la época, movidos quizá por un cierto desasosiego de los resultados obtenidos de la justicia tradicional, que en determinado momento ha ido perdiendo respaldo y aceptación ciudadana, en relación a la satisfacción de pretensiones de los involucrados.

Por otra parte, en 2015, el pensamiento analizado se centra en el ámbito normativo y la necesidad de reconsiderar los roles dados a la víctima, se entiende por tanto que se le da un valor de especial connotación, se busca brindarle protagonismo tanto en la esfera social como en la procesal. En el caso ecuatoriano a esta época con la puesta en vigencia del COIP, se procura erigir lo que se creía constituiría una nueva forma de tratamiento victimológico. En el mismo sentido, se busca reforzar temas relacionados con reparación integral.

En 2017, ya se habla de expansionismo, equiparado al término de inflación del Derecho Penal y que se referiría no solamente a la creación desbordada de tipos penales para regular variadas conductas surgidas de la era globalizada, sino además su sobre utilización. En contra sentido la mínima intervención penal sería “[...] la senda que deberá conducirnos, eventualmente, hacia un Derecho represivo excepcional [...]” (Palacios, 2017: 6). Esta excepcionalidad es la que la llamada sociedad de riesgo ha dejado de lado, convirtiendo más bien en regla la utilización desmesurada de la solución punitiva, vista como el mecanismo mejor estructurado y de evidente eficacia para reprimir conductas; pero, no para rehacer la armonía en sociedad.

Las conceptualizaciones de 2018, introducen los términos de violencia institucional, así como la responsabilidad de perseguir y sancionar “[...] la conducta más gravosa que lesiona a la sociedad y a la población” (Rangel & De León, 2018: 147). De modo que la relevancia y la lesividad vuelven a ser focos de atención, para el desarrollo efectivo de este principio.

En definitiva, conforme el avance y desarrollo de las ciencias penales, se observa de manera periódica el apareamiento de nuevos planteamientos que se consideran necesarios para el desarrollo de principios de la materia, en un primer momento se implementan consideraciones respecto a las funciones limitadoras de la punición, seguidas en lo posterior de teorías radicales como el abolicionismo. En contraste, surge la tendencia modernista que se inclina al ámbito de la protección de derechos, desarrollados en las cartas fundamentales de los Estados, como punto de partida para la salvaguarda de bienes jurídicos.

2.4 Evolución del Derecho Penal en el mundo

Para ahondar en el estudio del Derecho Penal mínimo, es preciso recorrer los albores del Derecho Penal mismo en su generalidad, respecto a surgimiento, desarrollo, teorías, y principalmente, entender las motivaciones que han llevado al hombre a buscar en éste, la solución para gran parte de los problemas que se presentan en la sociedad.

Desde épocas remotas el hombre ha buscado agruparse para sobrevivir, resultado de estas relaciones se han constituido reinos, naciones e imperios hasta llegar a las variadas formas de agrupación social que se conocen hoy en día; y dentro de las cuales han germinado conflictos de diversa naturaleza que deben ser solucionados de una u otra manera. Es así que surge en el ser humano la necesidad de buscar medios a partir de los cuales pueda resolver estas contrariedades, los cuales han ido tomando forma con el devenir de los años.

Al abordar el desarrollo del sistema punitivo en la línea del tiempo, se detallan los principales postulados que dieron origen a las leyes penales, destacando periodos notables y los representantes de cada uno de ellos, cuyo legado permanece incólume en varias instituciones del Derecho.

2.4.1 Periodo antiguo

2.4.1.1 La venganza privada o de sangre.

En este punto de la historia, el ser humano se presenta como un sujeto temeroso de lo desconocido, de lo que aún no puede explicar, la naturaleza llena su entelequia y de eso se vale para sustentar improvisadas reglas de conducta, que en caso de ser quebrantadas generan castigos espontáneos basados en lo que la cólera y el arrebato inspiran, fruto de lo que constituyó plataforma de las primeras manifestaciones de punición: la venganza.

Esta fase se caracterizó por el hecho de que el ofendido, sus parientes o grupo al que pertenecían tomaban justicia por sus propias manos y éstos eran respondidos por los nuevos ofendidos, de manera que se daba un círculo de violencia entre familias o grupos de personas (Villadiego, 2013: 112).

Dicho de otro modo, la víctima del delito se encontraba legitimada, para responder por las afrentas que le causaran, sin que exista algún tipo de regulación sobre la forma en las que aplicaban este derecho. En consecuencia, la sanción estaría respaldada únicamente por el libre arbitrio en la reacción, generando discrecionalidad en la sanción.

Al respecto, doctrinariamente se indica que: “Las manifestaciones punitivas antiguas se vincularon al pensamiento mágico religioso y el castigo además de cruel era primaria expresión de venganza y de temores ignotos” (Villa, 2014: 61). Por lo que, estas expresiones de venganza constituyen los pilares que dieron origen a la imposición de castigos brutales y desproporcionados que marcan el extremismo punitivo de determinadas épocas.

De esta manera, “Las normas penales, como todas las demás, se manifestaron inicialmente de una manera consuetudinaria. Muy lentamente fueron apareciendo las primeras leyes escritas que eran, por lo demás, dispersas y casuísticas” (Albán, 2015: 39). Se podría hablar de un periodo de transición entre una época antigua remota a otra todavía arcaica, pero con formas de organización social mejor estructuradas y de las cuales por apogeo y fama aún

se conoce, floreciendo incipientes expresiones de leyes penales que aportaron límites a la subjetividad en la aplicación del castigo y la pena.

2.4.1.2 Institución del Talión.

La ley del Talión, término equiparado a igual o semejante, establecida a mediados del siglo V a. C. en las XII Tablas, considerada como una ley arcaica desde el punto de vista cronológico (García, 2017: 224) y pese a que su idea se ha asociado a una vetusta forma de venganza irracional, constituye un mecanismo de regulación avanzado para la época, a través del cual se restringe la capacidad sancionadora de los privados, caracterizada por la carencia de límites y abierta a toda clase de posibilidades en cuanto a imposición de castigos, reemplazándolos por otros a los que se debían sujetar los intervinientes del conflicto.

El autor en esta línea de ideas, sostiene que el origen mismo de la palabra Talio da cuenta del alcance de esta figura, toda vez que se asemeja a los términos de equivalencia, por lo que se comprende que se trataba de una forma de limitación fijada con el propósito de instaurar penas equiparables al daño causado por métodos más civilizados como la compensación económica.

Las normas taliónicas fueron recogidas además en el Código de Hammurabi de la antigua Mesopotamia y en la legislación mosaica; aplicándose también como mecanismo análogo a la Composición “[...] que era una manera más racional donde el victimario saldaba el daño que había cometido con su patrimonio, se aplicaba algo similar a la transacción comercial. Este sistema se implementó en el Régimen Germano” (Villadiego, 2013: 112), estuvo presente en el Manú de la India y también en la Ley de las XII Tablas.

Tal como se evidencia, la interpretación de las implicaciones del Talio, van más allá de punición por sí misma, sino que su núcleo va encaminado a la equivalencia entre daño y castigo, otro tema de estudio sería el análisis de los medios, dureza y forma de aquellos. No obstante,

es en esencia, el sentido de la novísima introducción de las primeras formas de proporcionalidad lo que se desea destacar y dejar abierto al análisis.

2.4.1.3 Leyes penales en Grecia.

Al hacer referencia al estudio de las leyes penales en Grecia, se destaca como peculiaridades, el carácter indudablemente público que se les atribuía, la calificación y clasificación de los delitos, los cuales eran considerados en dos grupos: por una parte, los que afectaban al Estado que eran reprimidos de manera mucha más severa; un claro ejemplo se observa en el Ostracismo y, por otro lado, estaban los que lesionaban los derechos de los privados con sanciones menos lesivas (Albán, 2015: 41).

Con estas consideraciones se evidencia que se priorizó la permanencia y buena marcha de la organización social antes que los derechos del hombre considerado como ser individual. Es por ello que la radicalidad en la punición buscaba causar impacto social entre los gobernantes y gobernados con el fin de asegurar la vigencia del régimen instaurado en aquella época.

Por otra parte, existieron críticas respecto a aspectos trascendentales relacionados con la legislación penal ateniense, principalmente respecto a la escala de delitos y proporción de las penas (Pacheco, 1870: XVIII). En este punto específico las consideraciones anotadas, refieren a aspectos de publicidad y legalidad, por cuanto aún estaba presente en esta época la discrecionalidad en la determinación de conductas punibles, las cuales tampoco eran conocidas en su totalidad por el pueblo.

2.4.1.4 Derecho romano.

El Derecho romano ha marcado un momento importante en la historia y el Derecho, aun así, “Los autores sostienen que, en materia penal, el Derecho romano no tuvo la misma trascendencia que en el ámbito civil. Así, por ejemplo, de los cincuenta libros que integran los ‘Digestos’, solamente dos se refieren a cuestiones penales [...]” (Albán, 2015: 41).

Aun cuando, la esencia del Derecho durante la época del imperio estuvo orientada al ámbito civil, también lo estuvo en la regulación del Derecho público, convirtiéndose los aportes emanados de período, en varios de los textos y contenidos de trascendental influencia y permanencia a través del tiempo. De la misma manera las doce tablas atribuidas al Derecho romano, constituyen contribución importante en la evolución del *ius puniendi*.

Un aspecto a resaltar, es el carácter público que se le dio a las normas penales, manifestado a través del retiro del rol sancionador del que gozaba el *pater familias*, pudiendo vengar por sus propios medios, las afrentas de las cuales se creía víctima. Finalmente, la división de delitos en públicos y privados, junto con la incorporación de concepciones importantes, entre ellas: dolo, tentativa, complicidad, legítima defensa, fuerza irresistible, circunstancias atenuantes y agravantes; adicionalmente la tipificación de delitos como el parricidio, violación, hurto, estafa, secuestro, peculado entre otros también constituyen aspectos relevantes de esta época; a esto se debe sumar ciertos derechos que se iban adquiriendo a través de la ciudadanía, como el derecho a ser juzgado en Roma cuando se fuere acusado de algún delito (Heater, 2007: 64 ; Albán, 2015: 41).

Contexto que advierte la predominancia del poder público para castigar conductas, con un estilo mejor estructurado, que, en todo caso, se valía del hoy llamado control social, para asegurar la vigencia del imperio, caracterizado por una acentuada segmentación de la población y un importante apogeo impositivo respaldado por la hueste.

2.4.1.5 Derecho germano.

Se debe reconocer en el Derecho germano la influencia que tuvo en el campo del Derecho Penal. En sus orígenes caracterizó por ser menos evolucionado y ordenado frente a otros como el romano, lo cual puede explicarse debido a su contenido consuetudinario. Al respecto, Foucault (1980) refiriéndose a características propias de este sistema, menciona que:

[...] en primer lugar no hay acción pública, es decir, no hay nadie que, representando a la sociedad, a un grupo, al poder, o a quien lo detente tenga a su cargo acusaciones contra los individuos. Para que hubiese un proceso penal era necesario que hubiese habido daño, que al menos alguien afirmase haber sufrido daño o se presentase como víctima y que esta presunta víctima designase su adversario. La víctima podía ser la persona directamente ofendida o alguien que, perteneciendo a su familia, asumiese la causa del pariente. La acción penal se caracterizaba siempre por ser una especie de duelo u oposición entre individuos, familias, o grupos. No había intervención alguna de ningún representante de la autoridad, se trataba de una reclamación de un individuo a otro que se desarrollaba con la sola intervención de estos dos personajes: el que se defiende y el que acusa (p. 27).

Con lo anotado se concibe el carácter extremadamente privado con que se concebía a la punición, constituyéndose por lo tanto las regulaciones normativas, en estructuras para conducir el ejercicio personal e íntimo de los involucrados en el tratamiento del crimen y del castigo. Se particulariza la connotación de la víctima como administradora del conflicto cuyo resultado dependería de la medición de fuerzas entre los involucrados. A pesar de ello, figuras como la composición, hacen notar la introducción paulatina de alternativas sustentadas en la transacción; en antítesis a otras instituciones como las Ordalías o Juicios de Dios, que, si bien fueron tradicionales, se constituyeron en manifestaciones del espectro arcaico que aun envolvía la época.

2.4.2 Edad Media

2.4.2.1 Derecho Europeo hasta el siglo XVIII.

El Derecho europeo es fruto de una fusión de elementos jurídicos romanos, germánicos y prácticas consuetudinarias unidas a aportes del Derecho canónico; se destacan como aspectos relevantes de este período: la dependencia de los jueces al poder de los monarcas, la discrecionalidad en la determinación de delitos y penas; así como la tortura como medio de investigación y sanción (Albán, 2015: 43).

Pese a que, conforme se ha venido señalando, existieron notables avances en el Derecho Penal desde el periodo antiguo remoto de la civilización hasta el siglo XVIII, estos constituyeron antes que nada formas básicas de regulación; los logros fueron en su mayoría cuestiones relacionadas con la expropiación del derecho a castigar de los particulares, para ponérselo a manos del pueblo representado por el Estado a través de sus gobernantes. Se buscó por tanto pasar de los extremos causados por la venganza privada, a formas mejor estructuradas en relación al delito y la pena, incorporando mecanismos compensatorios y proporcionales al mal causado.

Estas ideas fueron aun arcaicas en el modo de investigar; en la previsibilidad de las infracciones y sobre todo en la independencia de los administradores de justicia, quienes todavía se hallaban íntimamente ligados al poder del Monarca. Existen varios instrumentos normativos que revelan el criterio punitivo aplicado; entre ellos destacan: Las Partidas, así como una asidua presencia de Derecho canónico.

En cuanto a las primeras, estas constituyeron un instrumento jurídico en el que sobresalen aspectos inherentes a la pena, considerada como enmienda y escarmiento que servía además como mecanismo de ejemplo para que otros no yerren (El Sabio, 2019: 232). Manifiesto claro del carácter retributivo de la pena a esa época, caracterizada además por la severidad de los castigos. Por otro lado, destacan también los fines de prevención, dirigidos a la población para que no se cometan las mismas conductas.

En cuanto al Derecho canónico, que “[...] se condensa en el *codex juris canonici* y privilegia el aspecto subjetivo del delito y asocia la infracción al pecado” (Albán, 2015: 66). Permite entender la influencia y el posicionamiento privilegiado que durante la Edad Media mantuvo la iglesia en el Derecho, cuyo dominio trascendió al ámbito de la determinación de conductas catalogadas como punibles en una relación normativa entre los comportamientos seculares y la religión.

2.4.3 Edad Moderna y Contemporánea

El inicio de la Edad Moderna, surge a partir del siglo XVIII, época marcada por la Revolución francesa de 1789 que puso fin al absolutismo. Los postulados de igualdad, libertad y fraternidad se extienden también al campo del Derecho, cuyos pensadores, se abren a nuevas teorías, en las que se reflexiona sobre la concepción de crimen y castigo (Castillo, 2014: 38).

Es decir, los criterios liberales de la época, inspiraron también el planteamiento de serias reformas a nivel punitivo, que ya habían tomado curso pero que se aceleraron con esta corriente progresista. Por lo que, a partir de los postulados anotados, emanan otros, propios del Derecho Penal, relacionados con la igualdad ante la ley, proporcionalidad en las penas, así como la exclusión de sanciones inhumanas. Por otra parte, todas estas consideraciones, necesitaron perfeccionarse con la contribución de doctrinas filosóficas, políticas y humanistas de la época, así:

La gran afluencia ideológica de la Ilustración, la Enciclopedia y el liberalismo hace surgir, a finales de dicho siglo, el Derecho Penal moderno. Pensadores como Locke, Montesquieu, Voltaire y otros empezaron a discutir y justificar el derecho del Estado a sancionar, o *ius puniendi*; examinaron el fundamento de las personas y sostuvieron la necesidad de humanizar las leyes penales y de regular el procedimiento (Albán, 2015: 43).

Producto de estos cuestionamientos, toma vigor el pensamiento de fijar límites al ejercicio del *ius puniendi*, de debatir los alcances de las facultades entregadas a los gobernantes y reconsiderar los planteamientos que hasta ese entonces se habían instaurado. Estas consideraciones se plasmaron de un modo cierto a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, con el que se cristalizaron las ideas antes anotadas.

A nivel doctrinario, Beccaria, considerado como padre del Derecho Penal contribuyó de manera extraordinaria a sentar las bases para la redacción de varios códigos penales entre ellos el francés. Su legado cobra trascendencia con importantes aportes a través de su obra “De los Delitos y Las Penas”, en la que se introducen aspectos relevantes como el principio de

legalidad y proporcionalidad, a través del criterio de la necesidad de existencia de leyes y penas expresas, ciertas y proporcionales, la prevención a través de la educación, el otorgamiento de mayores garantías a los individuos, este pensamiento trasciende al ámbito de la humanización de las sanciones, siendo contundente en indicar que “ [...] en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad, y del fondo de humanidad o de malicia de todas las naciones” (Beccaria, 2015: 26).

Resulta propio el análisis que al respecto se pueda efectuar, quedando solamente como premisa, que este periodo de la historia, caracterizó por el surgimiento de una corriente con especial sentido humanista del Derecho Penal, en el que, a consecuencia de los excesos acaecidos en el medioevo, se buscaba asiduamente la trascendencia del sistema, brindando mayor protección y relevancia al ser humano incluso respecto del Estado mismo.

Con el devenir de los años, el tratamiento del Derecho Penal cobra importancia, trayendo consigo la instauración de escuelas y teorías que desde diferentes enfoques se han centrado en el estudio del delito, la pena, el delincuente, la víctima, y a partir de ellos, estas teorías se han aplicado en el tiempo. Entre las más relevantes: el iluminismo, racionalismo, positivismo, causalismo, neo-causalismo/Neokantismo, irracionalismo, finalismo, post-finalismo político criminal, funcionalismo, neoirracionalismo activista, entre otros (Villa, 2014: 64). Las mismas que conforme se ha manifestado, asumen posición y criterio específico respecto a la teoría del delito, con concepciones antagónicas otras veces coincidentes en cuanto a elementos y tratamiento.

2.5 La tutela judicial efectiva en el marco constitucional

2.5.1 La tutela judicial efectiva

El hombre no se gobierna solo, tal vez fue este el enunciado que erigió la plataforma de las diversas construcciones sociales que han existido a lo largo de la historia. Pues bien, así

fue, el ser humano desde sus orígenes conforme se ha explicado, ha tratado de autogobernarse, satisfacer necesidades, organizarse, y por encima de todo, sobrevivir. Parte de esta supervivencia ha merecido profundas concesiones que han concluido incluso en la transferencia de derechos.

De esta manera se encuentra marcada la historia del Derecho y tanto más la esencia misma de las normas penales. Germina la necesidad de ver en el Derecho Penal una línea media entre los excesos de la autotutela y el ejercicio indiscriminado del *ius puniendi*. “La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control del poder político por medio del Derecho” (Díez, 2013: 97).

En este sentido, es importante resaltar, que la tutela judicial representa, por tanto, el derecho de los ciudadanos de reclamar al Estado a través de las instituciones establecidas para el efecto, se escuche sus pretensiones para la resolución de un conflicto determinado, sin que exista obligatoriedad de reconocer tal pretensión, sino que esta sea tramitada y dirimida; traduciéndose en afirmación esencial del Estado de Derecho.

Por otro lado, al hablar de la fijación de límites del poder público, han existido discrepancias, respecto a la dualidad en la que los términos derechos y poder público convergen entre sí; llegando inclusive a negarse la contractualidad como fundamento del Estado y el dilema sobre qué es o fue primero: el hombre o la sociedad. Así mismo se discute respecto a la existencia anterior de los derechos sobre el poder o viceversa.

Por consiguiente, cuando desde esta perspectiva se habla de derechos fundamentales se indica que estos son a la vez expresión y límite del imperium, “[...] la consideración del poder como fundamento de validez del Derecho y la de este como elemento racionalizador del poder” (De Asís, 2010:19).

Es decir, para estas consideraciones, los derechos existen en la medida que son reconocidos por los ordenamientos jurídicos, por lo que no se pueden concebir exclusivamente como expresiones puramente limitantes del poder; debido a que es este, quien, a través de los órganos legalmente establecidos, les otorga vida jurídica.

A pesar de estas discordancias, subsiste la consideración de los derechos como valores esenciales inherentes a la condición humana y como limitantes del abuso y la arbitrariedad, por cuanto poseen un contenido constitucionalmente declarado, que tienen como fin “[...] impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales” (Quisbert, 2012: 5).

En definitiva, el estudio de la contención del poder, a través de los derechos, han dado vida a una serie de doctrinas, mismas que independientemente de cual sea su posición respecto a origen, coincidirán en gran parte, en la necesidad de reglar de manera oportuna, las relaciones en la que estos se expresen, para la salvaguarda de valores esenciales del hombre y la sociedad

Para ahondar en la cuestión de qué es lo que abarca la tutela judicial y lo que al Estado le corresponde tutelar, es preciso referirse a los componentes que forman parte del derecho de tutela, toda vez que a más de asegurar que existan procedimientos adecuados para aquellos quienes ejercen el derecho de acción, se requiere un amparo integral que vislumbre la efectivización de este desde la accesibilidad, sin que se vea restringido por cuestiones económicas, sociales, entre otros aspectos. Aguirre (2010) sustentándose en variada jurisprudencia del Tribunal Constitucional español destaca cuatro aspectos o contenidos relevantes que abarca la tutela: el derecho de acceso a la justicia, la defensa en el proceso, el derecho a una resolución motivada y congruente y el derecho a la efectividad de las decisiones jurisdiccionales (p. 13).

El derecho de acceso a la justicia o derecho de acción puede ser entendido como la facultad de acudir a la administración de justicia para demandar pretensiones, esta facultad nace de la misma limitación voluntaria que surgió superada la autotutela, cuando el hombre

entiende que no puede reclamar sus derechos mediante la violencia, sino que la debe requerir al órgano encargado de administrarla. Esto teniendo claro que con la petición no se asegura que la respuesta sea la deseable, o aun cuando lo sea, pueda además ser ejecutable, ya que estos últimos presupuestos dependerán de otras variantes que también deben tenerse en consideración.

En cuanto al derecho a la defensa en el proceso, constituye en sí mismo un antecedente para la regulación de otros derechos y por lo tanto cumple un fin democratizador en el proceso toda vez que constituye un elemento limitante del poder estatal (Salomón & Blanco, 2012: 19).

Permite que una vez que se ha activado el aparato judicial por medio del derecho de acceso, se asegure la vigilancia de los procedimientos a través de los cuales el órgano administrador de justicia va a evaluarla, a obtener información y finalmente resolver, para lo cual se deberá contar con recursos apropiados y fiables. El Sistema Interamericano al respecto se ha pronunciado, evidenciando el desarrollo de construcciones normativas y declarativas inherentes al debido proceso. A nivel continental el Pacto de San José, reconoce como una de las garantías judiciales, el derecho a la defensa; en no pocas ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado también al respecto, dejando constancia de la preocupación de los Estados por la observancia de este derecho en sus territorios.

En cuanto a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, esta:

[...] protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. [...] En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas [...] (Caso Apitz Barbera y otros, 2008: 22).

La motivación por lo tanto permite asegurar que los operadores de justicia al resolver un caso determinado lo hacen desde la razón, luego de haber analizado los argumentos vertidos

por las partes y tras el análisis de las pruebas que por ellos hayan sido aportados, la motivación constituye transparencia, justifica que las decisiones estén desprendidas de influencias, prejuicios personales o cualquier aspecto que pudiera entorpecer la respuesta que el Estado da al ciudadano respecto de la pretensión que ha sido elevada a su conocimiento.

En relación a la efectividad de las decisiones judiciales, es importante realizar algunas consideraciones, una de ellas es que se pronuncien dentro de un plazo razonable, toda vez que conforme el aforismo popular de que justicia que tarda no es justicia, se hace notable la imperiosidad que los fallos sean dictados en un espacio de tiempo que le permita a los ciudadanos gozar de la protección del Estado, apartados de esperas tortuosas que en sí mismas se convierten en una nueva lesión de derechos; por otro lado la oportunidad en el esclarecimiento de los hechos proporciona una suerte de alivio en el agraviado y en el conglomerado que lo rodea.

