

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Procesal

## **La Conciliación en el Código Orgánico Integral Penal**

María Ximena Vintimilla Moscoso

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2020





## **Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis**

Yo, María Ximena Vintimilla Moscoso, autora de la tesis intitulada “La Conciliación en el Código Orgánico Integral Penal” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 6 de enero de 2020

Firma: \_\_\_\_\_

María Ximena Vintimilla Moscoso

CC: 0102793031



## Resumen

Este trabajo de investigación analiza la posibilidad de desarrollar en Ecuador los métodos de solución de conflictos en el área penal, a través de la justicia restaurativa, de manera especial con la conciliación penal según el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP).

Para ello, se analizan las disposiciones constitucionales y jurídicas existentes y se procede a revisar, principalmente, la Conciliación Penal, además de las posibilidades y limitaciones del COIP para que, de acuerdo con la ley, puedan desarrollarse nuevas propuestas que buscan proteger la dignidad de las víctimas e introducir prácticas sociales innovadoras que reparen el daño causado apoyándose más en la reparación de dicho daño que en la punición y que permitan la reconciliación y la participación de la comunidad.

La base teórica se sustenta en las propuestas de varios expertos en el tema que aportan con material actualizado y relacionado desde las perspectivas del pensamiento crítico, lo cual conduce de manera sistemática al análisis de las causas que dificultan una eficaz y humanista administración de justicia. A este material se suma la experiencia profesional y administrativa de la autora en cuanto al manejo de soluciones autocompositivas, así como en la administración de justicia tradicional, siendo el análisis de los casos propuestos el material que ha permitido probar positivamente la hipótesis de la investigación.

Lo que da como resultado que el producto final cumpla con los fines profesionalizantes que tienen las maestrías. Precisamente, ha sido la experticia de la autora en los métodos de solución de conflictos la que nos permite aportar con este trabajo académico.

**Palabras claves.** Constitución de la República del Ecuador, Justicia Restaurativa, Conciliación, Conciliación Penal, Derecho Penal, métodos alternativos de solución de conflictos, métodos autocompositivos, Código Orgánico Integral Penal (COIP).



A Oswaldo, Carmen Lucía y María Laura





## **Agradecimiento**

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.



## Tabla de Contenidos

Introducción.....	13
Capítulo uno .....	17
Antecedentes.....	17
1. Análisis del artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal .....	22
2. ¿Podría la conciliación contribuir a cumplir los fines de la pena? .....	23
3. Análisis del rol de los sujetos procesales .....	23
4. La persona procesada .....	23
5. La víctima.....	27
5.1. La Justicia Restaurativa, frente al “deber ser” y el “ser” en el derecho penal.....	28
5.2. Justicia restaurativa en delitos relacionados con drogas .....	31
6. La Fiscalía .....	38
7. La defensa.....	38
Capítulo dos.....	41
1. ¿Es posible conciliar en materia penal? .....	41
2. Los límites de la conciliación en materia penal.....	57
3. La prevención general .....	62
Capítulo tres.....	65
Análisis de casos.....	65
3.1. El marco teórico de la justicia restaurativa en la práctica penal .....	65
3.2. Tres casos .....	66
3.2.1.....	67
Caso 1.....	67
Juicio penal n.º 837-VR-2011. Procesado: Carlos Andrade Faini. Ofendido: Claudio Albornoz Vintimilla. (Ver Anexo 1).....	67
3.2.2.....	69
Caso 2.....	69
Juicio penal n.º 840-2011, que por Injurias siguió Rafael Correa Delgado en contra de Emilio Palacio Urrutia. (Ver anexo 2) .....	69
3.2.3.- .....	71
Caso 3.....	71
Proyecto de acta de conciliación entre Pedro Páez y CONECEL (ver Anexo 3).....	71
Conclusiones.....	73

La Conciliación penal frente al “deber ser” y al “ser” del Derecho Penal.....	73
Bibliografía.....	79
Anexos.....	83
Anexo 1. ....	83
Anexo 2. ....	87
Anexo 3. ....	87
Anexo 4. ....	91

## Introducción

*En cada crimen hay una parte lesionada y hay dos enlaces dañados: el de la persona responsable del crimen con su víctima y el del perpetrador con la sociedad. [...] El mal no justifica la imposición de otro mal como respuesta. Se trata de llevar justicia a la víctima, no de ejecutar al agresor. [...] Nuestras sociedades están llamadas a avanzar hacia un modelo de justicia basado en el diálogo, en el encuentro, de modo que siempre que sea posible, los lazos dañados por el crimen puedan ser restaurados y reparados. No creo que sea una utopía, pero ciertamente es un gran desafío. Un desafío que todos debemos enfrentar si queremos enfrentar los problemas de nuestra convivencia civil de manera racional, pacífica y democrática.<sup>1</sup>*

Cuando se buscan caminos nuevos es porque los existentes no son satisfactorios entonces es imperioso encontrar mejores alternativas.

Esto sucede con la administración de justicia en Ecuador, en cuya área penal los caminos tienen problemas graves que llevan a pensar que la Justicia Restaurativa y la Conciliación penal, ofrecen la posibilidad de aplicarlas e incorporarlas en el ejercicio de la justicia.

Esta tesis apoya su argumentación en las enseñanzas académicas y en la experiencia profesional que, en mi trabajo como abogada, mediadora, directora de centros de mediación, fiscal, jueza y presidenta de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), me ha permitido constatar la necesidad de buscar salidas a situaciones en las que la aplicación de la normativa no es sinónimo de solución justa.

Sin embargo, la Justicia Restaurativa no es una propuesta nueva, considero que en el Ecuador está aún por desarrollarse. No obstante, este impulso debe partir del conocimiento minucioso y académico del derecho penal vigente y de las experiencias prácticas que, como profesionales hemos vivido y desde donde, animados por el pensamiento crítico contemporáneo podemos proponer.

---

<sup>1</sup> Fragmentos del “Discurso del papa Francisco a los participantes en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal”. Sala Regia del Vaticano, viernes, 15 de noviembre de 2019.

Años de vinculación jurídica con todo tipo de casos penales me permiten expresar que el ejercicio del derecho y la administración de justicia, en los hechos, y no en pocas ocasiones bordea lo lacerante e inhumano, tanto para las víctimas como para los victimarios que llegan a ser procesados y condenados, con lo cual, los fines de la justicia y de su administración, frustran y conculcan la confianza ciudadana en la Justicia.

El trabajo, parte de la hipótesis que sí es posible aplicar y desarrollar la Justicia Restaurativa y la Conciliación penal, para abrir caminos que alivien el sufrimiento de aquellas personas directamente implicadas en situaciones de violencia y delictivas para que, en la medida de lo posible y dentro de los marcos que la Constitución y las leyes lo permitan, puedan, ellas mismas, manejar sus conflictos directamente y quizás llegar a acuerdos y reparaciones más efectivos y civilizados, por otro lado, este trabajo es un aporte para nuevos trabajos, sobre todo por el análisis de casos sobre el tema analizado.

La perspectiva teórico-metodológica del presente trabajo no es otra que la abierta por el pensamiento crítico desarrollado por las ciencias sociales, con lo cual espero superar los enfoques positivistas y autorreferenciales e ir a las causas de los problemas que se pretenden abordar con la propuesta. De esta forma, las fuentes usadas para sustentar el trabajo general incluyen no solo la normativa vigente, sino las que se inscriben en las corrientes analíticas que cuestionan las legislaciones sesgadas por los intereses neoliberales. A esto, y como queda anotado, se suma a la experiencia de un ejercicio crítico y honesto en la especialidad.

Consciente de las limitaciones y de los alcances del trabajo considero que, al igual que otras propuestas, esta choca con la costumbre y los intereses de un ejercicio profesional eurocentrista en sus contenidos y formas, que tiene por costumbre avivar las llamas de los problemas para sacar mayores utilidades y que, finalmente, se enfrenta a la hegemonía que, ante las formas autocompositivas para la solución de los conflictos, temen perder autoridad. Las limitaciones señaladas, dejan abierta la posibilidad de entender los alcances del trabajo.