Lo dicho en cuanto a tiempos, debido a que existen todavía cuestiones de fondo, temas sensibles y hasta controvertibles que despiertan la atención de las sociedades modernas, y es el tema de la efectividad. ¿Qué clase de resolución podemos llamar efectiva? ¿cómo entender que el encarcelar, punir y sancionar se traducen en mecanismos idóneos tendientes a la satisfacción de las víctimas?, o simplemente estas medidas se abordan desde el ámbito de las cifras, junto con las demandas nacidas de la tendencia popular que rija al tiempo en que estas se emitan. Lo cierto es que la efectividad tiene más sentido cuando es observada desde la restauración, de víctimas resarcidas y de infractores reconciliados con la comunidad.

2.5.2 Preludio al Estado constitucional de derechos y justicia

En la tabla 3. Evolución de modelos constitucionales en Ecuador, se resume en un primer término las épocas constitucionales que han estado presentes en los diferentes periodos de la historia ecuatoriana, de describe las características y los modelos ideológicos

predominantes en cada una de las constituciones, situación que ha influenciado también en la forma de priorizar derechos.

Conforme se avanza en el análisis de la tradición constitucional del país, se puede observar que desde 1830, época en la que surge la vida republicana, se evidencia un reconocimiento formal de derechos que de a poco van incorporándose en el ordenamiento jurídico. Se muestra asimismo una marcada tendencia a reconocer o dejar de reconocer determinados derechos, dependiendo de la época o régimen. Es así como las tendencias conservadoras y liberales van marcando también la evolución declarativa de derechos inherentes a la tutela o garantías de los ciudadanos dentro del campo de la administración de justicia, destacando su inclinación a aumentar o restringir las facultades del poder punitivo.

Tabla 2. Evolución de modelos constitucionales en Ecuador

Periodización de la evolución de los derechos en el constitucionalismo ecuatoriano				
Modelo	Postulados	Período	Aspectos característicos	
Constitucionalismo premoderno-Estado absoluto	La autoridad está sobre la ley y la diseña en función de sus intereses	1812 De contenido no reconocido formalmente	Corresponde a período colonial-hispánico Flexible e informal, autoritario y vertical	
Constitucionalismo moderno-Estado legal	Reduccionista, monocultural, jurídicamente monista.	Constituciones 1830- 1998	a. Conservador Constituciones 1830 a 1897	
	La constitución en la práctica no tiene fuerza vinculante.		b. Laico Constitución 1906	
	Relacionado con la economía capitalista.		c. Social Constituciones 1929 a 1967	
			d. Neoliberal-estado constitucional Constituciones 1978 a 1998	
Constitucionalismo postmoderno-Estado constitucional	Plurinacional, modelo distribuidor, reconocedor y diverso.	Constitución 2008	Igualitarismo: Reconocimiento de las diversidades; promoción de la igualdad material, reconocimiento del saber indígena reconocimiento de la Pachamama y el buen vivir.	

Fuente: elaboración propia a partir de Ávila, 2012

Continuando con el análisis, en la tabla que antecede, se observa un primer momento llamado premoderno, que describe al periodo colonial hispánico; otro momento que agrupa la mayor cantidad de construcciones constitucionales datadas desde la constitución de 1830 a 1998 y un periodo clasificado como Constitucionalismo postmoderno-Estado constitucional, que se lo particulariza como un modelo demo-diverso (Ávila, 2011: 85).

En cada una de estas épocas han existido particularidades que son las que han determinado en mayor medida las construcciones constitucionales que las han regido. Salta a la vista que en cuanto a reconocimiento de derechos estos han dependido también del modelo vigente, producto no solamente de las realidades y necesidades sociales que se hayan tenido en aquellos periodos, sino del perfil de los gobernantes bajo cuyo mando estás hubieren surgido, se puede notar que por ejemplo las variantes entre épocas liberales y conservadoras también marcan la tendencia en la clase de derechos que se reconocen.

El modelo que surge a partir de la constitución de 2008, conforme se declara en el artículo primero, deja sentada las bases de reconocimiento de la república, como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Cuatro aristas se desprenden de este postulado, las mismas que esbozan el constructo que se erigirá a partir de ellas, así el Estado constitucional determina aspectos inherentes a la autoridad, forma y contenido de las normas; el Estado de derechos indica aspectos referentes a la cuestión de la razón misma de ser de las normas y donde hallarlas; el Estado de justicia indica a qué responde, su razón de ser, para que se constituye y el Estado democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico revela la configuración institucional (Ávila, 2011: 105).

Es decir, los modelos constitucionales pueden describirse desde la ideología imperante o desde un criterio normativo, permitiendo registrar una ilustración periódica de las tendencias que han regido a lo largo de la vida constitucional de un país. En Ecuador destacan tres modelos adoptados en su momento: absoluto, legal y constitucional. Para una mejor comprensión de lo anotado se parte de la definición de Estado, dada por pensadores con diversas tendencias, que detallan lo que puede significar estas posiciones en la vida misma de los hombres, así, Hobbes (2017) lo define como:

[...] una persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como los juzgue convenientes para asegurar la paz y la defensa común (p. 6).

De este miramiento de Estado, surgen algunas premisas; por un lado, el carácter contractualista del mismo, toda vez que funda su origen en el pacto, es decir el compromiso auto impuesto por sus miembros de colocar los destinos de todos en manos de esta representación, con un objetivo primigenio, la supervivencia de los pueblos. Sin embargo, este postulado lleva una carga subjetiva de modelos absolutistas en los que se ve justificado el discrecional e ilimitado uso del poder para cumplir sus fines.

Más adelante se desarrollan nuevas teorías, el pensamiento de John Locke, plantea una visión limitada de las facultades estatales, las cuales más bien deberían estar encaminadas a la protección de los derechos de los hombres, que fue lo que en realidad motivó su surgimiento. Desde una perspectiva liberal, se destacan dos elementos primordiales del Estado visto desde este punto: “la legitimidad y los derechos naturales” (Ramírez, 2010: 13). Es decir que la continuidad y vigencia de este, le sería dada en la medida que es necesario para salvaguardar los intereses de los ciudadanos.

En el cuadro anotado, por lo tanto, se refleja que la época del Constitucionalismo premoderno-Estado absoluto, se encuentra afianzado en el periodo colonial hispánico, marcado por la estratificación y pugna de los poderes entre las clases dominantes españoles y criollos (Ávila, 2012: 6). Si cotejamos estas particularidades con las consideraciones generales anotadas, se observa como concomitancias, el uso del poder coercitivo a servicio de quien ostenta el dominio visible según la forma de gobierno; así mismo, el aseguramiento de la vigencia del modelo, a través de la consolidación del poder de la figura de autoridad. Por otro lado, la representación de Estado legal se caracteriza por cuanto,

[...] la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior [...]. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento (Ávila, 2011: 108).

Es decir, a través de este modelo la ley es la que impera los comportamientos de los diferentes organismos, instituciones y demás poderes del Estado, restringiendo y supeditando los derechos a su existencia normativa. De tal forma que anula la exigencia de los mismos cuando no se hallan previstos de manera taxativa. Al respecto doctrinariamente se indica que “[...] para el normativismo, el medio social no influye en la creación de una CPE, basta la voluntad humana para crearla. Es la antípoda del historicismo [...]” (Quisbert, 2012: 17).

De tal manera que bajo este modelo el reconocimiento y vigencia de determinadas garantías depende de la voluntad política de quienes ostenten la tendencia predominante en el legislativo. Consecuentemente las figuras acogidas, responderán a criterios ideológicos más que a razonamientos técnicos, jurídicos y progresistas.

En cuanto al Estado constitucional, “[...] es el modelo de Estado que sustituyó al Estado Legislativo que se expandió en la Europa continental a partir de la Revolución francesa” (Martínez,

2015: 39); surge con los presupuestos libertarios que poseen como máxima el aseguramiento de derechos de los individuos. Se relaciona con arquetipos de implementación humanística en los sistemas de justicia, otorgando una facultad activa de los administradores de justicia, respecto al reconocimiento de garantías para los ciudadanos, independientemente si estos se hallan desarrollados en una norma.

2.5.3 La tutela judicial en Ecuador alcances y contenido

Conforme se ha indicado, en un Estado constitucional los límites al ejercicio de los poderes están representados por el respeto de los derechos, diferente a lo que ocurre en un Estado puramente legal en donde el límite lo ponen las leyes y estas a su vez pueden ser sometidas a constantes cambios porque su nacimiento y vigencia dependen del legislativo. De ahí, que una de las funciones primordiales de las constituciones es fijar de manera clara, los derechos y garantías que van a ser recogidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico. Con este preludeo y a fines de ahondar en el estudio de la tutela judicial en Ecuador, corresponde analizar el momento en que esta nace como tal, a la vida constitucional bajo la concepción de derecho fundamental.

En la Tabla 3. Evolución declarativa de la tutela judicial, se presenta de manera cronológica cada una de las constituciones que han regido la vida del Estado ecuatoriano, apuntando los apartados específicos referentes a derechos y garantías con el fin de apreciar la presencia o ausencia de estos contenidos en los diferentes momentos de la vida republicana del país y las variantes que afloran de acuerdo al período en estudio.

Tabla 3. Introducción de la tutela judicial a nivel constitucional

Evolución declarativa de derechos y garantías en la Constitución ecuatoriana	
Constitución	Contenido declarativo destacable
Riobamba, 23 de septiembre de 1830	Título VIII. De los derechos civiles y garantías: juez natural; pena personal, abolición de confiscación de bienes.
Ambato, 13 de agosto de 1835	Título XI De las garantías: juez natural, ley anterior al delito; reglas relativas al debido proceso; prohibición de autoinculpación.
Quito, 1 de abril de 1843	Título XVII. De los derechos y garantías de los ecuatorianos: igualdad ante la ley, ley anterior al delito, juez natural. “Carta de la Esclavitud” (Ayala, 2008: 27)
Cuenca, 8 de diciembre de 1845	Título XI. De las Garantías: nadie nace esclavo; juez natural; en ningún juicio habrá más de tres instancias; prohibición de auto inculpación, presunción de inocencia.
Quito, 27 de febrero de 1851	Capítulo XIX. De las garantías: nadie nace esclavo; juez natural, prohibición de auto inculpación, pena personal.
Guayaquil, 06 de septiembre de 1852	Título XI. De las garantías: nadie nace esclavo, juez natural; en ningún juicio habrá más de tres instancias; presunción de inocencia. Abolición de la pena de muerte para los delitos puramente políticos.
Quito, 10 de abril de 1861	Título XI. De las garantías: nadie nace esclavo; juez natural; en ningún juicio habrá más de tres instancias; presunción de inocencia.
Quito, 11 de agosto de 1869	Título XI. De las garantías: nadie nace esclavo; juez natural; en ningún juicio habrá más de tres instancias; presunción de inocencia. Carta Negra (Ayala, 2008: 14)
Ambato, 06 de abril de 1878	Sección III. De las garantías: la inviolabilidad de la vida; y, en consecuencia, la abolición de la pena de muerte para los delitos políticos y crímenes comunes; Abolición de la confiscación de bienes; juez natural; prohibición de autoincriminación.
Quito, 13 de febrero de 1884	Título IV. De las Garantías: no se impondrá pena de muerte por crímenes políticos ni por crímenes comunes, exceptuados el asesinato y el parricidio; presunción de inocencia; juez natural, las penas no serán susceptibles de indulto, rebaja ni conmutación.
Quito, 14 de enero de 1897	Título IV. De las garantías: abolición de la pena de muerte por infracciones políticas y comunes; prohibición de la pena de confiscación de bienes; presunción de inocencia; juez natural; igualdad ante la ley; no se reconoce fuero alguno para el juzgamiento de las infracciones comunes.
Quito, 22 de diciembre de 1906	Título VI. De las Garantías individuales y políticas: abolición de pena capital; prohibición de la confiscación de bienes, torturas y penas infamantes.

Quito, 26 de marzo de 1929	La publicidad es esencial en los juicios; celeridad en los procesos; reeducación del delincuente. Título XIII. De las garantías fundamentales: inviolabilidad de la vida, abolición de pena de muerte; las cárceles concebidas como medios de rehabilitación social; no ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales, principio de legalidad.
Quito, 2 de diciembre de 1938	No se promulga
Quito, 6 de marzo de 1945	Título decimotercero. De las Garantías Fundamentales Sección I. De los derechos individuales: La administración de justicia es gratuita; las leyes procesales propenderán a la simplificación y eficacia de los trámites; la publicidad es esencial en los juicios; las sentencias serán motivadas, ninguna persona puede ser penada sin que preceda el juicio correspondiente.
Quito, 31 de diciembre de 1946	Título II. De las Garantías: inviolabilidad de la vida: no habrá pena de muerte. La mutilación, flagelación y otras torturas y los procedimientos infamantes, quedan terminantemente prohibidos, ya como pena, ya como medidas correccionales, ya, en fin, como medios de investigación del delito.
Quito, 25 de mayo de 1967	Capítulo II. De los derechos de la persona: Estado responde por error judicial, las leyes procesales procurarán la simplificación y eficacia de los trámites; el retardo injustificado en la administración de la justicia será severamente reprimido por la ley.
Quito, 15 de enero de 1978	De los derechos, deberes y garantías: inviolabilidad de la vida, la integridad personal, prohibición de tortura. Cuando una sentencia condenatoria haya sido reformada o revocada por efecto del recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, debe ser indemnizada por el Estado, conforme a la ley. Retorno a la democracia
Riobamba, 5 de junio de 1998	Capítulo 2. De los derechos civiles artículo 24.17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.
Montecristi, 28 de septiembre de 2008	Capítulo primero Principios de aplicación de los derechos. Capítulo octavo Derechos de protección artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad.

Fuente: elaboración propia a partir de (Ministerio de relaciones exteriores y movilidad humana, 2019)

Al examinar las constituciones que surgieron durante el siglo XVIII, son 11 construcciones que desde 1830 a 1897 levantaron las bases de la república. En cuanto a derechos todavía se observan limitaciones, pero ya se esbozan contenidos relacionados con el debido proceso y como conquista la abolición de la pena de muerte; aún no se habla de tutela en sentido estricto, ni se reconoce por tanto la obligación del Estado de garantizar a los ciudadanos este derecho, ni la de aquellos a exigirla. En este periodo, los gobiernos predominantes son militares o dictatoriales, apegados a la iglesia y la religión representada por el catolicismo.

En el siglo XX, se constituyen los albores de la época liberal liderada por el gobierno de Eloy Alfaro, caracterizado por un laicismo generalizado. Destaca la implementación de varios derechos relacionados con el debido proceso, la prohibición del uso de penas crueles, torturas, aspectos inherentes con el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, principio de legalidad, presunción de inocencia, responsabilidad estatal por error, entre otros aspectos que si bien se encuentran enumerados como derechos o garantías, no generan fuerza vinculante para los administradores de justicia por no estar desarrollados de manera amplia en la norma legal y por lo tanto no ser considerados como de inmediata y directa aplicación.

Estos particulares han generado crítica desde varios sectores, por cuanto los derechos aun cuando en papel se encontraban escritos, no siempre fueron observados incluso desde el poder estatal. En este siglo por tanto si bien se inicia a nivel declarativo con la supresión de la relación Estado-iglesia, se mantuvo, por otro lado, la dominación de gobiernos militares y dictaduras, que antecedieron al retorno a la vida democrática. No obstante, la introducción expresa del término tutela judicial a nivel constitucional surge precisamente a finales de este siglo con la Constitución de 1998.

Finalmente, remitiendo el análisis a la CRE en vigencia, es imperante destacar en principio, el contenido neo constitucional que la caracteriza, así:

“[...] la Constitución de Montecristi no se queda, como las que le preceden, en enunciar derechos, sino que reconoce toda una gama de garantías por las que no existe acto público o emanación de poder, que no pueda ser prevenido, impedido o, cuando cause daño, reparado” (Ávila, 2011: 99).

Al respecto, se enfatiza el sentido transformador que se introduce en la norma constitucional, debido a que la dinámica implantada, obliga a tutelar sin subterfugios. Es en este punto que surge la marcada diferencia con los anteriores modelos que, si bien fueron enriqueciéndose de contenidos declarativos, no contaban con facultades efectivas para asegurar su reconocimiento.

2.6 La justicia restaurativa y la tutela judicial efectiva de los intervinientes en el proceso penal

2.6.1 El objeto de restaurar

Verdad, justicia y reparación son términos que el informe Joinet y los principios básicos internacionales consideraron como necesarios en la lucha contra la impunidad (Sampedro, 2010: 97). Estos postulados se explican como el derecho de la víctima desde un punto individual al conocimiento de la realidad de lo que le sucedió, y desde la panorámica colectiva el derecho a que su historia sea recordada para que no vuelvan a ocurrir sucesos parecidos; además, el derecho a que se investigue y se sancione en los casos que corresponda, no con la ligereza de la venganza sino encaminándose hacia el perdón, no un perdón encubridor, sino uno que resarza, que repare, una reconciliación del delincuente con la sociedad y consigo mismo. En este mismo sentido, el referido autor añade que:

[...] A ver y sentir la presencia de los muertos se encamina la Justicia Restaurativa. Esta cosmovisión surge en el ámbito de la victimología y criminología y apunta a reconocer que la

conducta punible causa daños concretos a las personas y a las comunidades e insta a que la justicia repare efectivamente esos daños [...] (Sampedro, 2010: 90)

Es decir, se trata del empoderamiento de las partes con el conflicto, reconociendo que la facultad sancionadora debe orientarse a la búsqueda de la paz, el orden y la prevalencia del conglomerado social sin dejar de lado la protección de quien sufre los efectos del delito, centrándose por tanto de una manera particular en la víctima.

Por otro lado, se distingue como uno de los fines de la restauración, al perdón, con el objeto de poder reintegrar al infractor a la comunidad, toda vez que:

El perdón interactúa en la reducción de la reincidencia, impulsando al delincuente a cambiar su vida y abrirse las puertas hacia actividades lícitas, como la búsqueda de un empleo. Si el perdón promueve la reforma, puede existir menos necesidad de castigo tradicional (Villarreal, 2013: 50)

Por tanto, cuando se habla de justicia, se habla de suturar los lazos que se rasgan con el delito, de buscar mecanismos idóneos para procurar el encuentro entre los intervinientes del conflicto. La visión de la restauración tiene como filosofía la eliminación de la disuasión como fin del Derecho Penal, buscando la construcción de una nueva concepción de justicia, que ofrezca soluciones diferentes a las que promete la justicia tradicional, entre ellas: el reconocimiento del daño cometido, la restitución o reparación a la víctima y la reconciliación con la sociedad, es decir lograr la participación de todos los actores, recuperando el protagonismo de aquellos olvidados y la reinserción de los excluidos.

2.6.2 El bien jurídico protegido y la reparación integral

Si bien, bastante se ha dicho en torno a este término, resulta aún impreciso enmarcarlo dentro de una definición rígida, por cuanto su construcción misma ha sido motivo de debate doctrinario; no obstante, se ofrecen algunas consideraciones que al respecto se han vertido con el objeto de fijar diferentes puntos de vista que permitan enriquecer los contenidos. Así bajo el

pensamiento de Von Liszt “[...] el bien jurídico puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico” (Kierszenbaum, 2009: 188). Para Welzel (1956) “Bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo, que, en razón de su significación social, es amparado jurídicamente” (p. 5).

De lo anotado surge como relevante el contexto anterior a la norma que se le otorga, es decir se sigue el lineamiento de que se constituye como valor que le da sentido o razón de ser a las reglas que se fijan para su protección; y, visto de ese modo podría ser motivo o límite de la intervención punitiva, toda vez que la lesión a estos intereses sería objeto de amparo o protección del Derecho Penal. Por otra parte, se observa en el análisis de las consideraciones doctrinarias anotadas, la connotación social dada al llamado bien jurídico, toda vez que, en ambas enunciaciones, se subraya su trascendencia, más allá del plano individual. Por otra parte, al hablar de intereses dignos de protección, se sostiene que:

[...] detrás de cualquier tipo penal (también de los ilegítimos) existe un interés que se pretende proteger. Pero interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un sentimiento social legítimo, sea valorado positivamente por el ordenamiento jurídico (Hefendehl, 2007:15).

Este criterio apunta a la necesidad de objetivación del principio o valor a preservar para que pueda ser meritorio de tutela, aunque este reconocimiento no se lo hallaría en el campo penal, toda vez que, en este cumple una función de contención que restringe la intervención punitiva solamente frente a la lesión relevante de estos intereses por llamarlos de algún modo. En este sentido se indica por tanto que “La Constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico previo a la ley penal, que sea obligatorio para ella [...]” (Donna, 1995: 52). Es así que, de conformidad con lo anotado, la esencia

misma del bien jurídico se la encontraría en la norma constitucional, en la que se detallan los intereses considerados esenciales en la vida y desarrollo de los individuos.

Por consiguiente, la legitimidad de la protección del bien jurídico encuentra su respaldo en la Constitución, de tal suerte que los gobernados comprendan “[...] cuál es la finalidad que se persigue al castigar una conducta, de la misma manera que tiene que entender por qué se prohíbe una actividad o se permite otra [...]” (Quintero, González, & Fallada, 2015: 85).

De ahí que como articulador de la norma penal, la protección de los valores que se protegen deben estar contemplados en la carta suprema y el cometimiento de un daño real o potencial a estos valores traducidos en derechos son los que cimientan la razón de ser de la activación del sistema punitivo. Dentro de los límites al *ius puniendi* se ha citado al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, mismo que está amparado como valor de la vida humana y que el Derecho Penal exige sea lesionado para que pueda activarse el sistema represivo, siempre que se acrediten dos supuestos: la relevancia de protección y que la única vía para poder tutelarlos sea la penal.

Desde otro punto de vista, la verdadera discusión radica en varias cuestiones, una de ellas, entender si el objeto del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos o asegurar la vigencia de la norma (Roxin, 2013: 3). La cuestión resulta substancial, pues si se considera como misión el garantizar el acceso a una convivencia libre y pacífica para los ciudadanos, este sería el resultado que propende: el libre desarrollo de los individuos; en este sentido se vuelve determinante la observancia de principios limitadores, como la lesividad que conforme se ha mencionado, orienta la activación del sistema penal solamente cuando se afecten bienes jurídicos relevantes y cuando esta lesión sea verificable, de ahí la necesidad de fijar de una manera técnica el ámbito de

protección de dichos bienes, así como la concepción misma de lesión, que resulta debatible en los llamados delitos de peligro por citar un ejemplo.

Una vez que se ha descrito de manera sucinta algunas de las visiones que a nivel doctrinario se proponen, respecto a la concepción y tratamiento del bien jurídico; es importante abordarlo desde el ámbito de la reparación, por cuanto una vez que se ha accionado el sistema penal, surge la interrogante respecto a cómo proceder respecto a la víctima, cuando en efecto se le ha lesionado. Para ello a nivel internacional se han expresado consideraciones referentes a lo que este término representa. Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indica que:

Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, 2002: 63)

Al respecto, se exterioriza como aspecto central de esta figura, procurar en la víctima reposición de lo que le ha sido quitado y una suerte de supresión del daño lesionado, de tal manera que en la medida de lo posible desvanezcan para ella, los efectos del delito. Implícitamente, se apunta un discernimiento razonable respecto a guardar equilibrio para quien deba cumplir con esta compensación, bajo los parámetros de la proporcionalidad.

Surge además la importancia de considerar la existencia de un antes y después del delito desde el punto de vista de la víctima, de esta manera el acto de reparación puede distinguirse como la consumación del derecho al acceso de justicia y son varias las respuestas que desde ese plano pueden darse. Dados estos razonamientos, es posible destacar cuatro esferas de reparación que podrían considerarse básicas: la reparación institucional que se refiere fundamentalmente a los fines de la pena; una reparación económica, que es el modo al que se recurre con mayor frecuencia

y que se considera como restitución; y, una reparación social, cultural y comunitaria que comprende la disculpa, la conmemoración, el servicio a la comunidad; y la reparación familiar (Marchiori, 2013: 195).

De lo mencionado se desprende que la reparación es una suma de aspectos que en conjunto tienen como objeto reconstruir todos los planos de acción, concepción y proyección de la víctima fracturados por el delito. Se constituye por tanto en una respuesta integral y no de mera compensación. De ahí que los puntos álgidos que todavía merecen atención, se centran en: la respuesta que a nivel gubernamental le corresponde al Estado, respecto de la readaptación del que delinque para evitar conductas contumaces; así mismo la disculpa como componente de desagravio inmaterial o simbólico que parte del reconocimiento del daño infligido y que a través de la reminiscencia, se hagan votos porque no vuelvan a suscitarse hechos semejantes.

2.6.3 La víctima: de espectador a protagonista del proceso penal

Basto es el contenido que respecto a la víctima se ha desarrollado, es así que su tratamiento ha ido evolucionando a través del tiempo y con ello se han ido incorporando dentro de los ordenamientos de los Estados, aspectos relevantes relacionados a ciertos derechos que a nivel procesal se le va a procurar. La Organización de Naciones Unidas hace más de tres décadas se pronunció al respecto indicando que:

Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder (Naciones Unidas, 1986: 49).

En Ecuador el artículo 11 del COIP, contempla los derechos de la víctima, los cuales se centran en aspectos inherentes al proceso, normas de amparo en el curso de la investigación y en

las diferentes etapas procesales, culminando con la determinación de una reparación integral en caso de existir sentencia. La pregunta latente es si se deja de ser víctima en algún momento.

Son diversos los enfoques que se ha dado al tratamiento de la víctima en las diferentes épocas socioculturales y es que de estos aspectos se ha dependido para determinar el grado de participación que se le confiera dentro del proceso. Históricamente en sociedades primitivas en las que conforme se ha explicado los problemas se resolvían de manera privada a través de la venganza, es innegable la capacidad autónoma que tenía la víctima para ejercer derechos, más tarde su participación sería regulada por las normas venideras que de a poco la fueron apocando.

El Estado conforme se ha sostenido, se ha ido arrogando ciertas atribuciones, bajo la concepción de que los intereses que tutela el Derecho Penal son colectivos antes que individuales, volviendo nuevamente al dilema del bien jurídico como objeto de protección, de ahí surge la necesidad del desarrollo de una disciplina destinada al tratamiento profundo de la víctima; así:

La victimología es la ciencia que estudia la víctima, desde el punto de vista de su sufrimiento en sus tres etapas de victimización. La primera como víctima directa del delito; la segunda como objeto de prueba por parte de los operadores judiciales del Estado en el proceso de investigación; y, la tercera la víctima como sujeto de sufrimiento silencioso en su angustia, estrés, depresión, marginación social al revivir o recordar los sucesos en las cuales se produjo la comisión del delito (Márquez, 2011: 27)

Abordada desde esta triple concepción de victimización, se es víctima cuando se han violentado bienes jurídicos, cuando se padece las consecuencias de un crimen y por la tanto a quien se debe resarcir; en segundo lugar, cuando se le ubica como mero objeto del proceso, considerándole como un testigo por medio del cual el Estado puede sostener y sustentar una acusación, vista en ella la posibilidad de brindar contundencia a la teoría del caso y de quien es posible extraer fuente de información. Aspectos que observados en ese contexto la cosifican

concibiéndole exclusivamente como herramienta procesal; y en tercer lugar, cuando se ve afectada en el plano de las emociones, del proyecto de vida que se le fue frustrado a consecuencia del daño que se le ha infligido, es la parte impalpable que puede permanecer incólume tiempo después de que se haya dictado una condena, con secuelas, con heridas no curadas, por lo que la víctima bajo este criterio no lo sería solamente durante el proceso, sino que su estereotipo de tal, persistiría de manera indefinida, si es que no se le procura sanación.

Bajo este argumento, el tratamiento que hasta hace poco se le ha dado, evidencia la falta de acierto en diferentes tópicos dentro del proceso, se ha utilizado la pena y el proceso penal solamente como instrumentos de disuasión, mecanismos para ratificar el sentimiento de seguridad que tanto se exige al Estado, la búsqueda de satisfacción en cifras, en números, en sentencias. Por tanto, esta nueva visión del proceso penal reconoce que en este no converge exclusivamente el Estado como ente represor y el infractor como transgresor de la norma, sino que se proyecta como protagonista a la víctima, se busca la participación activa de todos los intervinientes en el conflicto, es decir, se destacan derechos de todos los partícipes. Modernamente estos razonamientos se exteriorizan procurando a la víctima la condición de sujeto procesal, capaz de hacer peticiones concretas, de ser escuchado, es decir se le da voz (Márquez, 2001:29).

Es por eso que, en el plano de la justicia restaurativa se destaca el respeto de la voluntad como relevante en la toma de decisiones, circunstancias que se ven marcadas en procesos como la conciliación, en la que la víctima ejerce activamente la capacidad de decisión, de proponer la manera en cómo desea se le resarza, dentro de las atribuciones que se le ha conferido. Estos y otros reconocimientos son fruto de verdaderos procesos transformadores a nivel dogmático y procesal, innovaciones profundas en la sociedad misma.

2.6.4 La víctima a nivel convencional

En el campo internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado importantes precedentes respecto al tratamiento y respeto de los derechos de la víctima que por parte de los Estados deben observarse, así citando casos como: Velásquez Rodríguez y Loaiza Tamayo, se establecen varios parámetros o puntos de atención considerados como deberes jurídicos de los Estados:

Asegurar a la víctima una adecuada reparación; [...] la investigación [...] debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad [...] (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988: 37).

Nuevamente la verdad surge como premisa del accionar de la justicia, como elemento sustancial de reparación y como exigencia para el sistema de justicia a fin de obtener resultados oportunos, reales y fidedignos, se constituye en necesidad para el restablecimiento y resiliencia de quien ha sufrido un daño. Así mismo en cuanto a reparación la Corte se ha pronunciado sobre aspectos que hoy por hoy están relacionados con la restauración. Enmarcándose en el término proyecto de vida, se ha indicado:

[...] el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. [...] El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone (Caso Loayza Tamayo vs. Perú, 1998: 39).

Amplio es el contenido que al respecto surge para análisis, y es que en realidad bajo esta proposición el sanear la expectativa o proyecto que la víctima tenía para su vida y que se ve interrumpida a consecuencia del delito resulta propia, diferente y particular; ante esto, la justicia restaurativa busca abrir canales a través de los cuales se pueda escuchar los anhelos de la persona perjudicada respecto a las necesidades requeridas para reponerse. En términos de justicia tradicional estos se han reducido a nivel pecuniario no obstante que la normativa jurídica ya contempla otro tipo de reparaciones.

2.6.5 Tratamiento del infractor en la justicia restaurativa

El fenómeno criminal ha despertado la preocupación de la población en las diferentes esferas sociales, una de estas inquietudes radica en entender la complejidad de las conductas violentas, analizando origen, motivaciones y posibles soluciones. Estas interrogantes han contribuido a la identificación de ciertos factores de riesgo que ayudan a reforzar estos patrones “[...] provenientes de la esfera biológica, psicológica, social y cultural - fuentes de riesgo o influencias criminógenas [...]” (Muñoz & López, 2016:131).

Estos aspectos se encuentran relacionados con los constructos y relaciones sociales en los que se desenvuelve una persona, costumbres, vulnerabilidad, aceptación en el grupo entre otros factores vistos como aspectos psicológicos, sociológicos y antropológicos que también influyen en el comportamiento o conducta criminal. Llama la atención, el grado de incidencia que genera el medio social de un ser humano en la conducta; bajo este presupuesto la justicia restaurativa considera a la reconciliación del infractor con la comunidad un paso necesario para la rehabilitación.

El Cuestionario de Personalidad basado en el Modelo Big Five Questionnaire (B.F.Q.) expone cinco dimensiones fundamentales de la personalidad: energía, afabilidad, tesón, estabilidad

emocional, apertura mental. Escalas que permiten además medir niveles de deseabilidad social (Sánchez & Robles, 2013: 105). Se explica que estas esferas abarcan aspectos relacionados con una visión asertiva de la vida, preocupación de tipo interpersonal, responsabilidad, capacidad para enfrentar problemas, predisposición a abrirse a nuevas ideas y tolerancia, dentro de otros aspectos que en general serían indicadores de adaptabilidad.

Bajo los modelos revisados se puede entender por tanto que el delito fracciona estos niveles, desconecta al infractor de su medio familiar, cultural, y social. Invita a la reflexión, por tanto, entender que la pena y la rehabilitación, lejos de apartar y exiliar a quienes quebrantan la norma, requieren para su realización plena, la generación de espacios de reconexión, a fin de restaurar la brecha que el crimen causa tanto en la víctima como en la comunidad.

La conducta antisocial se refiere a cualquier conducta que inflige reglas sociales y/o sea una acción contra los demás. El término trastorno de conducta queda reservado para la conducta antisocial clínicamente significativa y que sobrepasa claramente el ámbito del normal funcionamiento. Finalmente, la delincuencia se refiere a la designación legal basada normalmente en el contacto oficial con la justicia (Sánchez & Robles, 2013: 103).

En el campo normativo, este tipo de conductas, así como el tratamiento mismo del infractor se lo hace a nivel procedimental desde el punto de vista de las garantías, o al menos a eso se aspira dentro del sistema de justicia. En este punto la exposición de motivos del COIP, declara la necesidad de buscar balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal, entendiendo que se debe encontrar un punto medio entre el combate de la impunidad y el aseguramiento de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal (Código Orgánico Integral Penal).

Pese a estos esfuerzos, los problemas actuales que enfrentan los Estados es mediar estos aspectos, y en aras de liderar una verdadera cruzada de lucha contra el delito se ha agudizado el

poder punitivo y las garantías se han acomodado a la medida del pensamiento que rija en determinado momento. Un sistema alternativo de justicia por su parte “persigue la humanización del Procedimiento Penal, más centrado en las necesidades de los participantes, distinguiéndose la víctima, victimario u ofensor y las partes representantes de la comunidad relacionados en el conflicto” (Villarreal, 2013: 49). La visión de la justicia restaurativa se adentra al núcleo del conflicto; diferente a las legislaciones que justifican la intervención estatal en el ejercicio del poder punitivo, es así que reconoce como partes a quienes concurren en el problema, involucrando de manera adicional a la comunidad porque en ella estos se desarrollan y por tanto asume en gran medida los costos del conflicto.

2.7 Aplicación de la justicia restaurativa en la justicia penal

2.7.1 La economía del crimen

Estadísticamente América Latina y el Caribe son consideradas como las regiones más violentas del mundo, concentran el 9% de la población mundial y el 33% de los homicidios, lo que representa una tasa superior a 20 homicidios por cada 100.000 habitantes (Jaitman, Soares, Olavarría, & Guerrero, 2015: 7). Por este y otros motivos se coincide en que el fenómeno delincencial es uno de los problemas cuyo tratamiento debe encabezar las agendas de los Estados, para la adopción de medidas de atención y prevención; a pesar de aquello, lo que inquieta es el tratamiento y las medidas que al respecto se adopten.

Datos relacionados con la situación penitenciaria en Ecuador, indican por su parte que, durante el año 2018 se contó con una población de 36.521 personas privadas de la libertad y un 36% de hacinamiento (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2019). Durante el mismo año, el presupuesto para el extinto Ministerio de Justicia, encargado a esa época del manejo

de este sector fue de 118,127,662.35; y un valor de 596,519,151,83 para la Función Judicial y Justicia Indígena (Asamblea Nacional, 2017).

Estas reseñas muestran la carga económica que se eroga para lidiar con la problemática del delito, tanto en el sistema de justicia cuando en los centros destinados a acoger a los infractores para cumplir con una sentencia o medida cautelar, mientras estas subsistan. Situación que resulta todavía más preocupante cuando pese a las onerosas asignaciones que se realizan dentro de esta suerte de círculo del delito, no se consigue instituir un sistema eficiente tanto a nivel procesal, como en un nivel ulterior en el contexto de la rehabilitación. Por otra parte, citada la problemática en números, es innegable que:

El crimen y el temor al crimen influyen en la conducta de las personas, limitan las decisiones de inversión de las empresas, minan la confianza en las instituciones responsables de garantizar la seguridad pública y distorsionan la asignación de recursos públicos y privados (Jaitman, Soares, Olavarría, & Guerrero, 2015: VII).

Situación que agrava aún más el panorama, puesto que el menoscabo de recursos, producto de este fenómeno, limita la acción estatal eficiente dentro de esta problemática, extendiéndose sus secuelas a toda la población especialmente a sectores sensibles. Por otro lado, es indudable que los montos que para estas áreas se destinan y los principales focos que se atienden por parte de los gobiernos, dan una clara muestra de las prioridades y del modelo de gestión en materia de criminología y política criminal que maneja determinado Estado.

2.7.2 Justicia retributiva vs justicia restaurativa

El castigo como medio de represalia de una conducta no aceptada, sin un fin en sí mismo puede servir de enunciado que represente de mejor modo el concepto de justicia retributiva. La corriente que surge de los postulados planteados por Kant y Hegel como máximos representantes

del idealismo alemán, sostienen el carácter absoluto de la pena y la justificación de esta en la realización de la justicia como valor ideal (Durán, 2011: 125).

Según la línea del mismo autor existen principios relevantes respecto a esta doctrina: por un lado la pena es retribución del mal causado; la pena tiene que ser porque debe imperar la justicia; busca asegurar la afirmación de la vigencia del Derecho, y el Derecho Penal es un instrumento para lograrlo; por otra parte se sostiene que el castigo penal, no puede perseguir jamás fines útiles de evitación o de prevención del delito; la pena debe ejecutarse siempre y en su totalidad; reconocimiento de la superioridad moral de la comunidad frente al delincuente; existencia de una culpabilidad que puede ser medida según su gravedad, entre otros aspectos.

Basados en estos razonamientos se entiende que, para esta doctrina de carácter absoluto, el interés principal de la sanción punitiva es aplicar el mismo mal que la persona causó y que la exclusión o la privación de libertad es una consecuencia legítima al delito. Por otra parte, enmarcándose al ámbito de la funcionalidad de la pena, se dice que “[...] la pena, como instrumento principal de este sistema, falla en lo que respecta a la función de prevención de la criminalidad” (Baratta, 2014: 160).

Se critica por tanto la eficiencia de esta, como instrumento de disuasión y la poca eficacia de los diferentes frentes de prevención general y especial en sus variantes positivas y negativas. Al respecto se indica que estos desaciertos podrían derivarse de la incapacidad del sistema penal para garantizar condiciones de seguridad, citando algunas particularidades, entre ellas: que el control penal actúa solamente sobre los efectos; la pena actúa contra las personas y no sobre las situaciones; la atención es de manera reactiva y no preventiva, y en general se protege la validez de la norma más que a las víctimas.

Ante estas limitantes, la justicia restaurativa, encuentra en la reparación un medio de reconciliación entre tres actores que a causa del delito se ven enemistados, por un lado está la víctima quien sufre directamente el agravio, por otra parte el infractor que con su proceder rompe el equilibrio y armonía social, apartándole de sus semejantes, y la comunidad como organización social que acoge a los dos primeros y que a causa del conflicto pierde funcionalidad a nivel organizacional e incluso de gobernanza.

Se ha dicho que uno de los fines del Derecho Penal es asegurar la vigencia de la norma, pues bien, cuando se rompe esta interacción, los miembros de la comunidad toman partido, si el Estado toma absolutamente para sí la vindicta, la sociedad queda resquebrajada, la víctima lacerada y el ofensor estigmatizado. Por tanto, la justicia restaurativa busca que el castigo se administre de una manera diferente, encauzándose a la recuperación del equilibrio social, a restituir, sanar y restablecer.

De cualquier modo, se debe reconocer que pese a las ventajas que ofrecen estos sistemas alternativos al sistema de justicia penal, no se puede concebir en ellas la solución a la criminalidad por sí mismas, se requiere, por tanto, cambios estructurales en el enfoque mismo de política criminal de cada Estado, en el que se busque la interacción de los diferentes actores y niveles de gobierno.

2.7.3 Equilibrio entre la impunidad y la limitación de derechos

En una era de apogeo respecto a la cuestión de los Derechos Humanos, su tratamiento y aplicación, surgen también varias críticas y posturas respecto al exceso de garantías que, para muchos, les son atribuidas a quienes quebrantan la norma. La disyuntiva emerge, cuando se pretende estimar qué derechos pesan más, los de la víctima o los del delincuente. Desde la perspectiva restaurativa, no se pretende dar más valor a uno u otro, sino más bien procurar el

restablecimiento de ambos; notoriamente la víctima merece especial atención por cuanto es a quien se le ha afectado un determinado bien jurídico, se trata de velar porque el Estado a través de los mecanismos establecidos para el efecto, pueda asegurar esta reposición por llamarlo menos; se pretende al mismo tiempo que el infractor a más de comprender la ilicitud de su proceder, interiorice en la afectación causada y por lo tanto se logre de éste verdadera contrición, lo que por un lado favorece a la prevención del cometimiento de nuevos delitos y por otro a que se busque la restauración de la víctima y el deseo de que la comunidad a la que pertenezca pueda volver a acogerlo, asilo que también se traduce en asistencia tendiente a readaptación y reeducación.

No se trata por tanto de impunidad, pues “[...] la reparación administrativa sin justicia no logra la satisfacción, ni logra generar un clima para la transformación de la ecuación asimétrica en la relación víctima/victimario [...]” (Villa, 2013: 328). Es decir que: considerar que reparar es consignar un valor económico para la víctima es una noción desatinada, no obstante, generalizada. De tal suerte que impunidad considerada como la perpetuación de la violencia sufrida no se subsana con compensación exclusivamente, sino con la búsqueda de mecanismos que generen satisfacción de las víctimas, variando de una a otra, ya que cada una de ellas, desde su realidad podría considerar alternativas de acción frente al delito y la respuesta que a su vez desea le confiera el Estado.

Antagónicamente, en los sistemas altamente punitivos, la restricción de derechos que implícitamente representan radicalidad en la lucha contra la delincuencia, no necesariamente ofrecen respuestas asertivas que puedan generar este sentimiento de satisfacción por parte de las víctimas, porque como insistentemente se ha manifestado, en este tipo de modelos el Estado antepone sus propias pretensiones a las de aquella.

De acuerdo a lo manifestado y por la manera en como el tratamiento del delito y la delincuencia se ha venido considerando, llama a la reflexión meditar si la aplicación de canales de justicia restaurativa en todos los casos pudiera ser operante, sin generar debido a las concepciones arraigadas sobre la pena y el castigo, impresión de impunidad para delitos graves. Legislaciones de líneas conservadoras en este ámbito, delimitan el campo de acción a infracciones leves, bajo el criterio de que sean transables y susceptibles de negociación.

2.8 La aplicación del Derecho Penal mínimo en la resolución de conflictos

2.8.1 El derecho a castigar y los fines del Derecho Penal

El fenómeno expansivo del Derecho Penal surge por diversos factores, entre ellos a consecuencia de la adopción de políticas criminales punitivas tras la ansiada búsqueda de seguridad. Las ideas populistas de justicia, se evidencian con manifestaciones legislativas que destacan entre otros aspectos: la inflación de tipos penales, el incremento de conductas en tipos ya creados, adición de tipos autónomos a partir de circunstancias agravantes, endurecimiento de penas y desatención a la idea de la necesidad de la misma (Corcoy, 2012: 49).

Es por ello que resulta apremiante, que desde la sociedad se pueda reconcebir el origen y el sentido mismo que dio surgimiento al Derecho Penal y principalmente responder el cuestionamiento del derecho a castigar. Ahora bien, es imperante destacar que el Derecho nace en general como medio de regulación de la vida del hombre en sociedad y el Derecho Penal como como un mecanismo de ultima ratio, para la protección de bienes jurídicos, valiéndose de la pena como el mecanismo contundente que para él le ha sido reservada.

Motivos sensibles, fueron llamados los porqués de la pena, considerando que el sacrificio de porciones de libertad de cada hombre, constituyeron el pacto que creó las condiciones en las que, dejando de luchar como ente individual, se buscaría la tranquilidad en la certidumbre;

asegurándose de que el depositario de estas renunciaciones posea mecanismos que impidan el retorno al caos antiguo (Beccaria, 2015: 19). Incluye el autor en su manifiesto que el fin de la pena no es otro que disuadir al reo y al conglomerado de cometer nuevos daños, concluyendo que siendo este su fin se debe escoger de manera proporcional aquellas que más se ajusten a este acometido.

Es así que el derecho a castigar es una concesión dada a favor del Estado de manera voluntaria por cada hombre, que se desprende de parte de los derechos inherentes a su propia condición humana, consiente que de manera individual le sería mucho más tortuoso y fluctuante la defensa de los mismos. Nace de una renuncia individual pensada en el bien de la colectividad, que a su vez garantiza al menos en teoría el respeto del resto de derechos que conserva para sí mismo, sin necesidad de luchar por ellos a través de la violencia, porque esta será ejercida de manera regulada por el ente a quien se ha trasladado esta capacidad. Por lo tanto, más allá de castigo, lo que le corresponde al Derecho Penal es utilizar prudentemente los medios coercitivos que se activan únicamente cuando ha existido lesión de bienes jurídicos que no puedan ser tutelados de otro modo.

2.8.2 Principios limitadores del derecho a castigar

Una vez que se ha manifestado que el derecho a castigar surge de renunciaciones a libertades hechas por el hombre para asegurar la vigencia de la sociedad, es imperante dejar sentado que esta intervención legitimada por el individuo como parte de este constructo social, no puede administrarse de manera superflua y discrecional, sino que por la contundencia de los efectos que genera y de los derechos que puede restringir, debe adoptarse por excepcionalidad. A partir de este punto, se pueden detallar varios principios que permiten regular esta intervención: el principio de legalidad, necesidad, intervención mínima, al que corresponde además el principio de

subsidiaridad y fragmentariedad; el de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad por citar los más relevantes.

Los principios limitadores del Derecho Penal por lo tanto están orientados a evitar abusos y extralimitaciones en la aplicación de la facultad punitiva del Estado, marcando la pauta para conocer de manera clara hasta donde puede actuar esta fuerza coercitiva del Estado.

Es así que: el principio de legalidad, restringe el campo de acción del Derecho Penal únicamente a aquellas conductas que estén determinadas de manera expresa en la norma penal, con una ley estricta, clara y previa, en la que converjan tanto la determinación de la existencia de un delito como la imposición de la pena que a este le corresponda. La certeza es mecanismo de resguardo para el ciudadano, da compostura al sistema penal, toda vez que la norma no prohíbe conductas, sino más bien las describe, advirtiendo a los ciudadanos a qué atenerse y a los operadores de justicia, cómo proceder.

Por otro lado, la mínima intervención penal como principio, permite la reducción de conductas penales, así como la utilización de las sanciones que ellas merezcan y que se aplique, agotadas otras vías menos gravosas; de esta manera hacen parte de este principio, el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal. Se sostiene además que la aplicación de este principio se manifiesta con la reducción al mínimo de tipos penales, mínimas penas en número y cantidad entre otros aspectos, que expresen de manera palpable lo mínimo de lo mínimo (Cueva, 2016: 242).

Es decir, pese a que en la actualidad se ha tendido a sobre utilizar el Derecho Penal, las bases sobre las que se erige dan la razón de que no es necesario activarlo para cada caso o conflicto social en que se ve envuelto el hombre, el Derecho es amplio, y variadas las ramas de protección

que pueden de igual manera tutelar derechos, el punto en cuestión, es instar a la reflexión, en el uso excepcional de mecanismos penales radicales.

El Derecho Penal no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino solo aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica. Lo que se castiga, son nada más que fragmentos de lo antijurídico (Marccello, 2016: 12)

En este sentido, la protección de estos bienes jurídicos contenida en el principio de lesividad es pedestal de estas limitantes de control al ejercicio del poder punitivo del Estado, obligando a que esta protección sea adoptada como última posibilidad, restringiendo la utilización de estos mecanismos coercitivos exclusivamente a casos en los que exista vulneración de derechos que pongan en peligro bienes jurídicos relevantes. Es decir, la activación del Derecho Penal ajustada a este principio depende de la verificación de la vulneración del bien jurídico protegido en un tipo penal concreto, circunstancia sin la cual no podría activarse.

2.8.3 El garantismo y la acción extrapenal

Sin duda alguna uno de los principales retos que afronta la sociedad moderna es buscar un punto medio entre seguridad y garantías. La tendencia actual apunta hacia la criminalización de conductas como forma de regulación, a la pena como medio de disuasión y ambas como mecanismos de reyerta contra la inseguridad ciudadana y el combate contra la delincuencia; la cual, a la par de los avances y la globalización, se ha desarrollado incluso a escalas internacionales, cruzando barreras que los avances tecnológicos se han encargado de franquear.

Al respecto se ha identificado como uno de los mayores problemas del Derecho Penal, la sobreabundancia tanto en tipos penales como en castigos, haciéndose indispensable la existencia

de una teoría sobre la criminalización que pueda realmente evaluar la validez de las leyes penales (Husak, 2013: 41).

La pregunta latente surge entonces, respecto a cómo dar validez a una norma, el autor disipa la duda a través de la justificación. Es decir, detrás de cada regulación de conducta debería existir un bien cimentado componente de descargo que sostenga el motivo del porqué esa y no otra norma más benigna, opera en el caso concreto; así se logra brindar legitimidad y no solamente imposición, logrando con ello respaldo por parte del conglomerado a quienes estas van a ir dirigidas.

Se ha manifestado que existe una suerte de crisis del Derecho que se traduce en una problemática tripartita que abarca una crisis de legalidad que se expresa en la ineficacia de los controles, un segundo aspecto que se deriva en crisis del Estado social que ante la pugna contra la tradicionalidad, demanda satisfacción de derechos sociales que recaen en no pocas ocasiones en prestaciones discrecionales; inflación legislativa provocada por la presión de intereses sectoriales frente a una falta de sistema de garantías que le hagan contrapeso, y un tercer aspecto relacionado con la alteración del sistema de fuentes y debilitamiento del constitucionalismo (Ferrajoli, 2010: 15).

En este contexto, cuando se habla de controles, es preciso entender que el ejercicio propio del poder punitivo si bien es ejercido por el ejecutivo, a través de las diferentes instituciones que lo conforman, es la adecuada política legislativa la que contribuye al establecimiento de normas previas claras y certeras que eviten el libre arbitrio en la determinación de infracciones y sanciones, situación que además se relaciona, con que esta aportación normativa esté libre de prejuicios e injerencias políticas e inclusive de coacción mediática con la que se trate de justificar excesos, a través de la legitimación en el texto de la norma penal.

En lo que respecta al sistema de garantías para equilibrar la limitación de derechos nacida del ejercicio del poder punitivo, se entiende aquel sometimiento de cada uno de los poderes públicos a los preceptos que amparan derechos fundamentales, de tal suerte que marca relevancia el aseguramiento de un marco constitucional estable, toda vez que:

La Constitución es, por definición, un tipo de norma distinta de la legislación ordinaria. Basta recordar, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los rasgos que marcan esta diferencia. Algunos de estos rasgos están estrechamente interrelacionados, de manera que seguramente existen superposiciones entre ellos. Primero, la Constitución es la ley suprema, y subordina tanto la forma de creación como el contenido de la legislación inferior. Segundo, la Constitución establece las instituciones fundamentales del Estado y define sus facultades y objetivos. Tercero, la Constitución consagra el catálogo de derechos fundamentales de las personas. Y cuarto, la Constitución prevé una serie de garantías para preservar su supremacía, entre las que interesa destacar la llamada rigidez constitucional –es decir, el hecho de que la reforma de la Constitución requiera un procedimiento más gravoso que la aprobación o modificación de legislación ordinaria (Gargarella & Curtis, 2009: 13).

En definitiva, el fortalecimiento constitucional se marca como punto clave para la protección de derechos y como elemento estabilizador de las relaciones que se procuren entre poderes públicos. Por lo que es menester que la norma suprema contenga preceptos claros respecto a división de poderes; distribución de funciones definidas; determinación de derechos y garantías, además de la manera en como estas se ejercerán; junto a mecanismos de control transversales.

En el ámbito nacional, el Ecuador al ser un “[...] Estado constitucional de derechos y justicia [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); existe la prerrogativa de que cada uno de los derechos que se encuentren previstos en la norma suprema, sean garantizados dentro de los diferentes procesos por los órganos encargados de administrar justicia. Es decir, se ha adoptado

un modelo en el que el aseguramiento de estos, prima incluso sobre la ley, la cual debe ajustarse a su efectiva vigencia.

Estos y otros aspectos han despertado la mirada del tratamiento de la punición desde la perspectiva de los Derechos Humanos, bajo la concepción del Derecho Penal como un sistema de límites, que existe como búsqueda del equilibrio entre la prevención del cometimiento de delitos y la prevención de la imposición de penas injustas o arbitrarias; así los límites y la teoría que sustenta estos límites constituye el Garantismo Penal (Ávila, 2013).

Dicho de otro modo, la activación del sistema punitivo se encuentra supeditado a un conjunto de límites, que evitan se cometan arbitrariedades. Buscando en lo posible equilibrar la reacción frente a la lesión de bienes jurídicos y la dosificación según corresponda de la coerción como reacción. Con el propósito de punir sin enervar los derechos de los que goza también el infractor. De esta manera se habla de garantismo en el aseguramiento del debido proceso para los victimarios, pero a la par y con esa misma diligencia, deben procurarse los derechos de las víctimas.

2.8.4 Eficientísimo penal vs garantismo, alternativas a la solución penal del conflicto

La inseguridad constituye actualmente una de las mayores preocupaciones de gobiernos y ciudadanos, la necesidad de protección frente a peligros inminentes sean estos reales o nacidos de la difusión mediática que abarrotan los medios, las redes y las relaciones sociales, han dado un giro vertiginoso a los esquemas tradicionales de la persecución penal, exigiendo para estas y otras preocupaciones resultados visibles, aunque estos se traduzcan en cifras y no en salidas reales.

Ante este fenómeno se sostiene que en la actualidad el Derecho Penal es un Derecho en expansión, cuya utilización está focalizada en defensa de los peligros que comporta la época actual (Jiménez, 2014: 3). Esta tendencia, hace desatender aspectos prioritarios como la prevención y se

orienta más bien en acrecentar el radio de acción del Derecho Penal, llegando sus esferas a sitios sensibles que llegan al límite entre la norma y la arbitrariedad, manifestada en excesos que violentan los principios elementales de su razón de ser.

La intervención estatal en su facultad punitiva, desde varias perspectivas descritas en el presente trabajo, no tiene origen en sí mismo, sino que surge a partir de una suerte cesión voluntaria de derechos de los ciudadanos, quienes hicieron ese sacrificio en miras de una búsqueda de soluciones pacíficas para los conflictos. Por lo que resulta irrisible creer que las soluciones violentas cumplan este fin.

Es importante considerar también que, en la búsqueda de una adecuada tutela de derechos, resulta poco conveniente una solución penal que ofrezca resultados únicamente relacionados al ámbito de las cifras; a altos niveles de punición, o penas severas, si en ese mismo lineamiento, no concurre satisfacción de víctimas y de la sociedad misma. Por tanto, la cesión de derechos realizada en el llamado pacto social, no implicaría que el Estado absorba para sí esa porción conferida y la asimile como propia, sino que debe ser clara su posición de administrador de la misma.

En este sentido el Estado no le correspondería atribuirse, ni confiscar de alguna manera el derecho a ser resarcido, situación que en no pocas ocasiones ocurre, cuando a cuenta de fijar categorías o lineamientos, se impide que la víctima sea parte activa en el proceso y sea quien decida cómo ha de desenvolverse en el mismo, situación que incluye a la negociación y acuerdos a los que quisiera llegar si así lo estima conveniente.

En definitiva, el Derecho Penal, constituye para los sujetos, en fuente de alternativas, considerando que lo que en él se decida no solo resuelve y solventa las situaciones inmediatas, sino que sus efectos se producen para el presente y para el futuro, por lo que no se considera apropiado, un sistema en el que se demuestre excesivo compromiso con la pena, descuido en lo

que respecta a la prevención y a la rehabilitación y menos aún olvido de las víctimas (Moliné, 2009: 111).

Ante estas consideraciones, la validez del modelo, lo daría la raigambre en la solución del conflicto, que genere satisfacción para quienes han recurrido a los órganos de justicia, y amparo para quienes han trasgredido la norma dentro del contexto del respeto a los Derechos Humanos que los cobijan y cuya observancia resulta obligatoria tanto a nivel normativo nacional cuanto en la esfera internacional.

Bajo estos postulados surgen los llamados métodos alternativos de solución de conflictos, uno de ellos la mediación, considerada como, aquel mecanismo

[...] que se basa en los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad, donde la víctima y el procesado llegan a un acuerdo comprometiéndose a ciertas obligaciones, tomando en cuenta los daños ocasionados como consecuencia de la comisión del delito (Benavides, 2017: 352).

La mediación, se caracteriza por hacer de las partes intervinientes en un conflicto penal, protagonistas del tratamiento que se le dará al mismo, permite que la víctima pueda decidir sobre sus derechos, sobre lo que considera apropiado se le repare, respecto a expectativas y sanación; al infractor por su parte se le da la oportunidad de arrepentirse de generar posibilidades de reconciliación con la comunidad, la cual también se ve resarcida en tanto y en cuanto se logre solución al conflicto, con las implicaciones sociales, culturales, familiares, que ello representa. La mediación en el campo penal, ha generado dudas respecto a alcances, aplicación e impunidad en caso de que no se concrete; y preocupación en cuanto tienda a afectar derechos de los infractores en casos en los que se les constriña de alguna manera a auto inculparse.

Estas inquietudes se disipan en un proceso adecuadamente dirigido, siempre que se respeten principios básicos y se tenga como fin más allá de la descongestión del sistema, la

solución del conflicto. Nuevamente se menciona el ámbito de las cifras, para interiorizar y aceptar como propósito de la restauración, no los números que se descongestionen en el sistema judicial sino el logro de las partes, como forma de reconstruir relaciones y robustecer sociedades incluyentes.

Más allá de los lirismos que podrían generar estos postulados, para entender este nuevo paradigma, se necesita como cualquier otra institución, estudiarla a profundidad y analizar los modelos que en base a esta se han desarrollado, toda vez que no es una figura incólume y de tratamiento genérico, sino que su utilización se ha ido incorporando a los ordenamientos jurídicos de diferente manera.

Cabe destacar que existe una suerte de reconocimiento de la mediación como una de las tantas herramientas que tiene la justicia restaurativa, sin dejar de admitir las limitaciones que en ella se pueden encontrar, toda vez que esta explora puntos medios de acuerdo entre los intervinientes en igualdad de condiciones, con el fin de que ambas partes obtengan algún beneficio; por lo que muchas veces se ha concebido como una forma de mercantilización de la justicia. Sin embargo “[...] la mediación en materia penal como herramienta restaurativa, es diferente a otras mediaciones y debe inspirarse en los principios y la filosofía de la Justicia Restaurativa” (Domingo, 2012: 109).

En este sentido, la restauración se enfoca en el no olvido de la víctima, en tratar de recomponerla, de retirar estereotipos conferidos, devolverla a la sociedad. En cuanto al infractor, lograr acogimiento en comunidad, permitir que sea aceptado como parte del conglomerado y en el mejor de los casos, reconciliación con la víctima; pese a ello, la mediación como herramienta de restauración es todavía perfectible y en materia penal aporta un claro contingente para posteriores incorporaciones de otros medios restaurativos más avanzados.

2.8.5 La ley penal y los mecanismos alternativos de solución de conflictos

En Ecuador, el título X capítulo II del COIP, de manera taxativa señala a la mediación como único mecanismo alternativo a la solución penal en la normativa vigente. Instrumentos como el principio de oportunidad, se halla descrito en un título distinto, relacionándolo más bien como una de las facultades del fiscal para abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada en delitos que no comprometan de manera seria el interés público (Código Orgánico Integral Penal).

Esta categorización es muestra evidente de la utilización de determinadas instituciones como medios de descongestión, antes que como instrumentos de restauración. Pues bien, se debe reconocer las ventajas del desahogo de procesos en el sistema judicial, lo que permite que su atención se dirija a delitos que por la lesión causada merezcan especial tratamiento; sin olvidar por otra parte, que aun cuando pueda realizarse una suerte de categorización entre infracciones desde mínimas hasta muy graves, no se podría hacer tal clasificación respecto a las víctimas, porque todas ellas han sido afectadas en bienes jurídicos y a todas se les debería asegurar por parte del Estado, tutela efectiva de sus derechos.

En cuanto a procedencia, el artículo 663 del COIP, restringe los casos en los que cabe la conciliación, delimitándola a delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte; delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios y, de manera expresa excluye las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Código Orgánico Integral Penal). Es decir, aquellos en los que para la doctrina tradicional

se vulneran bienes jurídicos relevantes frente a los cuales existe cautela respecto a tratamiento y sanción.

Del análisis del articulado en cuestión, se advierte que gran parte de los delitos susceptibles de conciliación en el ordenamiento al que se ha hecho referencia, corresponde a los llamados delitos de bagatela o patrimoniales leves, por mostrar lesividad limitada; en los que la justificación de una sanción penal convencional no sería proporcional al mal causado (Silva, 2012. 333). En cuanto a delitos de tránsito existe normativa especial detallada en el Reglamento para Conciliación en Asuntos de Infracciones de Tránsito, a través del cual se delega el proceso conciliatorio a mediadores debidamente habilitados por los centros de mediación registrados en el Consejo de la Judicatura (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2014).

Por otra parte, el artículo 664, detalla los principios a considerarse dentro del proceso conciliatorio: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad (Código Orgánico Integral Penal). De la observancia de estos, dependería el éxito en la solución del conflicto y la satisfacción de las pretensiones de los intervinientes en el mismo.

Al analizar estos postulados, partiendo por la voluntariedad, se entiende que coadyuva en el éxito del proceso restaurativo, por cuanto “Las soluciones adoptadas a través de la mediación están diseñadas a la medida de las partes, asumiéndose por convicción” (García & Vázquez, 2012: 86). En este sentido la horizontalidad en la gestión del conflicto es crucial a la hora de generar acuerdos, sin que ninguno de los participantes se sienta de ningún modo coaccionado.

La confidencialidad, constituye una forma de revestimiento para los participantes, teniendo en cuenta que los procesos conciliatorios no están excluidos de desavenencias previa la fijación del acuerdo, por lo tanto, se requiere que los términos en los que se discutan los ofrecimientos no

impliquen consecuencias futuras o aceptación de hechos en caso de que no pueda efectuarse el convenio. De esta manera surge como protección para las partes, toda vez que:

[...] si el ofensor o imputado supiera que, si no llega a un acuerdo, el fiscal podría invocar en el juicio el hecho de que él/ella estuvo dispuesto a llegar a un acuerdo con la víctima o, incluso, que en el proceso [...] confesó los hechos, ello sería un desincentivo a la participación del imputado en estos procesos (Díaz, 2010: 8).

Por otra parte, concierne a la labor propia del mediador, facilitador o de quien colabore como tercero en la adopción del proceso conciliatorio, el actuar bajo la óptica de la neutralidad; evitando interferir en las decisiones que se adopten, peor aun imponiendo valores o criterios propios (García & Vázquez, 2012: 92).

Aspecto que no se puede deslindar de la imparcialidad, por cuanto la persona que actúe en el proceso conciliatorio como ajeno al conflicto, no podría tomar partido o responder a influencia alguna; Es así que el desafío consiste en conseguir acuerdos sin influir en ellos. Para lograr estos propósitos es que caracteriza en este tipo de procesos, la flexibilidad en la manera de conducir los procesos, la generación de diálogo y consecución de soluciones que no estén encadenadas a patrones preestablecidos.

La Equidad en tanto, permite que aquellos que participen en la solución del conflicto, lo hagan en igualdad de condiciones al momento de discutir los acuerdos; consonancia que se logra cuando ambos, carecen de autoridad entre sí, para no generar impresión de menoscabo en sus derechos (Rawls, 2003: 143). En otras palabras, la equivalencia a la que se ha hecho referencia consiste en no favorecer ni perjudicar a ninguno de los intervinientes por su condición de tal, pero si guardando especial atención a los derechos que han sido estipulados a nivel constitucional y legal para víctimas y procesados de manera específica.

En cuanto a la legalidad como principio fundamental, reviste de especial trascendencia en el Derecho Penal, toda vez que determina la previsibilidad, taxatividad y vigencia de las normas de la materia en base a las cuales se puede ejercer el poder punitivo del Estado. En el tema conciliatorio significaría el ámbito al que puede aplicarse y el que le ha sido vedado, así como los momentos en los que es procedente su adopción. Es así que “[...] el principio de legalidad se sitúa como verdadero estandarte a partir del cual se funda toda actividad legítima del Estado, encuadrada en el marco de un sistema democrático de Derecho (Londoño, 2010: 767).

Del análisis de cada uno de los principios referidos, en concordancia con la doctrina tradicional, se colige que la generalidad orienta la conducencia de estas vías alternativas a la solución del conflicto, por parte de un tercero, al que además se le atribuirá el deber de la honestidad como regla básica de conducta humana y más aun de la conquista del valor justicia. En el COIP a excepción de los delitos de tránsito, esta labor ha sido encomendada a jueces y fiscales dentro del ámbito de sus competencias, situación que conforme sostienen algunos doctrinarios, podría asumirse como distorsión de la esencia misma de la mediación o conciliación por cuanto en el caso de jueces por citar un ejemplo, al estar revestidos de autoridad, franquean esta horizontalidad que se pretende exista entre los involucrados y el tercero mediador. Al respecto (García & Vázquez, 2012) señala:

No hay duda de las diferencias de actuación entre el mediador y el juez que interviene en el proceso jurisdiccional revestido de autoridad. Así un sistema es autocompositivo, por lo que la decisión del resultado la tienen las partes y el tercero mediador sólo ayuda a facilitarla, y otro es heterocompositivo, siendo el tercero-juez quien impone dicha solución (p. 454).

Una vez revisados los principios que revisten a la conciliación, precisa analizar el procedimiento para su adopción, al respecto el artículo 665 del COIP, señala que existen dos momentos en los cuales es posible solicitar acogerse a este procedimiento, el primero en la fase de

investigación previa, ante el fiscal, a petición escrita de las partes; el segundo en la etapa de instrucción fiscal y hasta antes de su conclusión (Código Orgánico Integral Penal). Esta restricción puede deberse a los efectos que esta produce: la extinción del ejercicio de la acción penal.

Pese a ello y conforme se revisará en líneas posteriores, en el contexto internacional existen ordenamientos que admiten la aplicación de formas restaurativas de solución de conflictos como la mediación y conciliación en otras etapas del proceso, generando ciertos beneficios para el procesado como la consideración de atenuantes. En Ecuador, aun cuando existen casos en los que ha se ha admitido la adopción de conciliaciones incluso en audiencia de juicio con el efecto aludido, existe criterio no vinculante emitido por la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, frente a consultas realizadas respecto a que, si se suscribe el acta de conciliación luego de la instrucción fiscal, tendría validez o no; obteniéndose como conclusión que para que sea válida la conciliación se la debe pedir dentro del término estipulado en la ley (Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, 2019). Así mismo existe consulta realizada de manera expresa en el sentido de la admisibilidad de la conciliación en audiencia de juicio, toda vez que de no hacerlo se atentaría contra la CRE, que en el artículo 190 reconoce a los medios alternativos de solución de conflictos; respondiéndose al respecto que, en materia penal la conciliación debe ser presentada hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal (Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, 2019).

Aun cuando según lo dispuesto por el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, las consideraciones arriba anotadas, al no ser dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia no tienen el carácter de generales y obligatorios, si dan cuenta de los criterios que a la fecha se esgrimen en los diferentes procedimientos respecto a la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

2.8.6 Mecanismos alternativos a la solución penal en el Derecho comparado

En el contexto internacional han sido los Estados de corriente anglosajona quienes han liderado en la implementación de modelos de justicia restaurativa dentro de sus ordenamientos internos, entre ellos se puede citar a Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Australia, Inglaterra, siendo una de las características comunes que les ha permitido incursionar en estos nuevos modelos, el menor rigor existente respecto del principio de legalidad en lo que concierne a determinación de delitos y penas. Modelos que además se han extendido a otros países que, sin ser parte de esta tradición, lo han implementado de manera exitosa como Alemania, Francia, Bélgica, Noruega, Austria, Suiza, Italia, Holanda, Finlandia, Eslovaquia, entre otros (Barallat, 2013: 6).

Esta manera de flexibilidad es la que ha dado apertura para considerar mecanismos alternativos a la respuesta penal punitiva en la resolución de conflictos que no comprometan de manera grave la afectación de bienes jurídicos. Es decir, aun cuando es indiscutible el avance en la aplicación de modelos restauradores, se observa cautela en cuanto al ámbito de cobertura y alcance, focalizando el punto de acción a delitos considerados como leves, entre ellos los que afectan derechos de propiedad, con tendencia a la restricción respecto de delitos contra la vida, integridad sexual entre otros.

Al analizar las normas penales de varios países de la región, se advierte, la tendencia a aplicar mecanismos alternativos de solución de conflictos de manera específica a delitos menores. En Uruguay con la reforma de 2016, se incorpora el libro VI al Código de Proceso Penal, denominado vías alternativas de resolución del conflicto, sentando de manera expresa que el ámbito de su aplicación está destinado a “[...] conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad [...]” (Asamblea General del Senado y la Cámara de Representantes de la República

Oriental del Uruguay , 2017). La importancia de esta reforma, radica en la inclusión de términos restaurativos para denominar a los procesos o mecanismos extrapenales.

En Colombia son considerados como mecanismos de justicia restaurativa la conciliación pre procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación. En el caso de la conciliación pre procesal de manera taxativa se impone que su adopción sea requisito de procedencia para iniciar la acción penal en los delitos que requieren querrela, la cual solamente será impulsada ante la imposibilidad de su aplicación. Estos delitos así mismo son leves en cuanto a sanción, citándose como ejemplo: aquellos que no tengan prevista pena privativa de libertad; delitos contra la propiedad como hurtos y estafas que no excedan de 150 salarios mínimos, daño a bien ajeno; e inclusive en violencia intrafamiliar con penas de hasta 3 años. En cuanto a la mediación opera en delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión y cuando la sobrepasa, se la adopta para otorgar algunos beneficios relacionados con la dosificación de la pena. Las denominaciones de estos mecanismos aludidos, son considerados también en esta normativa como soluciones de justicia restaurativa (Congreso de la República de Colombia, 2004).

En Venezuela “[...] el acuerdo reparatorio se encuentra regulado por los artículos 40 y 41 del Código Orgánico Procesal Penal y procede respecto de delitos que afecten al patrimonio o culposos contra las personas [...]” (Benavides, 2017: 359). Opera además bajo el principio de voluntariedad, es decir previo acuerdo consensuado de las partes y favorable opinión del fiscal.

De lo anotado se colige la presencia de métodos alternativos a la solución penal en varias legislaciones de la región. Existe así mismo cierta homogeneidad en el alcance a delitos sancionados con penas menos drásticas; en la voluntad de adopción; en el fin de descongestionamiento del sistema judicial, variando por otro lado los efectos que esta aplicación

ocasiona, por un lado, se implementan como verdaderas alternativas a la solución penal, es decir, ponen fin al conflicto; mientras que, en otros casos, se mira como un medio para atenuar las penas.

Capítulo III

Metodología

3.1 Enfoque

Para la elaboración del presente trabajo investigativo, y con el objeto de abordar la realidad del fenómeno en estudio, se ha adoptado un enfoque de tipo mixto al relacionarse la temática al área de las ciencias sociales, que caracteriza por enfrentar realidades sometidas a constantes variaciones y sin patrones estructurados; coadyuvando a que:

[...] el investigador pueda acercarse a su objeto de estudio y obtener el conocimiento requerido de la realidad social según sus necesidades y expectativas; este enfoque tiene su sustento filosófico y metodológico en el pragmatismo, el cual se basa en utilizar el método más apropiado para un estudio en específico (Del Canto & Silva, 2013: 26).

Con la metodología utilizada, se describen factores que atizan la problemática abordada, puntualizando por qué ocurre y el tratamiento dado en la legislación vigente. Se parte de la recolección de información doctrinaria y documental, que permite ahondar en el conocimiento de los entornos en los que se ha ido desarrollando la presencia del Derecho Penal a lo largo de la historia, así como el tratamiento de la víctima y el delincuente en el mismo contexto; posteriormente se analiza el surgimiento de mecanismos alternativos a la solución punitiva, destacando la corriente de la justicia restaurativa, tópicos, características y peculiaridades. A nivel nacional se analiza la normativa vigente, procurando además abordar el tema de manera conexa, entre la información doctrinaria y los datos obtenidos de las instituciones de la Función Judicial y organismos autónomos. Para este particular se ha recolectado en cifras los números de causas en

materia penal que han ingresado a conocimiento del sistema de justicia y a partir de estas, se ha desagregado para presentar información respecto al índice de adopción de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Por otro lado, con el fin de ahondar en el análisis, se ha recurrido también, a varios de los actores y usuarios de estas instituciones: jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio profesional, de quienes se ha obtenido perspectivas que permiten, “[...] proporcionar profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno [...]” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010: 17). Así mismo se ha contado con el aporte de notables académicos en el ámbito de la materia con el objeto de integrar argumentos sólidos en el espacio de la ciencia penal, lo que ha permitido construir pensamientos valiosos como contribución al presente trabajo.

Aunque esta postura comporta escepticismo por parte de fundamentalistas metodológicos que defienden con asiduidad la tendencia a los enfoques de corte cualitativo o cuantitativo por separado, la idea de considerar ambos enfoques de manera conjunta puede enriquecer el proceso de la investigación de manera importante (Salgado, 2007: 77). De ahí que, con la articulación de estos enfoques, se ha construido una imagen sólida de la situación del sistema de justicia y las respuestas que hoy por hoy ofrece frente al delito.

3.2 Modalidad básica de la investigación

En una primera instancia a través de la investigación bibliográfica, se ha recurrido a una revisión profunda de recursos documentales y selección de fuentes de información como revistas, libros, artículos científicos entre otros. Este acercamiento se ha realizado a través del acceso físico a fuentes de consulta, así como también a contenido digital a través de buscadores académicos, con el propósito de obtener riqueza en la información recolectada. Los criterios utilizados para la

selección de este material, han sido los de pertinencia y actualidad (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010: 358).

Una vez recolectadas las fuentes a utilizar, se ha procedido a organizar la información; seleccionarla, jerarquizarla y delimitarla. Se ha realizado además el registro de las mismas, con el fin de consolidar un apropiado sustento teórico de relevancia para el cumplimiento de los objetivos planteados y mejor comprensión del fenómeno.

Se ha accedido así mismo a la exploración de información procesal de instituciones relacionadas con el sistema de justicia, cuyo acceso es público a través del mecanismo de rendición de cuentas; a fin de ir construyendo una base de datos que permita obtener una visión actual del fenómeno en cifras. La estructura que consta en los registros, obedece a ítems relacionados con las preguntas y los objetivos de la investigación. Una vez que se han recolectado los datos antes mencionados, se describen a través de un conjunto de cuestiones que permiten trazar un esquema secuencial que se presenta en tablas y gráficos con referencias porcentuales.

Posteriormente a través de la investigación de campo, se ha buscado un acercamiento a la realidad de la temática en estudio, a través del contacto directo con los actores involucrados en la misma. Se ha realizado un abordaje desde la cotidianidad y escenarios en los que cada uno de ellos se desenvuelve. De esta manera, a través de técnicas de recolección de información como la entrevista “[...] muy ventajosa principalmente en los estudios descriptivos y en las fases de exploración [...]” (Díaz, Torruco, Martínez, & Varela, 2013:163); se ha tomado contacto con un grupo de profesionales del Derecho, a quienes se ha aplicado un cuestionario estructurado.

Esta selección que se ha realizado considerando que las muestras diversas suelen ser utilizadas en la investigación cualitativa cuando “[...] se busca mostrar distintas perspectivas y representar la complejidad del fenómeno estudiado, o bien, documentar diversidad para localizar

diferencias y coincidencias, patrones y particularidades [...]” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010: 397).

Por lo que al contar previamente con valores reales de incidencia de factores involucrados en el problema observado; en este nivel, se ha buscado más bien el aporte crítico, priorizando tiempo de experiencia profesional y formación en el ámbito del Derecho Penal, con el objeto de complementar e inferir las variantes encontradas en los datos obtenidos de las instituciones, con el objeto de relacionar los reportes recogidos bajo los enfoques anteriormente mencionados.

3.3 Nivel o tipo de investigación

El presente trabajo se desarrolla en el nivel de investigación, descriptiva, en tanto “Busca especificar propiedades, características y rasgos importantes de cualquier fenómeno que se analice [...]” (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010: 80). Por medio de este proceso de investigación, se ha indagado la problemática desde varias representaciones, en un primer momento se ha analizado fuentes bibliográficas con el objeto de adquirir una comprensión global del tema, para posteriormente referir particularidades relacionadas tanto con el Derecho Penal mínimo como de la justicia restaurativa, a fin de entender sus componentes y aplicación en los modelos de justicia dentro del contexto actual nacional e internacional.

Así mismo se ha recurrido al análisis de datos que permiten observar cómo se comporta el fenómeno en estudio desde la óptica de la casuística concreta en el comportamiento del ingreso y resolución de causas conocidas en materia penal por el sistema de justicia específicamente en la provincia de Cotopaxi, durante el año 2018, para lo cual a través de una guía de observación se ha levantado una base de datos segmentados de acuerdo a las necesidades de la investigación, con el apoyo de información que, según el artículo primero de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, está sometida al principio de publicidad.

Por otra parte, y con el fin de obtener clarificación respecto a los porqués de los datos recopilados en relación al objeto de estudio, se ha acudido a los actores involucrados directamente en el mismo, que, junto con el aporte de estudiosos de la materia, han permitido encausar los criterios sobre los cuales se ha desarrollado la presente investigación.

Capítulo IV

Análisis de Resultados

4.1 Análisis descriptivo de recolección de datos

Tabla 4. Matriz operativa

Matriz operativa de recolección de datos	
Objeto	Explicación
¿Para qué?	Para alcanzar objetivos de la investigación
¿De qué personas u objetos?	Noticias del delito ingresadas en la Fiscalía provincial de Cotopaxi durante el año 2018. Operadores de justicia, fiscales, abogados en libre ejercicio profesional, docentes.
¿Sobre qué aspectos?	Causas ingresadas Tipo de delito Casos resueltos Utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos
¿Quién? ¿Quiénes?	Investigadora
¿Cuándo?	Abril- Mayo 2019
¿Cuántas veces?	Dos: Prueba piloto y prueba definitiva
¿Qué técnicas de recolección?	Observación directa Entrevistas
¿Con qué?	Instrumentos: Guía de observación Cuestionario

Fuente: Elaboración propia

Para cumplir con los objetivos de investigación, conforme se detalla en la tabla 4. Matriz operativa, se han realizado varias actividades con el propósito de recopilar datos del fenómeno en estudio, desde los parámetros cuantitativos y cualitativos, que convergen dentro del enfoque mixto.

Al efecto, a través del levantamiento de una base de datos, se parte con el registro de información en cifras, respecto a las noticias del delito ingresadas en la Fiscalía Provincial de Cotopaxi durante el año 2018, tipo de delito y soluciones adoptadas en el mismo periodo. Una vez determinada la frecuencia se han calculado porcentajes con el fin de poder analizar la información en un contexto definido, que se presenta en 5 ilustraciones con cuestiones específicas relacionadas a número y tipos de delito ingresados, casos resueltos y utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Posteriormente se confronta la información obtenida, con criterios obtenidos de un grupo de 7 profesionales del Derecho que se desempeñan en diferentes ámbitos laborales, a quienes de la misma forma se aplica un cuestionario estructurado de 5 preguntas con temática análoga.

4.2 Análisis e interpretación de datos cuantitativos

Levantada que ha sido la base de datos a la que se ha hecho alusión en líneas anteriores, con el objeto de dar respuesta a las interrogantes surgidas dentro de la investigación, así como corroborar desde la realidad el contenido teórico de la misma, se presenta a continuación los resultados de las cuestiones trasladadas a consulta de los propios expedientes puestos a conocimiento del sistema de justicia en materia penal, respecto a delitos de acción pública conocidos durante el año 2018. A partir de los datos obtenidos, se puede observar la perspectiva aplicada en temas de conocimiento y solución de los conflictos suscitados, para lo cual se presenta la información a manera de preguntas:

1.- ¿Cuántas noticias del delito ingresaron por delitos de acción pública durante el año 2018?

Tabla 5. Pregunta 1

NDD: DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA: COTOPAXI AÑO 2018		
Cantón	Frecuencia	Porcentaje
Latacunga	4180	61.19
La Maná	770	11.27
San Miguel de Salcedo	751	10.99
Pujilí	452	6.61
Saquisilí	295	4.31
Pangua	231	3.38
Sigchos	152	2.22
Total	6831	100

Fuente: elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

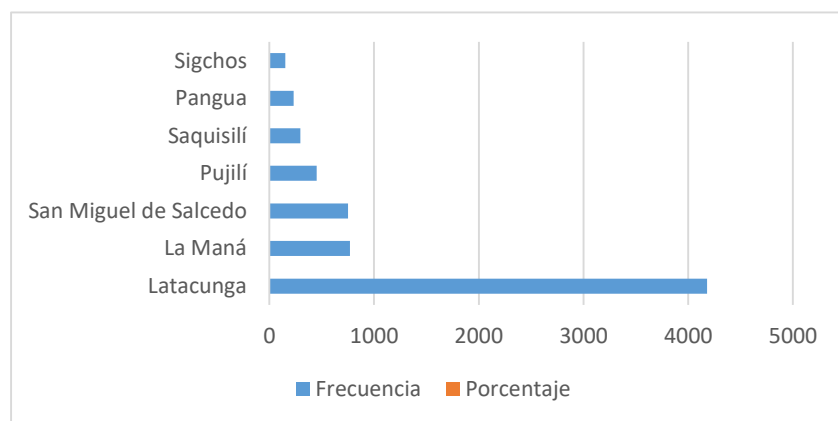


Figura 1. NDD: Delitos de Acción Pública: Cotopaxi año 2018. Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

En la tabla 5. Pregunta 1, se observa que, durante el año 2018 a la Fiscalía Provincial de Cotopaxi, distribuida en siete cantones, ingresaron un total de 6.831 noticias del delito; estos datos corresponden a las materias penales ordinarias, tránsito y adolescentes infractores. Si bien esta cifra de manera preliminar da a conocer la presencia delictiva en la provincia, es menester anclar estos datos a otras consideraciones.

Si se recurre a estadísticas poblacionales, según los resultados obtenidos del Censo 2010 de población y vivienda en el Ecuador; la población de la referida provincia estaría constituida por 409.205 habitantes (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2019). De lo que se desprende que en un estimativo el 1.66 % de estos, habría sido víctima de delitos de esta categoría.

Ahora bien, cuando se habla de temas de seguridad, según el índice de percepción de inseguridad de las personas en la ciudad según provincias de empadronamiento, un estimativo del 70.9 % de la población cotopaxense de las ciudades, reporta sentirse muy inseguro (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2019). Mientras que en el índice de percepción de inseguridad de las personas en el barrio según provincia de empadronamiento, esta condición de sensación de muy inseguro, lo reporta el 38.8 % de los encuestados (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2019).

Por otra parte, cuando se consulta sobre grado de confianza de las personas en instituciones relacionadas con seguridad ciudadana según provincia de empadronamiento, en una escala de 1 al 10, instituciones como Fiscalía, Policía Judicial, Consejo de la Judicatura, Sistema de Rehabilitación Social, se encuentran en un rango de confianza, en una escala de 4 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2019).

Estos datos corroboran lo que se ha mencionado a nivel teórico, ratificando puntos importantes: uno de ellos el tema de la mediaticidad, debido a que no siempre las cifras de los delitos que se cometen concuerdan con la percepción ciudadana y la alarma social causada en casos específicos. En segundo lugar, se observa que existe una gran diferencia en temas de sensación de inseguridad entre la ciudad y el barrio, lo que nuevamente confronta la visión comunitaria en el tratamiento del delito. Por último, las cifras respecto a confianza en instituciones, revelan que las

personas no confían de manera privilegiada en la solución penal que ofrecen las instituciones del sistema de justicia.

2.- ¿Qué tipo de delitos se cometieron con mayor incidencia durante el año 2018?

Tabla 6. Pregunta 2

DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE DELITOS CON MAYOR INCIDENCIA: COTOPAXI AÑO 2018		
Tipo de delito	Frecuencia	Porcentaje
Robo	1037	15.18
Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar	815	11.93
Hurto	789	11.55
Daños materiales	555	8.12
Ingreso de artículos prohibidos	363	5.31
Lesiones causadas por accidente de tránsito	347	5.08
Intimidación	342	5.00
Estafa	313	4.58
Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización	177	2.59
Abuso sexual	162	2.37
Abuso de confianza	127	1.85
Otros	1804	26.40
Total	6831	100

Fuente: elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

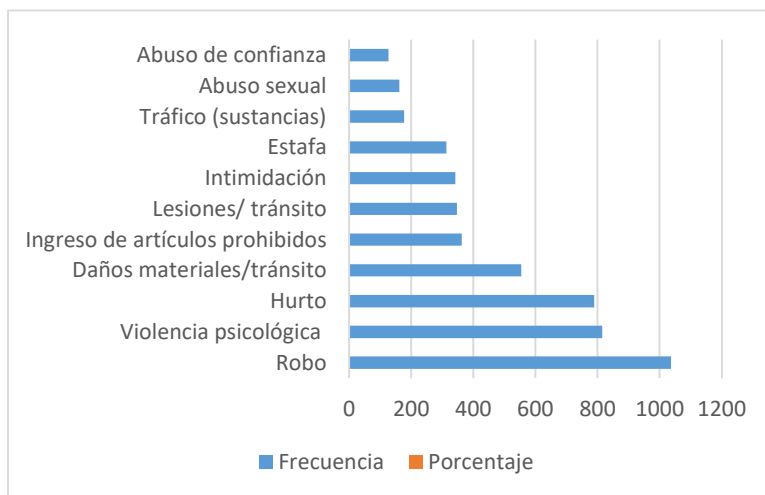


Figura 2. Distribución porcentual de delitos con mayor incidencia: Cotopaxi año 2018. Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

En relación a la distribución porcentual de delitos con mayor incidencia, descritos en la Tabla 6. Pregunta 2, se desprende que, durante el año 2018, se han conocido con mayor incidencia, delitos contra el derecho a la propiedad, previstos en la sección novena del capítulo segundo del COIP, acentuándose la presencia de los tipos penales de robo, hurto, estafa y abuso de confianza; e inquietando el elevado número de delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, específicamente el previsto en el artículo 157 de la norma de la materia.

En el tema de tránsito, sumándose los ingresos por daños materiales y lesiones que son propios de este tipo culposo, lo colocarían en el segundo lugar, con mayor incidencia después del robo. El grupo restante, pertenecería a delitos contra la integridad sexual y reproductiva, tutela judicial efectiva y producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

Al analizar este tema, y al remitirse al sustento teórico, se ha dicho que, en lugares con alta concentración de pobreza, se genera un espacio propicio para el uso de alcohol, drogas, el robo y la violencia (Saraví, 2004: 43), situación que concuerda con el índice de delitos descritos en líneas anteriores. En este contexto, de acuerdo a resultados de índice de pobreza, Cotopaxi, tendría un porcentaje de 75, 06 % por PNBI, es decir pobreza por necesidades básicas insatisfechas (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, 2019). Por otra parte, en cuanto a temas de violencia intrafamiliar, se ha indicado que “[...] La violencia y la desigualdad son causa y consecuencia de la pobreza, la inseguridad y el subdesarrollo, a la vez que limitan la democracia, la libertad y reducen la calidad de vida de los habitantes de América Latina y el Caribe [...]” (Unidad de Información Pública y Servicios Web de la CEPAL, 2019). Con lo que se puede explicar la dinámica de la incidencia de los delitos que se comenten, bajo el contexto socioeconómico que cobija a la población en estudio.

Así mismo es importante señalar que, según estudios efectuados por Krauth (2018), al referirse a imposición de prisión preventiva a nivel nacional, los delitos de robo y tráfico ilícito abarcarían el 70,28 % de los encarcelamientos, en una incidencia del 43,62% y 26,67 % respectivamente (p. 111). Situación que es signo de alerta, una vez que se ha revisado el cuadro de índices de delitos que se cometen con mayor frecuencia en la provincia.

3.- ¿Cuántas noticias del delito se resolvieron durante el año 2018?

Tabla 7. Pregunta 3

NOTICIAS DEL DELITO RESUELTAS: COTOPAXI AÑO 2018		
Materia	Frecuencia	Porcentaje
Penal	2245	82.84
Tránsito	399	14.72
Adolescentes Infractores	66	2.43
Total	2710	100

Fuente: Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

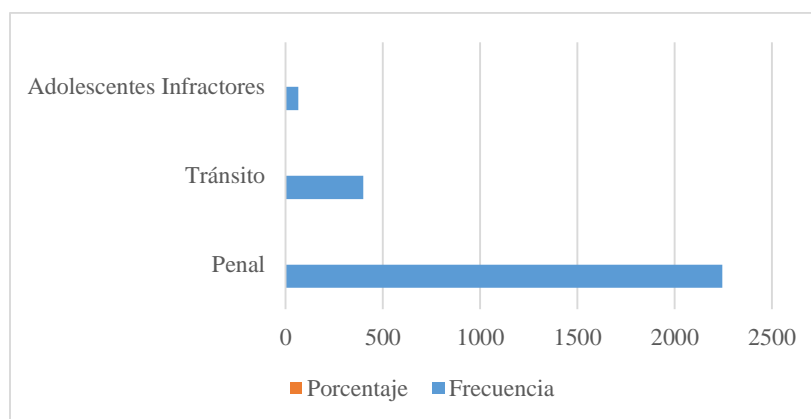


Figura 3. Noticias del delito resueltas: Cotopaxi año 2018. Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019).

Al analizar la Tabla 7. Pregunta 3, se advierte que, a nivel de soluciones dadas a los procesos durante el año 2018, estos corresponden también a la incidencia de casos que ingresan según materia, es decir se mantiene la escala de mayor a menor entre las causas penales, de tránsito

y adolescentes infractores, en un porcentaje que representaría el 82.84 %, 14.72 % y 2.43 % en su orden, del total resuelto.

Por otra parte, si comparamos estas cifras con el rango de ingresos durante el año 2018, se observa que sobre 2710 causas se adoptó alguna solución, frente a las 6831 noticias del delito, que integran el total de ingresos en el referido año. Quedando un saldo en alrededor de 4121 expedientes, sumados a los que se vienen recogiendo de año pasados.

Es preciso indicar, que según lo determinado en el artículo 585 del COIP, al menos en lo que se refiere a duración de la investigación, esta puede ser de un año en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años y de dos años en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años (Código Orgánico Integral Penal, 2015). Por lo que las causas que se van resolviendo, dependen también del tipo de delito.

4.- ¿Qué tipo de soluciones se adoptaron en las noticas del delito por materias durante el año 2018?

Tabla 8. Pregunta 4

SOLUCIONES NDD: COTOPAXI AÑO 2018						
Tipo de solución	Frecuencia/casos penales	Porcentaje/casos penales	Frecuencia/casos tránsito	Porcentaje/casos tránsito	Frecuencia/casos adolescentes infractores	Porcentaje/casos adolescentes infractores
Sobreseimiento	51	2.27	5	1.25	1	1.51
Sentencias condenatorias (procedimientos ordinarios abreviados y directos)	398	17.72	41	10.27	-	-
Sentencias ratificadoras de inocencia	70	3.11	9	2.25	1	1.51
Sentencias mixtas	0	0	0	0	0	0
Conciliación	30	1.33	92	23.05	12	18.18
Archivos solicitados	1654	73.67	204	51.12	27	40.90
Suspensión condicional de la pena	13	0.57	8	2	-	-
Principio de oportunidad aceptado	29	1.29	40	10.02	0	
Medidas socioeducativas	-	-	-	-	18	27.27
Suspensión del proceso	-	-	-	-	7	10.60
Total	2245	100	399	100	66	100

Fuente: elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

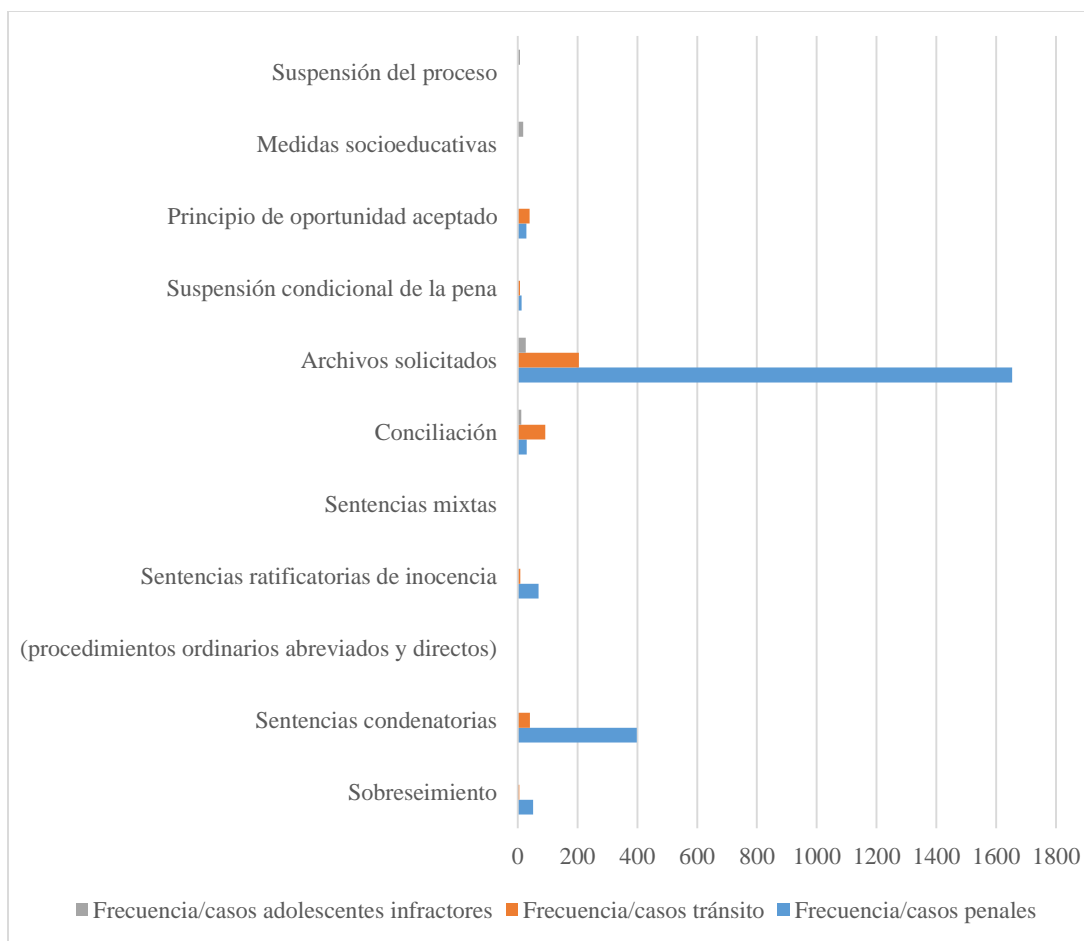


Figura 4. Soluciones NDD por materia: Cotopaxi año 2018. Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019).

En la Tabla 8. Pregunta 4, se observa la dinámica aplicada en la solución penal durante el periodo estudiado. En un primer término, enmarcando la verificación de adopción de métodos alternativos de solución de conflictos, respecto de la figura de la Conciliación, se evidencia que esta representa apenas el 1.33%, para causas penales, 23.05% en causas de tránsito y un 18.18% en temas de adolescentes infractores.

Por otro lado, confrontando la aplicación procesal frente a la determinación de la norma constitucional, se observa, que, al analizar la figura de la suspensión condicional de la pena, esta se aplica en un 0.57 % y 2 % entre las causas penales y de tránsito respectivamente; contrastando

lo dispuesto en el artículo 77 numeral 11 de la aludida CRE, que al respecto indica “[...] La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley” (Constitución de la República del Ecuador).

Así mismo, si el análisis se enmarca en el tratamiento de la víctima y reparación integral, recurriendo a la norma de la materia, el numeral 6 del artículo 622 del COIP determina como requisito de la sentencia “La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral [...]”.

De lo anotado se puede colegir que un 17.72% en casos penales y un 10.27% en casos de tránsito, que recibieron sentencias condenatorias, existió pronunciamiento expreso de reparación para la víctima, al menos en papel; siendo motivo de otro estudio la verificación de la efectivización de la misma.

A este porcentaje podríamos añadir, los casos en los que se adoptó un proceso conciliatorio, en el que también se puede asumir de manera más acertada que existió una víctima reparada. No se considera dentro de este supuesto al principio de oportunidad, por cuanto de la manera en como hoy se encuentra previsto, existe dificultad en el aseguramiento de este derecho para la víctima, pues se deja a salvo tal reclamación en la vía civil. De cualquier modo, la incidencia en la utilización de este mecanismo, hace evidente la insuficiente aplicación del principio de mínima intervención penal en las causas analizadas.

5.- ¿Cuántas conciliaciones se efectuaron durante el año 2018?

Tabla 9. Pregunta 5

Conciliaciones: Cotopaxi año 2018		
Materia	Frecuencia	Porcentaje
Penal	30	22.38
Tránsito	92	68.65
Adolescentes infractores	12	8.9
Total	134	100

Fuente: elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

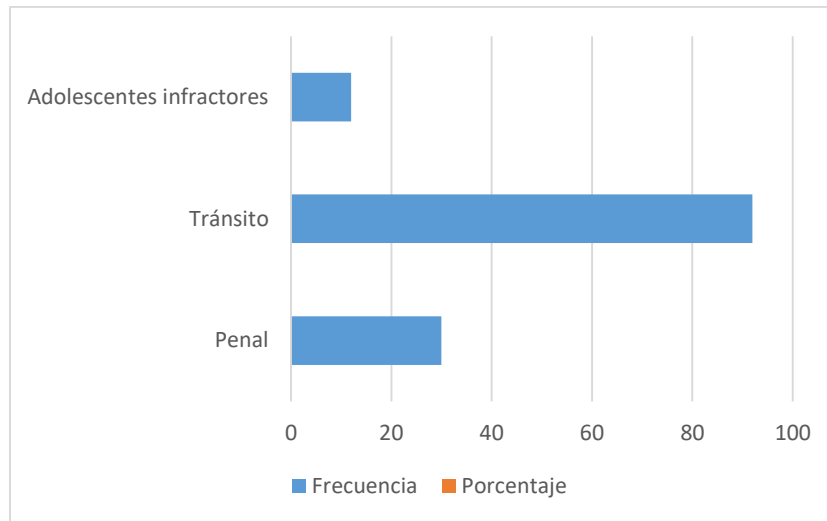


Figura 5. Conciliaciones efectuadas: Cotopaxi año 2018. Elaboración propia a partir de (Fiscalía General del Estado, 2019)

En la Tabla 9. Pregunta 5, se ha desagregado de manera independiente al tema conciliatorio, por cuanto resulta necesario el análisis e interpretación de los datos observados en relación a la normativa vigente. De esta manera se advierte que existe una elevada diferencia entre materias, con una mayor adopción en los casos de tránsito. Es importante señalar al respecto, que la naturaleza de estos delitos es la culpa; resultando factible el acercamiento entre los involucrados.

Es importante señalar en este punto, que, a pesar de los beneficios adquiridos bajo esta figura, desde el año 2014 con la puesta en vigencia el Reglamento para Conciliación en Asuntos de Infracciones de Tránsito, se exigió como requisito, la aceptación de responsabilidad del infractor. Situación que generaba como consecuencia la pérdida de puntos; Sin embargo, según sentencia 9-15-CN/19 y acumulados emitida por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, con fecha 23 de abril de 2019, se declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 7 del referido reglamento que en la parte pertinente indica que:

[...] En consideración de la prevalencia del interés público y general sobre el particular, el acuerdo conciliatorio y su cumplimiento no exime a quien haya reconocido el cometimiento de la infracción de tránsito, la pérdida de puntos en la licencia de conducir; para tal efecto, la jueza o juez emitirá la respectiva resolución, sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 662 del Código Orgánico Integral Penal. La pérdida de puntos en la licencia de conducir se aplicará de acuerdo a la infracción que motivó la apertura de la fase de investigación previa o instrucción fiscal según corresponda (Pleno del Consejo de la Judicatura, 2014).

Al respecto, es preciso indicar que la naturaleza del acuerdo es la voluntariedad, siendo una condición innegable para la adopción de estos mecanismos. Lo que no significa que, para acogerla, se puedan vulnerar derechos reconocidos a nivel constitucional, inherentes al debido proceso.

4.3 Análisis e interpretación de datos cualitativos

Una vez que se ha dado a conocer de manera cuantitativa, datos inherentes a la problemática en estudio, en apego al enfoque propuesto, en la Tabla 10. Matriz de preguntas, se desarrolla un cuestionario estructurado, a través del cual, se pretende entender desde la perspectiva de los operadores de justicia, profesionales, funcionarios y doctrinarios, la dinámica que se genera en torno a la aplicación del Derecho Penal mínimo y la justicia restaurativa.

Tabla 10. Matriz de preguntas

Cuestiones específicas	
Primera pregunta	¿Considera que existe apropiada aplicación del principio de mínima intervención penal en el sistema de justicia ecuatoriano?
Segunda pregunta	¿Considera que las formas tradicionales de solución penal al delito, satisfacen las pretensiones de la víctima?
Tercera pregunta	¿Considera que el sistema penal ofrece una adecuada rehabilitación de las personas sancionadas?
Cuarta pregunta	¿Considera factible, ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación) en el ámbito penal, a todas las etapas del proceso?
Quinta pregunta	¿Considera que los diferentes operadores y usuarios del sistema de justicia reciben suficiente información respecto al tratamiento y aplicación de la justicia restaurativa?

Fuente: elaboración propia

Las preguntas que anteceden han sido aplicadas a un grupo de expertos conocedores del tema en estudio, en el que se ha incluido a E1. Juez de Sala Penal de Corte Provincial, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho Penal y Criminología con 19 años de experiencia profesional; E2. Fiscal Provincial, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho Penal y Criminología, con 22 años de experiencia profesional; E3. Abogado en libre ejercicio profesional y catedrático universitario, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho Procesal, con 24 años de experiencia profesional; E4. Catedrático universitario, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia, Especialista en Derecho Penal, con 20 años de experiencia profesional, E5. Catedrático universitario, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho Penal y Criminología, Magister en Derecho Procesal, con 25 años de experiencia profesional; E6. Abogado en libre ejercicio profesional, Doctor en Jurisprudencia, Magister en Derecho Penal y Criminología, con 20 años de experiencia profesional. E7. Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Derecho Constitucional, Litigante y Asesor; socio fundador de

DIKE Estrategias Legales, con 29 años de experiencia profesional. Las respuestas obtenidas se presentan de manera secuencial, a fin de poder contrastar los criterios obtenidos entre los consultados.

Pregunta 1

¿Considera que existe apropiada aplicación del principio de mínima intervención penal en el sistema de justicia ecuatoriano?

E1. Si bien el artículo 195 del texto constitucional, sienta como principios rectores de las actuaciones de los fiscales, a la oportunidad y a la mínima intervención penal, que al fin de cuentas se resume en el postulado del Derecho Penal de última ratio, que parte de la necesidad de restringir al máximo posible y socialmente tolerable, la intervención de la ley penal (carácter fragmentario), reservándola única y exclusivamente para los casos de violaciones graves a las normas de convivencia social, que no pueden ser contenidas y resueltas por otros medios de control social menos formalizados y rigurosos; por lo señalado, el principio de mínima intervención penal o última ratio, está conformado por el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, lo cual ni el legislador penal como tampoco los fiscales, lo han aplicado debidamente.

E2. La CRE en el artículo 195, establece que la actuación de la Fiscalía debe darse aplicando el principio de mínima intervención penal; es posible que este principio no se aplique en su máxima expresión, esto por cuanto el fiscal no realiza una selección de casos; es decir, investigar y destinar recursos a aquellos en los que pueden devenir en una futura formulación de cargos y acusación fiscal; esta omisión hace que los casos de bagatela sean también investigados sin resultados y con una falta de optimización de recursos.

E3. Considero que no, si bien es cierto en el COIP a partir de agosto del 2014, se establecen varios principios entre ellos, el de mínima intervención penal o última ratio del Derecho Penal,

inclusive la excepcionalidad de las medidas cautelares de carácter personal como la prisión preventiva; en la práctica no se verifican. Al contrario yo creo que se ha penalizado todo tipo de conductas, por mínimas que estas sean y que incluso ni siquiera se les podría catalogar como relevantes; por otra parte por ejemplo, la aplicación del principio de oportunidad es mínimo, al igual que la aplicación de medidas alternativas a la prisión preventiva; consecuencia de esto, hoy en día podemos evidenciar una crisis por hacinamiento en el sistema carcelario, en el que la población en estos últimos años se ha triplicado y realmente uno de los factores es que no se aplica mínima intervención penal, soluciones alternativas o porque simplemente hay un abuso de medidas cautelares privativas de libertad, por lo tanto en el Estado ecuatoriano, no existe aplicación de este principio como tal.

E4. Los jueces por desconocimiento o por miedo no aplican el principio de mínima intervención previsto en los primeros artículos del COIP, porque la tendencia desde el 2014 ha sido la de ir expandiendo el poder punitivo del Estado, hacia conductas cada vez menos relevantes penalmente como algunas relacionadas con la violencia intrafamiliar en donde en vez de encontrar soluciones viables a la integridad de la familia tienden a penalizar expresiones de violencia mínimas a través de un proceso penal que irremediablemente conduce a una condena; la que incluso no puede ser sustituida por otra menos gravosa.

E5. El mentado principio es usado a discreción de la Fiscalía, porque cuando les conviene o no tienen suficientes elementos de convicción para poder acusar hacen uso de dicho principio para solicitar el archivo de una causa. Aquello sale de toda lógica jurídica por cuanto el fiscal no procede en forma objetiva. Cabe manifestar que sobre la base de este principio opera aquel que el Derecho Penal es de última ratio.

E6. En el libre ejercicio he podido constatar que por parte de la Fiscalía General del Estado, institución a la cual la CRE vigente y el COIP, han concedido la titularidad del ejercicio de la acción penal pública, no cumplen con este precepto legal, pues frente a denuncias presentadas por las personas presuntas ofendidas o víctimas, no examinan si los hechos narrados en esas denuncias se encuentran enmarcadas en algún tipo penal, olvidándose que la materia penal, es de ultima ratio, cuando las materias extrapenales no son suficientes para alcanzar la solución de conflictos, permitiendo que las Unidades Especializadas de la Fiscalía General del Estado, tengan un exceso de trabajo y se incumplan con los plazos concedidos para la investigación; es decir en el sistema de justicia ecuatoriano no existe una apropiada aplicación del principio de mínima intervención penal.

E7. Creo que no. Pues el Derecho Penal mínimo asociado al ideal de un sistema penal Garantista (SPG) según la tesis de Ferrajoli, no se refleja en el COIP. Lamentablemente infracciones de orden administrativo se han criminalizado, como si el Derecho Penal (que es extrema ratio de respuesta social) fuese la solución. De este modo, los legisladores quedan en paz con los electores, y estos últimos se sienten “protegidos” al ver que hay más y más conductas que van al catálogo de delitos. Ejemplos sobran. En el artículo 558 COIP constan como “medidas de protección” algunas que propiamente son “medidas de seguridad” que se utilizan para neutralizar a “enemigos” y no a ciudadanos. Se trata al procesado como peligroso, y se adelanta la punibilidad. En los delitos “socioeconómicos” de hidrocarburos, y ambientales, se ve un Derecho Penal de segunda velocidad que prevalece en todos los delitos llamados de peligro. La utilización de penas de hasta 40 años de prisión, más multas, y medidas de seguridad, nos harían pensar incluso en un Derecho Penal de tercera velocidad, según la clasificación de Silva Sánchez. Desde luego el (SPG) no debe entenderse como una bisagra por donde el acusado entre y salga, sino la aplicación de las

garantías jurisdiccionales y procesales básicas como el in dubio pro reo; el non bis in ídem; la presunción de inocencia; el juez imparcial, y el derecho al juicio y a la contradicción de pruebas, entre otras.

Pregunta 2

¿Considera que las formas tradicionales de solución penal al delito, satisfacen las pretensiones de la víctima?

E1. Conforme lo consagra la CRE en el artículo 3.8, que garantiza a todos los habitantes a vivir en una cultura de paz, lo cual se halla ratificado en el artículo 393 de la Carta Fundamental; así mismo el Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 130.11, faculta a los juzgadores, procurar la conciliación entre los sujetos procesales. De manera que, en la Sala Penal en la cual presto mis servicios, aplicamos en todos los casos en los que es transigible la causa, siempre que haya acuerdo y voluntariedad entre las partes, en la cual se aprueba el acuerdo habido entre los sujetos procesales, declarándose la extinción de la acción penal y disponiendo el archivo de la causa. Se entiende que los acuerdos a los que lleguen los justiciables, satisfacen sus pretensiones.

E2. Tanto los mecanismos que en forma general establece la Constitución como los desarrollados en el COIP, pueden satisfacer la pretensión de la víctima en la medida que estas sean flexibles, es decir, bajo el principio de voluntariedad las partes procesales pueden conciliar. Ahí juega un papel importante el rol del abogado en asesorar a su cliente de la conveniencia de la adopción de este tipo de mecanismos para ahorrar tiempo, recursos, e incluso mantener según el tipo de delito, amistad entre las partes procesales.

E3. No, porque el enfoque que está dando el Consejo de la Judicatura es de un estándar de calidad basado en el número de causas resueltas y no la solución de conflicto, entonces cuando exista una adecuada visión por parte de jueces, fiscales de que más allá de obtener sentencias

condenatorias, dictámenes acusatorios, autos de llamamiento a juicio, se mire hacia la resolución misma del conflicto, como criterio epistemológico en el sentido de que el Estado más allá de su facultad punitiva puede también utilizar mecanismos para pacificar, se podrían obtener otros tipos de desenlace. Desde luego existirán delitos en los que no se pueda pacificar, pero aun así reparación integral podría existir, con otro tipo de consecuencias para el procesado. Pero lamentablemente en este tema existen varios factores neurálgicos de la visión misma con la que se maneja el sistema; yo creo, por lo tanto, que se debe visualizar el tema de una mejor manera con una orientación diferente a la que tenemos.

E4. No siempre. La mayoría de las víctimas no están interesadas que el proceso continúe, sino que quieren solución inmediata al problema generado por la infracción penal. Debería extenderse el marco de control exclusivo de la víctima del proceso penal y hacer que dependa de ella la continuidad del mismo. La víctima puede desistir expresamente del proceso y disponer el archivo de la causa en procesos en que los bienes jurídicos no sean severamente afectados. Es la aplicación de principio de mínima intervención penal donde los mecanismos de solución deben ser más flexibles que la conciliación actual.

E5. No lo considero, por cuanto la víctima requiere una solución pronta y oportuna sin dilaciones procesales en cuanto a la reparación integral y material. Es de expresar que las formas tradicionales no son suficientes por ser las mismas ambiguas y de fácil disuasión, no existe una cultura de respeto a una solución pronta del litigio sino de hacerlo engorroso por conveniencia a la defensa. Sería bueno que el litigio quedase en la oficina del abogado patrocinador.

E6. El artículo 78 de la CRE en vigencia, en concordancia con el artículo 1, 11 numeral 2 y 52 del COIP, han regulado las formas de reparación integral a quienes han sido víctimas de alguna infracción penal, sin embargo considero que es letra muerta, que es un mero enunciado,

pues a más de quedar señalado en la sentencia por ser uno de sus requisitos, no hay manera para obligar a quien ha infringido la norma cancele el rubro fijado como reparación integral, por cuya razón considero que el asambleísta debería reformar dichos preceptos constitucionales y legales obligando a quien ha sido condenado por la comisión de un delito, cumpla la pena impuesta, así como con el pago por concepto de reparación integral a la víctima, que si bien es cierto no soluciona el daño causado en la misma, al menos cubriría parcialmente los valores que ha tenido que invertir al verse obligada inclusive a contratar los servicios profesionales de un abogado para hacer valer sus derechos.

E7. No. Es imposible reparar el daño en delitos contra la vida, o en los sexuales. La sentencia en sí como medida de reparación, me parece que sí ayuda, lo que se traduce en el “derecho a la verdad”. Me parece que es una forma de que llegue el ideal al que llamamos justicia. Sin embargo, la justicia no sólo debe ser retributiva (incluso a veces predomina la idea del vencedor), sino restaurativa, que busque la reconciliación, que reivindique la humillación que sufre el inocente, o la víctima. Este tipo de justicia (restaurativa) es difícil sin un compromiso de las víctimas, (que deben estar dispuestas a perdonar); de los procesados, (dispuestos a reconocer su responsabilidad) y sobre todo del Estado que debe crear Comisiones de la Verdad y mecanismos de compensación de esos daños. Lógicamente se debe crear fondos, para tratar de mitigar el daño sufrido. Los delitos no quedan amnistiados en el sentido lato de la palabra (olvidados) sino en la memoria de la sociedad, pero se buscan otros canales de reparación como becas en favor de los hijos de las víctimas; en hacerse cargo de los gastos médicos; programas de capacitación entre otros. Sobre esto hubo ya una experiencia positiva en Sudáfrica, que superaron de éste modo las graves heridas que dejó en la sociedad, el Apartheid.

Pregunta 3

¿Considera que el sistema penal ofrece una adecuada rehabilitación de las personas sancionadas?

E1. Si bien el artículo 201 de la CRE prevé que el Sistema de Rehabilitación Social tiene como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas para reinsertarlas en la sociedad, en la práctica no todos los privados de la libertad reciben una adecuada rehabilitación social, por las condiciones propias del sistema, menos aún reciben una reeducación y peor una reincorporación social.

E2. Creo que no es una cuestión del sistema penal, sino del sistema de rehabilitación que está manejado por el Estado. La crisis penitenciaria es una muestra de la deuda que se tiene en torno a esta problemática, en la que queda mucho por hacer, entre ellas, el establecimiento de políticas públicas a través de las cuales se puedan firmar convenios con la empresa privada, por ejemplo, pensando en estrategias para que las personas privadas de la libertad puedan ser entes productivos, tanto para su propio mantenimiento, como el de sus familias.

E3. Imposible, yo creo que las mismas condiciones en el interior de los centros de privación de libertad, no permiten rehabilitación y resocialización, preparándole a la persona para que pueda afrontar nuevamente su reinscripción en la sociedad. No existen oportunidades de incursión en una labor económica y ahí yo creo que también tienen mucho que ofrecer los gobiernos seccionales, pensar en propuestas similares a lo que existe en otros países, a través de la gestión de usos de suelo, generación de espacios de zonas francas para la construcción de fábricas cerca de los centros de rehabilitación, en los que las personas privadas de libertad puedan trabajar, sean afiliados, entre otros aspectos. Pero en cárceles en las que no existen este tipo de alternativas, se provoca que las personas que salen, lo hagan con resentimiento. En temas de violencia intrafamiliar, por citar un

ejemplo, a pesar de que existen medidas de protección, que ha incrementado el nivel de sanción, los delitos por este tipo siguen creciendo al igual que los femicidios. Es así que, se puede hacer mucho pero no solamente desde el Estado en su nivel central sino con la intervención como se ha manifestado de los gobiernos descentralizados, juntas parroquiales, entre otros, pensando en que más que combatir los efectos del delito, se deben combatir las causas y el desequilibrio que genera.

E4. No hay rehabilitación porque el Estado no ahonda en las condiciones que llevan a delinquir. Este es, no proporciona mecanismos de empleo inmediato antes, durante y después del proceso penal. Durante y después del cumplimiento de la pena, deberían perfeccionarse los mecanismos de inserción social. La creación de plazas obligatorias de empleo en las instituciones del Estado para los privados de libertad y los que han cumplido la pena, debería ser una política pública.

E5. Vemos que la cárcel no es la solución suficiente a lo que el Estado y la sociedad esperan del sistema penal, pues actualmente vemos los problemas del sistema penitenciario, de mafias incrustadas y muertes a cada instante, si ello se da al interior de qué rehabilitación podemos hablar. La persona privada de libertad o PPL, una vez sancionada debe tener mucha cautela para preservar su vida antes que rehabilitarse, no existe una política penitenciaria ni criminal que tienda a la realización como tal. Considero que hablar de rehabilitación es una utopía que quizá algún momento sea realidad.

E6. Lamentablemente el exceso de personas que se hallan recluidas en los diferentes centros de rehabilitación social del país, ha impedido que el sistema penal permita una verdadera rehabilitación de las personas sentenciadas, esto sumado a que los señores jueces de garantías penales, no cumplen con su rol de garantistas de los derechos, pues basta un pedido de los fiscales sin que se cumplan los presupuestos del artículo 534 del COIP, para que se prive de la libertad a

quien está siendo objeto de un injusto penal, olvidándose que el fin de la medida cautelar de carácter personal no es otro que garantizar el principio de inmediación con el proceso y el cumplimiento de una posible pena y que tanto la CRE cuanto la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prisión preventiva, permiten otorgar medidas sustitutivas a la prisión preventiva por ser esta de ultima ratio y que incluso el país ya ha sido condenado por el mal uso que hacen los operadores de justicia con esta medida de carácter extremo.

E7. Para nada. La prisión no rehabilita. Las personas una vez puestas en libertad, quedan marcadas; no consiguen trabajo, y tienen serias dificultades en regresar a una sociedad que los ve como extraños. Además ¿cómo reincorporarse a una sociedad que los expulsó durante 10, 15 o 18 años? El sistema carcelario tiene los mismos vicios que hace diez o veinte años. Los mismos rostros. Aunque algo se ha superado, con la construcción de nuevos centros, pero adentro el problema subsiste (mafias, coacción; reglamentos poco claros para la aplicación de beneficios, y una burocracia distante e indolente).

Pregunta 4

¿Considera factible, ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación en el ámbito penal, a todas las etapas del proceso?

E1. Conforme al artículo 663 del COIP, la conciliación puede presentarse únicamente hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal. Pero siendo este un mecanismo de justicia restaurativa, donde se aplican los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad, considero que, con una reforma legal, puede aplicarse y ampliarse en otro tipo de infracciones y en cualquier etapa procesal a fin de alcanzar la cultura de paz de que habla la CRE. Por otro lado, nuestra legislación

no contempla “La mediación penal”, como método alternativo al proceso judicial, lo cual sería importante incorporarlo.

E2. El Código Penal de 2001, establecía que se podía presentar acuerdos reparatorios hasta antes de la instalación de la audiencia de juicio, y eso daba la posibilidad para las partes, de agotar todos los esfuerzos para conciliar; de tal manera que estoy de acuerdo en que se pueda llegar a la conciliación hasta antes de la audiencia de juicio.

E3. Claro, yo creo que se puede conciliar, pero aquí tenemos una división absurda, que delimita la aplicación de esta figura, cuando incluso en delitos graves se ha podido establecer términos de reparación, pero eso no ha sido considerado ni siquiera como una atenuante trascendental. La Fiscalía por su parte, siempre lleva para sí el membrete de representante de la sociedad, pero cuándo se pregunta, ¿qué quiere la víctima?, porque ella muchas veces no quiere prisión, no quiere pena, no quiere juicio, porque significa gastos, porque es infructuoso, quiere reparación y lo económico es legítimo; y, si se solventa este aspecto por qué no poder beneficiarse el procesado de una rebaja considerable de la pena, esto facilitaría los mecanismos de solución, incentivando a que exista una rehabilitación real, que no se deba esperar una sentencia ejecutoriada para poder reclamar reparación y que inclusive para su cumplimiento, deba exigirse por la vía civil, terminando en un litigio de años, para que en muchos casos no se obtenga absolutamente nada. Esto sumado a que muchas veces los victimarios pasan sus bienes a nombre de otras personas; mientras que, cuando es espontáneo, cuando se quiere cumplir la reparación, considerando que con esto se obtenga además un beneficio, constituyen incentivos de utilización de salidas alternativas, evitando así mismo la sanción con penas privativas de libertad, a fin de no incurrir en temas de hacinamiento carcelario conforme ya se ha mencionado.

E4. Deberían permanecer bajo el control de la víctima en delitos con pena de hasta 10 años sin excepciones, entre ellas el Estado, en todas las etapas, incluso la de juicio.

E5. Muy de acuerdo en los fases y etapas procesales por cuanto lo que se requiere o anhela es que el conflicto concluya lo más pronto posible y absolver la situación jurídica de víctima y procesado y no como es actualmente se espera mucho tiempo para plasmar una determina solución. Digo en todas las etapas procesales por que los dueños del conflicto en cualquier momento pueden convenir y dar fin al litigio. Pues conciliar no quiere decir que el delito quede impune, sino que el procesado sepa el daño causado y se repare a la víctima.

E6. Se debería ampliar los mecanismos alternativos para la solución de conflictos conforme rezan los artículos 190 de la CRE y 662 y siguientes del COIP, de acuerdo con la naturaleza del tipo penal y la pena para el mismo, así como los antecedentes penales de las personas procesadas, ejemplo en los delitos contra la propiedad, tales como la estafa y el robo simple, si se debería aplicar la conciliación, con el propósito de obtener una justicia ágil, oportuna y expedita, lo cual impediría que las cárceles se llenen de personas que cometan delitos menores, no nos olvidemos que en el desaparecido Código Penal, estos tipos penales se hallaban sancionados con pena de hasta 5 años, por lo tanto si permitía hacer uso de estos mecanismos alternativos para la solución de conflictos.

E7. Yo creo que sí. Siempre es positivo el diálogo, y mejor si se da cara a cara entre víctima y victimario, con la presencia de personal especializado que hagan de mediadores. Me parece que podría presentarse incluso en la audiencia de juicio, pero con las excepciones de los delitos acantonados en el último inciso del artículo 663 del COIP.

Pregunta 5

¿Considera que los diferentes operadores y usuarios del sistema de justicia reciben suficiente información respecto al tratamiento y aplicación de la justicia restaurativa?

E1. El Consejo de la Judicatura siendo el órgano de gobierno y administración de la Función Judicial del cual depende la Escuela Judicial, debe socializar a los operadores de justicia, así como a los usuarios e informar en cuanto al tratamiento y aplicación de la justicia restaurativa y sus medios de solución de conflictos.

E2. Es insuficiente la información, ese rol descansa no solamente en los fiscales, quienes, por tener contacto directo con las partes procesales, son en gran medida los llamados a agotar los medios posibles para la solución del conflicto, difundiendo y explicando los aspectos positivos de dar por concluido un proceso a través de los acuerdos que hacen parte de la justicia restaurativa, sino que hace parte de un trabajo conjunto.

E3. No, toda vez que existe desconocimiento respecto a reglas y principios que se deben tomar en cuenta dentro de los procedimientos. Justicia restaurativa lleva a rehacer el tejido social, concientizando sobre la situación de víctimas y victimarios. Sin embargo, el imaginario colectivo ha establecido como patrón que, frente al delito, todo es pena, todo es cárcel y rejas.

E4. Reciben suficiente información de parte de sus abogados y de parte de otros operadores de justicia. El problema es que no constituye un aliciente para el procesado porque existen condicionamientos que se hacen cada vez más extendidos a tal punto que los mecanismos alternativos son apenas una excepción. En los Estados Unidos más del 90% de las causas se solucionan mediante la conciliación o cualquier otro medio alternativo.

E5. Aprecio que no, actualmente se observa que el Consejo de la Judicatura hace público solamente a mecanismos de aplicación de conciliación o mediación. No existe una política de

aplicar este tipo de justicia. Inclusive jueces y operadores de justicia no tienen muy entendido como proceder a establecer la reparación material e inmaterial o bajo qué presupuestos o parámetros hacerlo, los cuales en muchos casos han sido criticados por muy exagerados o muy cuantiosos.

E6. El Consejo de la Judicatura, ha olvidado capacitar a los operadores de justicia respecto de este y otros temas muy importantes como es su obligación, a partir de la vigencia de la actual CRE, a pesar de ello, muchos profesionales, trabajadores judiciales lo han hecho por sus propios medios, de allí que en la actualidad en la mayoría de unidades judiciales del país, si se aplica la justicia restaurativa o reparadora en favor de las víctimas de las infracciones penales, a fin de conseguir una convivencia pacífica y justa, de conformidad con el claro precepto legal contenido en el artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial.

E7. No. Más bien estamos en una cultura que favorece únicamente la justicia retributiva. Es casi regla general, que algunos fiscales, y ofendidos suelen pedir el “máximo de la pena” como si esa fuera la forma de solucionar el problema de la víctima. La gente quiere penas más altas. Quiere que el acusado vaya a la cárcel, mientras más tiempo mejor, pero a la larga no se repara en nada. Más bien en la justicia indígena hay formas de reparación a la víctima (que perdona a los ofensores que, son castigados físicamente, pero luego son acogidos nuevamente en la comunidad) pero no quedan con prontuario, ni con antecedentes. En la justicia indígena, funcionan bien los cabildos, de primer y segundo grado, dependiendo de la falta, que buscan restaurar el equilibrio roto por esta. En nuestro país, han existido algunas respuestas de las Comisiones de la Verdad, en donde sí se ha trabajado sobre verdad y justicia, y se ha llegado a reconocer crímenes y a reparar económicamente a las víctimas, sin embargo, queda mucho por hacer sobre la aplicación de justicia retributiva.

Análisis de la información

Una vez detalladas las repuestas dadas por los entrevistados respecto al tema de estudio, se observa que, en relación a las consideraciones, respecto a la aplicación del principio de mínima intervención penal en el sistema de justicia ecuatoriano, es coincidente la posición de que es insuficiente. Además de ello, establecen factores a considerar dentro de esta problemática, como la penalización de conductas mínimas y expresión de una acelerada expansión del poder punitivo. Así mismo se observa el planteamiento de acciones concretas, destacando, la necesidad de restringir al máximo, la intervención de la ley penal, optimización de recursos en la investigación, tipificación adecuada de conductas y la aplicación de mecanismos alternativos en la solución de conflictos. Razonamientos que resultan coincidentes con las cifras obtenidas en los índices de aplicación de estos recursos en los procesos analizados. Lo que implica que efectivamente los usuarios del sistema, resultan expectantes de los fenómenos que comporta la justicia en Ecuador; y, de acuerdo a criterios técnicos, resulta necesario el replanteamiento de medios de control social menos invasivos y más eficaces.

Por otra parte, en el análisis relacionado con las formas tradicionales de solución penal al delito y la satisfacción de las pretensiones de la víctima, destaca el argumento de que la utilización de instrumentos en los que se priorice el valor de la víctima desde el punto de la reparación, son aquellos que podrían considerarse como adecuados. Se indica además que la norma constitucional respalda la adopción de mecanismos alternativos como la conciliación, regido principalmente por la voluntariedad. Cinco de los entrevistados indican de manera categórica que las formas tradicionales de solución penal al delito, no satisfacen las pretensiones de la víctima, los motivos

son afines, destacando la necesidad de soluciones prontas y eficaces frente a procesos engorrosos que muchas veces surge en el sistema usual.

Así mismo, conforme se ha desarrollado a nivel doctrinario, se indica como punto relevante dentro de la deuda del sistema en cuanto a reparación, la tendencia a evaluar numéricamente los resultados de la administración de justicia, cuya efectividad por tanto se inclina a la obtención de cifras, relegando la tutela efectiva de los derechos de la víctima. Se destaca en este punto el razonamiento respecto al ejercicio de las facultades dadas al Estado, en las que no se concibe solamente la punición, sino también la pacificación.

Concatenando los razonamientos analizados con la doctrina victimológica y restaurativa, surge la prerrogativa de que, una de las formas de reparación, se evidencia a través del conocimiento de la verdad y el perdón. Situación en la que se debe trabajar con víctimas y victimarios a través de los procesos conciliatorios, en los que los roles de los intervinientes se dirijan al reconocimiento del error, el deseo de resarcir, la aceptación, y el compromiso de relegación de conductas lesivas.

Por otra parte, respecto a la cuestión relacionada con el sistema de rehabilitación social, los expertos consultados coinciden en que en la actualidad no existe adecuado tratamiento para las personas privativas de libertad, se hace hincapié en asuntos de reinserción social y laboral, que en conjunto contribuirían a propiciar canales adecuados de rehabilitación. La trascendencia del análisis radica en los motivos, pues se indica que gran parte de la problemática suscitada, responde a la falta de acciones específicas en las causas que llevan a delinquir. Así mismo se emiten criterios concordantes que relacionan reinserción con educación y creación de oportunidades laborales, que permitan obtener recursos para manutención del privado de libertad y su familia; además de contar con un medio de subsistencia cuando sea puesto en libertad.

Dentro de la crisis del sistema de rehabilitación social, se menciona como factores, el uso excesivo de medidas cautelares personales y sanciones privativas de libertad, situación que no ha cumplido incluso con los fines disuasivos para los cuales se han diseñado, en tanto y en cuanto a pesar del incremento de este tipo de mecanismos, no se ha logrado aminorar el delito como tal. Se reflexiona en este punto, respecto a la eficacia del cumplimiento de largas condenas como medio de persuasión; si no es que imposibiliten más bien de manera permanente la reincorporación del sentenciado, a una sociedad que luego de un cúmulo de años le resulte del todo desconocida.

Por otra parte, al consultar respecto a que, si se considera factible, ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, específicamente la conciliación, a todas las etapas del proceso, existe asentimiento. Así mismo se exterioriza el criterio, aunque no de modo consensuado, respecto a que inclusive se podría abarcar otro tipo de delitos, amplificando el ámbito que actualmente viabiliza el COIP. La posición imperante, es que este tipo de posibilidades son factibles, por cuanto estaría en manos de los dueños del conflicto decidir un acuerdo alternativo, siempre que sea voluntario. Existe avenencia respecto a la concesión de la víctima como punto central de reparación, cuya pretensión es la que debería tomarse en cuenta como primordial para considerar la efectividad de un sistema.

Así mismo se advierte que las posibilidades de obtener beneficios en relación a la fijación de la condena cuando existe reparación, puede constituir incentivo para el acogimiento de recursos alternativos en la solución de conflictos. Por otro lado, se indica que estos procesos se deberían llevar a cabo por medio de mediadores, con preparación para llevar adelante procesos de esta envergadura, pese a que en la normativa actual y de acuerdo a lo que se ha investigado, en el ámbito de delitos, únicamente en materia de tránsito se recurre de manera obligatoria a profesionales especializados de los centros de mediación legalmente establecidos.

En cuanto al manejo de conocimientos de nuevos modelos de justicia, a excepción de dos de los entrevistados, aventaja el criterio de que no existe suficiente información respecto al tratamiento y aplicación de justicia restaurativa. Por lo que se hace necesaria la difusión de aspectos inherentes al tema preguntado, direccionando el alcance tanto a operadores como usuarios del sistema. Existe así mismo el criterio de que más que un problema de información, es uno de falta de incentivos. Pues si bien los mecanismos de justicia restaurativa existen y se conocen, no se adoptan porque existen condicionamientos en el modelo actual, que hacen que no se utilicen de forma apropiada. Por otro lado, se indica que, para el acogimiento de este tipo de instrumentos con enfoque restaurativo, se necesita un trabajo conjunto, en el que el órgano de gobierno de la Función Judicial, los operadores y usuarios del sistema, busquen una adecuada implementación de estos en la justicia ordinaria.

Capítulo V

Producto Final

5.1 Conclusiones

1. La aplicación del Derecho Penal mínimo, se encuentra legitimado en el ejercicio adecuado y limitativo del ius puniendi, cuya activación se produce exclusivamente frente a la lesión de bienes jurídicos relevantes, por lo que mecanismos alternativos a la solución punitiva favorecen la implementación de canales de justicia restaurativa en los que se privilegia la reparación de la víctima, de quien se busca asegurar derechos consagrados tanto en el marco constitucional como en el Derecho internacional.

2. Del análisis de los datos presentados se desprende que la utilización de la mínima intervención penal a través de canales de justicia restaurativa como la conciliación, contribuyen con el aseguramiento de reparación de las víctimas y el acceso a una tutela judicial efectiva, sobre las soluciones tradicionales. Por cuanto en estas, si bien se verifican los requisitos de la norma, no se puede garantizar cumplimiento en temas de compensación.

3. En la actualidad existe una tendencia de aplicación de modelos de justicia retributiva, que se manifiesta a través del incremento de tipos penales, adopción asidua de medidas o sanciones privativas de libertad, endurecimiento de penas, entre otros; resultado de una era que, conforme a la doctrina se ha denominado sociedad de riesgo, caracterizada por la búsqueda de un medio de disuasión criminal en el Derecho Penal

4. Se ha identificado que la conciliación, es el mecanismo alternativo de solución de conflictos reconocido en la normativa penal ecuatoriana, cuyo efecto es la extinción de la acción penal. Se encuentra caracterizado por la voluntariedad en el acuerdo, y para adoptarse, debe respaldarse además en el principio de legalidad. Las cifras obtenidas en la investigación de campo, indican que, es una herramienta utilizada con mayor frecuencia en materia de tránsito; y en menor medida en cuestiones penales y de adolescentes infractores; además, bajo las reglas del artículo 665 del COIP, constituye un camino eficaz en temas de reparación.

5. El principio de mínima intervención penal opera como medio de protección frente al ejercicio indiscriminado del poder estatal, restringiendo el campo de acción del Derecho Penal a ámbitos en los que no se le pueda prescindir; esta limitación recupera espacio para los actores del conflicto, víctimas e infractores, quienes pueden encaminar el acuerdo dentro de los parámetros de reparación y rehabilitación.

6. Los enfoques retributivos y restaurativos de la justicia penal operan de diferente manera en el tratamiento del delito. Desde la perspectiva de la retribución, se mira a la sanción como consecuencia innegable de la infracción, necesaria para asegurar sumisión a la norma y además persuadir del cometimiento de nuevas conductas lesivas. En un plano radical aparta al infractor del entorno por no ajustarse a los lineamientos dados por el poder estatal. El panorama restaurativo por su parte, concibe al delito como una ruptura de la armonía social, por lo que, desde esta mirada tripartita, impera como objetivo restablecer el daño causado a la víctima y evitar que se le siga deteriorando con el proceso judicial; en cuanto a los infractores se busca la reinserción en el medio al que pertenece; finalmente se otorga a la comunidad un papel activo en el conflicto por ser el medio que alberga a los partícipes antes descritos.

7. Existen niveles de aplicación de Derecho Penal mínimo que convergen dentro de los modelos de justicia, uno a nivel ejecutivo en el que juegan un rol fundamental los legisladores al momento de la tipificación de conductas punibles; otro a nivel procesal o reactivo en el que los actores del sistema de justicia pueden optar por diferentes caminos de solución punitiva; y uno de respuesta, cuando pese a haberse declarado la existencia de la infracción y responsabilidad de una persona, se adoptan caminos alternativos a la privación de libertad. En contexto estos niveles de acción, se reducen a la aplicación menos lesiva y mejor controlada del poder punitivo sobre determinada persona.

8. El Derecho Penal no constituye instrumento representativo de política criminal, pues esta se conforma por el conjunto de respuestas que da el Estado en la lucha contra el delito, y por lo tanto atiende a aspectos funcionales que le corresponden a la cartera del nivel ejecutivo de gobierno. El Derecho Penal por su parte opera como contenedor del poder punitivo, sin que sea oportuna su utilización exclusiva como medio preventivo, por cuanto puede degenerar en excesos que concluyan en detrimento de los derechos de los individuos sean estos víctimas o infractores.

9. La introducción de la conciliación como herramienta alternativa de solución de conflictos en materia penal, se fundamenta en el reconocimiento constitucional de estos mecanismos, como promotores de una cultura de paz; a partir de la convivencia pacífica de los miembros del conglomerado y como manifestación intrínseca de la mínima intervención penal como principio y garantía. Por otra parte, según mandato constitucional la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, deben estar regulados en la ley; de tal forma que cualquier ampliación de cobertura o procedimiento al respecto, deben determinarse en ese modo, a fin de que no se vulneren derechos de las partes.

10. La adopción de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, comporta una manera eficiente de confrontar los efectos del delito; por lo que al ampliar las etapas en las que puede adoptarse, se contribuye al acceso eficiente a estos recursos; y, eficacia en la respuesta obtenida por parte de los usuarios del sistema. Así mismo, la inclusión de la reparación como atenuante trascendental, reaviva el rol protagónico de la víctima en el proceso penal; y permite la aplicación de penas proporcionales, respaldadas en la contundencia de la rehabilitación desde la restauración, antes que desde la retribución en la sanción.

5.2 Recomendaciones

1. Por parte del Estado a nivel ejecutivo, generación de políticas públicas que atiendan los focos que se han identificado como escenarios que propician el anidamiento de conductas violentas, entre ellas la desigualdad social, el desempleo, el consumo de sustancias, entre otros; a través de acciones concretas como: satisfacción de necesidades insatisfechas, fomento de educación, ciencia, cultura, provisión de servicios básicos, recuperación del espacio público, acciones a tomarse en conjunto con los organismos competentes reconocidos en la norma y el fortalecimiento de la interacción comunitaria.

2. Por parte del Estado a nivel del legislativo, construcción técnica de la norma punitiva, a través de una valoración objetiva, separada de motivaciones personales, mediáticas o presión social, de tal forma que la penalización de conductas sea efectivamente adoptada como último recurso, considerando y agotando todas las posibilidades a las que se pueda recurrir para la solución de conflictos.

2. Por parte del Estado a nivel judicial, utilización asidua de mecanismos alternativos de solución de conflictos, medidas y sanciones alternativas a la privación de libertad, observancia del principio de mínima intervención penal en la investigación y procesamiento de conductas, resoluciones independientes libres de injerencias internas o externas, adecuado tratamiento de los participantes del proceso, evitación de revictimización secundaria.

3. A nivel de la ejecución penal, mejorar el tratamiento del sistema penitenciario, observancia de protocolos internacionales, en los que desde una perspectiva inclusiva prime el respeto de Derechos Humanos en la rehabilitación social y desde la figura restaurativa, el mejoramiento de canales de reencuentro, reconciliación y reintegración del tejido social en armonía con la dignidad humana.

4. Por parte de los gobiernos autónomos descentralizados, en el nivel de competencias dadas por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, control en el uso del espacio público; implementación de políticas inclusivas; fortalecimiento de consejos y juntas cantonales para la protección de derechos; promoción de los consejos de seguridad ciudadana, con participación inclusiva de la comunidad; provisión eficiente de servicios básicos y promoción de actividades deportivas, culturales y recreativas para promocionar la interrelación personal.

5. A nivel de Consejo de la Judicatura, a través de las funciones dadas por la CRE, ejecutar políticas en formación de funcionarios con enfoque restaurativo a nivel de justicia penal ordinaria, siguiendo la línea que desde hace algunos años se inició a nivel de justicia juvenil. Afianzar contenidos de enseñanza que mejoren la aplicación de la justicia con relevancia en temas de reparación, reinserción, humanización de la visión de la víctima e infractor y apertura de canales de diálogo entre los intervinientes del conflicto.

6. Fortalecimiento y publicidad de las competencias de los jueces de paz, para la resolución de conflictos en comunidad a nivel local, con el objeto de que los usuarios del servicio, conozcan la existencia de vías alternativas a la solución punitiva y puedan recurrir a ellas con aseguramiento de encontrar celeridad en los procesos y eficacia en los resultados.

7. Robustecimiento de la presencia de los centros de mediación de la Función Judicial a nivel local, para facilitar el acceso de los usuarios del servicio en la solución pacífica de los conflictos, logrando descongestión, respuesta efectiva y agilidad en los procesos.

8. A nivel procesal, ampliar la posibilidad de adopción y efectos de un proceso conciliatorio, con el objeto de que bajo acuerdo de las partes se eviten soluciones punitivas en los procesos y se privilegie, la reparación de las víctimas.

10. Establecer canales de información respecto al uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de los índices de gestión procesal de cada una de las instituciones del sistema de justicia, con el objeto de procurar una adecuada ejecución, según los lineamientos propuestos.

5.3 Desarrollo del producto

5.3.1 Nombre del Producto.

Anteproyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal.

5.3.2 Objetivo General.

Elaborar un anteproyecto de Ley Orgánica Reformatoria a los artículos 663 y 46 del Código Orgánico Integral Penal.

5.3.3 Objetivos específicos.

1. Mejorar el acceso de víctimas e infractores a métodos alternativos de solución de conflictos para propiciar una salida eficiente al conflicto penal.
2. Facilitar los procesos de reparación en las diferentes fases y etapas del proceso penal para lograr eficiencia en la tutela judicial de derechos.
3. Favorecer la imposición de penas con enfoque restaurativo.
4. Contribuir a la descongestión de procesos en la administración de justicia ecuatoriana.

5.3.4 Justificación.

El incremento de litigios y conflictos sociales, con resultados punitivos que no necesariamente logran eficacia y satisfacción de derechos para los intervinientes en los procesos, torna necesaria la aplicación persistente de canales de justicia restaurativa a través de mecanismos alternativos de solución, como la conciliación. De ahí surge la importancia de mejorar el ámbito de aplicación de la misma en la norma penal y la pertinencia de realizarla bajo el contexto actual.

A nivel constitucional se garantiza la posibilidad de reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa (Constitución de la República del Ecuador), por tanto la presente propuesta es factible de realizar, aplicando los diferentes canales legales que al efecto se han dispuesto. Los planteamientos han surgido del análisis y datos obtenidos en el estudio

efectuado, por tanto, aun cuando al respecto ya han existido voces que de una manera similar han abordado la iniciativa propuesta, los contenidos, fundamentos, contribución y motivaciones son originales.

A través de la reforma planteada, se busca por una parte mejorar el acceso de víctimas e infractores a métodos alternativos de solución de conflictos a través de la ampliación del ámbito de adopción; y, por otra, favorecer la imposición de penas con enfoque restaurativo, a través de la disminución considerable de esta cuando se verifique reparación efectiva. De tal suerte, que se construya un modelo de justicia mejor estructurado, en el aseguramiento de derechos y la solución de conflictos, bajo los parámetros de inclusión.

Por otra parte, al ampliar la esfera de aplicación de la conciliación a través de la aplicación de justicia restaurativa y la aplicación mínima del Derecho Penal, se pretende reservar la sanción penal a ámbitos excepcionales. Constituyendo por tanto una oportunidad para solucionar de manera amistosa el daño infligido materializando reparación de derechos y motivando la reconciliación del infractor con la comunidad; adicionalmente por consecuencia, con el uso adecuado de estas figuras se alcanza descongestión en el sistema judicial.

5.3.5 Antecedentes.

El conflicto como quebrantamiento de la armonía social, puede asociarse a la naturaleza misma del ser humano, desde la formación de sociedades arcaicas y primitivas. De ahí que en el tiempo se ha buscado ofrecer soluciones, desde diferentes enfoques y motivaciones. Dado que, la categoría y espacio en que este se genera ha definido el tratamiento a adoptarse, se ha buscado en un nivel de mayor lesividad, darle respuesta a través del ejercicio del poder punitivo. El Derecho Penal, por su parte, surge como contenedor de un ejercicio ilimitado de este poder.

De esta manera se ha ido desarrollando en el campo punitivo, el tratamiento de estos conflictos, elevados a la categoría de delito. El Estado por su parte, dependiendo del momento y enfoque en que se aplique la facultad coercitiva, ha absorbido en términos prominentes el derecho a punir, conflictuando para los intervinientes, la solución pacífica de la controversia. De ahí que:

Las formas alternativas corresponden a mecanismos no formales y solidarios que brindan un elemento fundamental en la humanización del conflicto, con la presencia de una tercera persona que actúa como facilitadora especialista en resolución o prevención del conflicto. [...] Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios propositivos y proactivos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados (Fuquen, 2003: 274).

De lo mencionado, se desprende el carácter integrador de estos instrumentos, en los que lejos de coartar la capacidad de decisión de víctimas e infractores, se procura brindarles campo abierto para que busquen soluciones participativas, que concluyan la pugna y reparen los derechos lesionados, evitando el aislamiento del que hubiere transgredido la norma. Por su parte la conciliación como mecanismo incorporado a la solución de conflictos penales, es considerada como:

[...] un acuerdo entre víctima y victimario, sobre la base de un entendimiento común, que genera un beneficio a las dos partes, pero que nace del principio de legalidad, es decir, que las reglas que rigen a esta figura jurídica deben constar en un cuerpo legal vigente, donde se especifique los derechos, garantías y principios del debido proceso, los tipos penales en los que resulta procedente, los requisitos de forma y fondo, así como el procedimiento legal y los efectos jurídicos que produce después de alcanzado el acuerdo. La conciliación procede en delitos menores sancionados hasta con cinco años de pena privativa de la libertad, con poca afectación a la víctima y al interés social o público (Benavides, 2017: 352-353).

De lo anotado se precisa que, en el campo normativo penal, la aplicación de este mecanismo en cuanto a etapas en las que procede, delitos en los cuales tiene alcance y los efectos que genera, deben estar previamente previstos en la ley, por cuanto por constituir Derecho Público solamente se podría operar respecto de lo que la norma permite.

En este punto resulta importante, señalar que la figura de la mediación en Ecuador, surge para el ámbito civil en la década de los sesenta, con la llamada Ley de Arbitraje Comercial, cuya aplicación se encontraba ligada a la solución de conflictos entre comerciantes; posteriormente en el año de 1997 surge de una manera consolidada una estructura normativa denominada Ley de Arbitraje y Mediación (Galindo, 2001: 123). En el año 2014, es en el COIP que por primera vez se incluye de manera expresa, desarrollada a partir de los contenidos constitucionales previos incorporados en la Constitución de 2008 y con una estructura independiente, los principios básicos de lo que constituiría para la materia, los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En este contexto, un punto significativo a mencionar son los efectos que se logran a partir de la aplicación de estos mecanismos, pues, de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 2,4 y 5 del artículo 665 del COIP, si es adoptado en la fase de investigación conlleva al archivo de la misma, mientras que si se solicita en etapa de instrucción fiscal comporta la extinción del ejercicio de la acción penal, determinada como “[...] un conjunto de circunstancias diferentes de carácter político, legal, natural o privado, que son ajenas al hecho punible, pero que extinguen su posibilidad de persecución (acción penal) o de sanción efectiva” (ejecución de la pena)” (Saldarriaga, 2000: 905).

Es decir que una vez que se cumpla el acuerdo y se declare la extinción de la acción por parte del Juez, perece el derecho de acción, propio de la persecución penal. Consecuentemente

debe cerciorarse de manera previa, la verificación del convenio, con el fin de que no se tenga duda respecto de la reparación efectiva de la víctima, bajo el parámetro de la voluntariedad.

Por otra parte, y conforme se ha dado a conocer en acotaciones de Derecho comparado, existen países de la región en los que la conciliación a más de ser mecanismo con efectos de extinción de la acción, se considera como circunstancia modificatoria de responsabilidad, mismas que son entendidas como “ [...] aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto” (Rodríguez, 2011: 407). Para complementar dentro de la concepción doctrinal se añade que estas circunstancias pueden ser pre o post delictuales, constituyendo estas últimas “[...] la reparación espontánea del daño, el arrepentimiento y la confesión sincera” (Villa, 2014: 568).

De manera que, conforme lo que se ha referido en relación a que el proceso penal y los fines del sistema deben estar enfocados a la reparación de los derechos de la víctima, sin expropiarlos, ni menguarlos de ninguna forma, cuando se pueda verificar que el procesado ha procurado resarcir los efectos del delito, esta conducta posterior que en la actualidad se encuentra considerada como atenuante en el numeral cuarto del artículo 45 del COIP, bien podría aplicarse como atenuante trascendental, con los efectos de una rebaja significativa de la condena. Situación que llevaría incluso a incentivar la utilización de estos mecanismos que, en varios aspectos ofrecen mejores resultados que las soluciones tradicionales.

5.3.6 Presentación del producto.

El Anteproyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, se presenta como una propuesta que procura incentivar la utilización de mecanismos alternativos de conflictos desde una manera inclusiva, en la que se propenda como uno de los fines esenciales del

proceso, la reparación efectiva de los derechos de las víctimas y la adecuada inclusión de los infractores bajo los postulados de justicia restaurativa.

Es así que se pretende la reforma de los articulados en mención, con el objeto de permitir que la adopción de la conciliación se pueda aplicar inclusive después del cierre de la instrucción fiscal. Se estima conveniente remediar la limitante contenida en la redacción actual, a fin de que pueda aplicarse de forma efectiva, por parte de los operadores de justicia.

Así mismo a través del reconocimiento de la reparación, como atenuante trascendental, se busca recuperar el espacio de la víctima como actora significativa del conflicto. Se esperan cambios profundos de paradigmas excluyentes respecto de los infractores, para quienes se guarda expectativa que a través de procesos de reconciliación puedan rehacer relaciones y tejidos sociales, los cuales resultan relegados en la adopción de penas privativas de libertad por periodos prolongados. Con estos antecedentes, se ha desarrollado el presente:

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO
INTEGRAL PENAL
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La tendencia globalizada al afianzamiento del control social a través de mecanismos punitivos, ha generado para la víctima confiscación del derecho a ser resarcida por los efectos del delito. En la misma línea, han surgido, serias implicaciones desde la óptica de los infractores, para quienes la exclusión del medio social ha sido la respuesta generalizada.

Frente a estos usos de concentración de la facultad punitiva y la sobreutilización del Derecho Penal, surgen los mecanismos alternativos de solución de conflictos como una manera de

devolver protagonismo a las partes intervinientes y en un sentido más amplio involucrar a la comunidad como gestora de estos actos reparativos.

A pesar de que la figura de la conciliación se encuentra reglada en el COIP en vigencia desde el año 2014, la determinación de que únicamente pueda adoptarse hasta antes del cierre de la instrucción fiscal; bajo la línea del principio de legalidad, obstaculiza a que se puedan celebrar esta clase de acuerdos en otras etapas del proceso, lo que puede evidenciarse con los datos de aplicación de este instrumento en el universo de causas penales ingresadas a conocimiento del sistema de justicia. Situación a la que se suma la raigambre que aun denotan los sistemas vetustos de tratamiento delictual.

Por otra parte, es de conocimiento público la crisis del sistema penitenciario, producto de diferentes factores que desde varias aristas se deben atender; una de ellas la sobrepoblación carcelaria, que degenera en desgaste, económico para el Estado, y personal para los privados de libertad.

Así mismo, se ha observado que los modelos tradicionales, excluyentes por naturaleza, solamente logran disuadir al infractor por periodos de tiempo, mientras dure la condena, pero no se encarga de resolver el conflicto y tanto más lograr rehabilitación y reinserción. De ahí que los canales de justicia restaurativa pretenden menguar en la medida de lo posible los enfoques retributivos del modelo punitivo y edificar las bases de otro mejor estructurado en el que se procure junto con las plataformas propias del Derecho Penal mínimo, evitar el abandono de los sujetos activos y pasivos de la infracción a cuenta de robustecer el poder estatal.

La posición internacional al respecto, facilita la apertura de los canales planteados, constituyendo un compromiso nacional, la implementación de herramientas que permitan la puesta

en marcha de acciones encaminadas a la participación activa en respuesta al delito, con fundamento en el respeto a los Derechos Humanos y la dignidad humana.

En el anteproyecto de ley se busca, por tanto, fortalecer la conciliación como mecanismo alternativo a la solución penal, en la que las partes adopten una posición activa en la búsqueda de acuerdos a través de procesos informados en los que prime la voluntariedad y la inclusión; así mismo en los casos en que esta herramienta no pueda aplicarse, se considere la reparación de la víctima como un importe significativo pos delictual que aminore de manera significativa la pena a imponerse.

Considerando:

Que el numeral 8 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador, señala como uno de los deberes primordiales del Estado, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción;

Que el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce como procedimientos alternativos para la solución de conflictos, al arbitraje y la mediación, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir;

Que el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador declara al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia, debiendo, por lo tanto, hacer efectivas las garantías del debido proceso y velar por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia;

Que el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone la adopción de mecanismos para una adecuada reparación integral de las víctimas por infracciones penales, entre los que se incluya, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado;

Que el artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce dentro de los derechos de protección, la aplicación de sanciones alternativas, de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada,

Que el inciso segundo de artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, indica que el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de servicio público;

Que el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que, la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas, constituyendo el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales;

Que el balance entre garantías y eficiencia de la justicia, desarrollado en la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal, refiere la necesidad de limitar la actuación del aparato punitivo del Estado y que, por lo tanto, la o el juez es garante de los derechos de las partes en todas las etapas del proceso;

Que los principios básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, acogidos por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, recomienda adoptar y estandarizar medidas de justicia restaurativa en el contexto de los diferentes sistemas legales de los Estados miembro;

Que el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades; en tal virtud,

En ejercicio de las atribuciones previstas en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República y el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expide el siguiente:

(ANTEPROYECTO)

LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Artículo. 1.- Sustitúyase el artículo 663 por el siguiente:

“Artículo 663.- Conciliación. La conciliación podrá presentarse hasta antes de la audiencia de juicio, en los siguientes casos:

1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte.
3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.

Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar”.

Artículo. 2.- Sustitúyase el artículo 46, por el siguiente:

“Artículo 46.- Atenuante trascendental. - Constituyen atenuantes trascendentales de la infracción penal:

1. Suministrar datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación.
2. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.

En estas circunstancias se impondrá a la persona procesada un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción”.

Artículo. 3.- Suprímase el numeral 4 del artículo 45.

Disposición Final

La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

En la Tabla 11. Anteproyecto de ley reformativa al artículo 663 del COIP, se sintetiza en un cuadro comparativo, el producto final elaborado dentro del presente trabajo de investigación. De izquierda a derecha se puede observar la normativa vigente, confrontada con el texto de los articulados, contruidos a partir de la reforma propuesta.

Tabla 11. Anteproyecto de ley reformativa a los artículos 663 y 46 del Código Orgánico Integral

Normativa actual	Anteproyecto de reforma
<p>Artículo 663.- Conciliación. - La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años. 2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte. 3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. <p>Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.</p>	<p>Artículo 663.- Conciliación. - La conciliación podrá presentarse hasta antes de la audiencia de juicio, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años. 2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte. 3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. <p>Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.</p>
<p>Artículo 46.- Atenuante trascendental. - A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.</p>	<p>Artículo 46.- Atenuante trascendental. - Constituyen atenuantes trascendentales de la infracción penal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Suministrar datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación. 2. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima. <p>En estas circunstancias se impondrá a la persona procesada un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción</p>

Fuente: elaboración propia a partir de Código Orgánico Integral Penal

5.4 Bibliografía

- Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París.
- Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. San José de Costa Rica.
- Aguirre, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos, (14). *Foro Revista de Derecho*, 5-43.
- Albán, E. (2015). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A.
- Asamblea General del Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. (2017). *Ley 19.436*. Montevideo: Registro Nacional de Leyes y Decretos.
- Asamblea Nacional. (2017). *Presupuesto General del Estado para el 2018*. Quito: Registro Oficial.
- Ávila, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala.
- Ávila, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ávila, R. (2013). *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: Ediciones Legales.
- Ayala, E. (2008). *Manual de historia del Ecuador II. Época republicana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador-Corporación Editora Nacional.
- Barallat, J. (2013). La mediación en el ámbito penal. *Revista jurídica de Castilla y León*, 29, 1-17.
- Baratta, A. (2014). *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Basombrío, C., & Dammert, L. (2013). *Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes*. Washington, DC: Woodrow Wilson Center update on the Americas.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Carlos III University of Madrid.
- Benavides, M. (2017). *La aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal en la administración de justicia penal en Ecuador*. Salamanca: Universidad D Salamanca.
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, (8), 31-66.
- Caso Apatz Barbera y otros (Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de 08 de 2008).
- Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de 11 de 1998).
- Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de 02 de 2002).
- Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de 07 de 1988).
- Castillo, B. (2014). Poder y política en la era absolutista medieval del renacimiento. *Revista Científica de FAREM-Estelí*, (10), 36-48.
- Chioda, L. (2016). *Fin a la violencia en América Latina: una mirada a la prevención desde la infancia a la edad adulta. Sinopsis*. Washington, DC: Banco Mundial.
- Código Orgánico Integral Penal. (2015). Quito: Gráficas Ayerve C. A.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Código de Procedimiento Penal*. Bogotá: Diario Oficial.

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: Registro Oficial No. 449.
- Corcoy, M. (2012). Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales. *Revista de Derechos Fundamentales*, (8), 45-76.
- Corte Penal Internacional. (1998). *Estatuto de Roma*. Roma.
- Cueva, L. (2016). *Tratado de Derecho Penal*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- De Asís, R. (2010). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Librería-Editorial Dykinson.
- Del Canto, E., & Silva, A. (2013). Metodología cuantitativa: abordaje desde la complementariedad en Ciencias Sociales. *Revista de Ciencias Sociales*, (141), 25-34.
- Díaz, A. (2010). La experiencia de la mediación penal en Chile. *Política criminal*, 5(9), 1-67.
- Díaz, L., Torruco, U., Martínez, U., & Varela, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en educación médica*, 2(7), 162-167.
- Diez, J. (1997). El bien jurídico protegido en el Derecho Penal garantista. *Jueces para la democracia*, (30), 10-19.
- Díez, L. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
- Domingo, V. (2012). Herramientas para la aplicación de la justicia restaurativa: cómo introducir otras prácticas restaurativas además de la mediación penal en España. *Criminología y Justicia*, (4), 105-114.
- Donna, E. (1995). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires: Astrea.
- Durán, M. (2011). Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos: conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho Penal actual. *Revista de filosofía*, 67, 123-144.
- El Sabio, A. (2019). *Las Siete Partidas*. Barcelona: Red Ediciones.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fiscalía General del Estado. (05 de 04 de 2019). Obtenido de Fiscalía General del Estado: <https://www.fiscalia.gob.ec/transparencia/>
- Fiscalía General del Estado. (12 de 03 de 2019). Obtenido de Fiscalía General del Estado: <file:///C:/Users/Core%20i3/Downloads/rendicion-de-cuentas-2018-cotopaxi.pdf>
- Foucault, M. (1980). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Fuquen, M. (2003). Los conflictos y las formas alternativas de resolución. *Tabula Rasa*, (1), 265-278.
- Galindo, A. (2001). Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 2(4), 123-128.
- García, B. (2017). La ley romana del talió y su base correlativa: antigüedad e innovación. *Emerita*, 85(2), 223-239.
- García, L., & Vázquez, E. (2012). La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, (50), 71-98.
- Gargarella, R., & Courtis, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal.
- Goite, M., Medina, A., Fernández, R., Huertas, O., & Ruiz, A. (2016). Globalización, Derecho Penal Mínimo y Privación de Libertad. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 109-126. doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1973>
- Günter, J., & Cancio, M. (2006). *Derecho Penal del enemigo*. Navarra: Aranzadi.
- Heater, D. (2007). *Ciudadanía una breve historia*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Hefendehl, R. (2007). *La teoría del bien jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2010). *Metodología de la investigación*. México: Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, S.A. de C.V.
- Hobbes, T. (2017). *El Estado*. México: Fondo de cultura económica.
- Husak, D. (2013). *Sobrecriminalización*. Madrid: Marcial Pons.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (21 de 05 de 2019). Obtenido de INEC: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/wp-content/descargas/Manu-lateral/Resultados-provinciales/cotopaxi.pdf>
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (21 de 05 de 2019). Obtenido de INEC: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/encuesta-de-victimizacion-y-percepcion-de-inseguridad-2011/>
- Jaitman, L., Soares, R., Olavarría, M., & Guerrero, R. (2015). *Los costos del crimen y la violencia en el bienestar en América Latina y el Caribe*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Jiménez, M. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (08), 1-25.
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el Derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y ensayos*, 86, 187-211.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador.
- Levene, R. (2014). Minimalismo y Abolicionismo del Derecho Penal: Una amenaza a la seguridad de todos. *Aequitas*, 7(7), 83-94.
- Londoño, L. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43(128), 761-814.
- Marccello, F. (2016). *Paradigmas y caracteres del Derecho Penal tributario*. Uruguay: Instituto de Derecho Penal.
- Marchiori, H. (2013). *Criminología*. México: Porrúa.
- Márquez, A. (2011). La victimología como estudio redescubrimiento de la víctima para el proceso penal. *Prolegómenos*, 14(27), 27-42.
- Martínez, A. (2015). Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 15(60), 39-62.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (17 de 03 de 2019). Obtenido de <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>
- Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos. (16 de septiembre de 2018). Obtenido de <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>
- Ministerio de relaciones exteriores y movilidad humana. (09 de 02 de 2019). Obtenido de <https://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/>
- Moliné, J. (2009). Medios alternativos de solución de conflictos y Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (11), 111-130.
- Muñoz, F. (2007). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, J., & López, J. (2016). Valoración psicológica del riesgo de violencia: alcance y limitaciones para su uso en el contexto forense. *Anuario de Psicología Jurídica*, 26(1), 130-140.
- Organización de Naciones Unidas. (1986). *Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. Nueva York: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales Internacionales.

- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José.
- Organización Mundial de la Salud. (2016). *Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia 2014*. Washington: World Health Organization.
- Pacheco, J. (1870). *El código penal concordado y comentado (Vol. 1)*. Madrid: Imprenta de Manuel Tello.
- Pacheco, M. (2015). *Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador*. Quito: El Forum.
- Palacios, G. (2017). Vacatio Legis: epístola para el buen legislador. *Letras Jurídicas*, 3(3), 1-21.
- Pleno del Consejo de la Judicatura. (2014). *Reglamento para conciliación en asuntos de infracciones de tránsito*. Quito: Registro Oficial Suplemento 399.
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. (24 de 04 de 2019). Obtenido de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/conciliacion/005.pdf
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. (24 de 04 de 2019). Obtenido de http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/conciliacion/001.pdf
- Quintero, G., González, A., & Fallada, J. (2015). La construcción del bien jurídico a partir de la Constitución. En G. Quintero, *Derecho Penal constitucional* (pp. 83-132). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quisbert, E. (2012). *La Constitución Política del Estado*. La Paz: Apuntes Jurídicos.
- Ramírez, J. (2010). *Thomas Hobbes y el Estado absoluto: del Estado de razón al Estado de terror*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rangel, X., & De León, L. (2018). Análisis de las directrices para la construcción de tipos penales en México. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, (4), 136-154.
- Rawls, J. (2003). Justicia como equidad. *Revista española de control externo*, 5(13), 129-158.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, L. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (36), 397-428.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 1-27.
- Saldarriaga, V. (2000). Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. *Derecho PUCP*, 53, 905-947.
- Salgado, A. (2007). Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos. *Liberabit* 13(13), 71-78.
- Salomón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos.
- Sampedro, J. (2010). La justicia restaurativa: una nueva vía, desde las víctimas, en la solución al conflicto penal. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17), 87-123.
- Sánchez, D., & Robles, M. (2013). El modelo "Big Five" de personalidad y conducta delictiva. *International journal of psychological research*, 6(1), 102-109.
- Santacruz, R., & Santacruz, D. (2018). El nuevo rol de la víctima en el sistema penal acusatorio en México. *Revista de Derecho*, (17), 85-112.
- Saraví, G. (2004). Segregación urbana y espacio público: los jóvenes en enclaves de pobreza estructural. *Revista de la CEPAL*, 83, 33-48.

- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. (20 de 05 de 2019). Obtenido de Sistema nacional de información:
<http://indestadistica.sni.gob.ec/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=SNI.qvw&host=QVS@kukuri&anonymous=truehttp://indestadistica.sni.gob.ec/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=SNI.qvw&host=QVS@kukuri&anonymous=true&bookmark=Document/BM27>
- Silva, J. (2012). Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. *Estudios penales y criminológicos*, 331-360.
- Unidad de Información Pública y Servicios Web de la CEPAL. (23 de 05 de 2019). Obtenido de Comisión Económica para América Latina y el Caribe:
<https://www.cepal.org/es/comunicados/violencia-desigualdad-limitan-la-democracia-son-causa-pobreza-subdesarrollo>
- Valdivieso, S. (2014). *Procedimiento Penal-Litigación Penal en el Ecuador*. Cuenca: Carpol.
- Villa, J. (2013). Consecuencias Psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición. *El Ágora USB*, 13(2), 307-338.
- Villa, J. (2014). *Derecho Penal parte general*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Villadiego, A. (2013). Breviario histórico del derecho penitenciario y carcelario. *Revista LEGEM*, 1(1), 109-119.
- Villarreal, K. (2013). La víctima, el victimario y la justicia restaurativa. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, 7(1), 43-57.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal (parte general)*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zaffaroni, E. (2013). *La cuestión criminal*. Bogotá: Ibañez.
- Zalamea, D. A. (2014). *Del derecho penal mínimo al derecho penal estratégico una propuesta político criminal desde el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

5.5 Anexos

Tabla 12. Matriz entrevistas

Expertos Consultados	
Número/ Entrevista	Datos de identificación
E1	Doctor Iván Garzón Villacrés
E2	Doctor José Rubén Guevara Fuentes
E3	Doctor Poveda Moreno Carlos Hernán
E4	Doctor Mauricio Enrique Pacheco
E5	Doctor Bazantes Escobar Washington Javier
E6	Doctor Arturo Aquieta Toapanta
E7	Doctor Miguel Enrique Correa Alvarado

Fuente: elaboración propia

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

ENTREVISTA PARA LA OBTENCIÓN DE CRITERIOS RESPECTO A LA TEMÁTICA: DERECHO PENAL MÍNIMO Y JUSTICIA RESTAURATIVA

Objetivo:

El propósito de esta entrevista es obtener criterios de expertos respecto a la temática arriba descrita.

Investigación que se está desarrollando como parte de un proyecto de desarrollo de maestría.

Se solicita se permita hacer constar sus respuestas en el trabajo de investigación con el objeto de que sus aportes contribuyan a enriquecer los contenidos analizados.

Una vez que usted haya revisado el resumen de la temática planteada, se servirá contestar cada una de las preguntas que a continuación se señalan:

Datos personales del entrevistado:

Fecha:

Nombre y apellidos:

Profesión:

Función que desempeña:

Años de experiencia profesional:

4.- ¿Considera factible, ampliar el ámbito de aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (conciliación) en el ámbito penal, a todas las etapas del proceso?

5.- ¿Considera que los diferentes operadores y usuarios del sistema de justicia reciben suficiente información respecto al tratamiento y aplicación de la justicia restaurativa?