El ordenamiento de esta exposición, o secuencia, parte del balance o estado de la cuestión en lo relacionado con el derecho penal en Ecuador. Analiza las disposiciones constitucionales y jurídicas vigentes y plantea la posibilidad del desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos concretamente de la Conciliación en materia penal, analiza en especial el artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). De este modo, la pregunta central de esta investigación tiene que ver con esta posibilidad. Sobre

esta base, se indican los objetivos y se señala la importancia académica y conceptual que un estudio de esta naturaleza podría tener.

En segundo lugar, con el fin de mostrar la actualidad del tema se analizan trabajos que permiten la contextualización de algunas de las discusiones contemporáneas del derecho y se presenta el marco teórico y ético de las reflexiones generales que están en la base de la tesis.

La tercera parte del estudio analiza casos penales en los que se aplicaron los métodos de la justicia restaurativa, y de uno en particular que, efectivamente, permite afirmar que es posible avanzar en la dirección señalada por la hipótesis planteada.

De este modo se concluye esta tesis emitiendo conclusiones, que ayudarían al lector, al estudioso o al profesional, a comparar las maneras de abordar estos problemas y, en términos generales, avanzar hacia un acercamiento de la justicia al ciudadano común.

Este trabajo cuenta con un importante y actualizado aparato crítico que soporta la investigación, por su carácter teórico deductivo sobre fuentes bibliográficas impresas o digitales, relativas a métodos de solución de conflictos en materia penal —concretamente sobre la Conciliación Penal—, utiliza como fuente principal la doctrina para indagar las discusiones efectuadas en el seno del legislativo para incorporar la institución de la Conciliación Penal.





## Capítulo uno

### Antecedentes

En el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) contamos en el libro segundo, título X, con el “Mecanismo alternativo de solución de conflictos”, que regla la Conciliación Penal como método de acercamiento entre las partes en conflicto penal. La Conciliación, se encuentra en los artículos 663 al 665 del COIP.<sup>2</sup>

Cabe señalar que la Conciliación Penal es una nueva forma de denominar lo que en el Código de Procedimiento Penal anterior se llamaban Acuerdos Reparatorios se trataba que el procesado y el ofendido podían convenir acuerdos reparatorios debiendo presentar conjuntamente ante el Fiscal, que es el titular de la acción penal, la petición escrita que contenga el acuerdo, se aceptaba la comisión del delito lo cual es contrario a la Constitución y no se borraban los antecedentes penales.

Dicho acuerdo era remitido al juez de garantías penales quien lo aprobaba, siempre en audiencia pública, oral, y de contradictorio.

Ambas instituciones se inscriben en lo que se denominan métodos autocompositivos de resolver conflictos, pero en la práctica como podremos observar no se los trata de manera correcta técnicamente, por otro lado, en materias no penales se mantiene la llamada audiencia de conciliación que ha estado presente antes pero que creo debe ser tratada de manera correcta como un método apropiado para resolver conflictos y no como un escollo a superar procesalmente. En los delitos de acción penal privada en materia penal es posible aplicar la institución de la Conciliación Penal. Es decir, es posible “conciliar” en delitos de acción penal privada constantes en el artículo 415 del COIP, como son los casos de: calumnia, usurpación, estupro o lesiones que causen incapacidad o enfermedad de hasta 30 días o en los casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar. Se han incorporado recientemente en las últimas reformas al COIP del 24 de diciembre de 2019, a través del Suplemento de Registro Oficial 107, en el artículo 74.5 los delitos en contra de animales que formen parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.

---

<sup>2</sup> Registro Oficial, Suplemento Año-1 n.º 180, 10 de febrero de 2014.

La Ley Orgánica reformativa al Código Orgánico Integral Penal, promulgada el día 24 de diciembre de 2019 nos trae algunos cambios como, por ejemplo en relación al procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar en el art. 102, especialmente cuando ha habido incumplimiento en el caso de suspensión condicional, se procederá con la revocatoria de la misma.

Así mismo en el art. 106 se establece el trámite de los incidentes relativos al incumplimiento de todo o parte de la reparación integral a la víctima.

Cuando hablamos de métodos de solución de conflictos es necesario tener claridad en qué significan las palabras: Conciliación, Mediación, Facilitación, Transacción, conceptos que tienen sus diferencias. La Ley de Arbitraje y Mediación desarrolló los métodos alternativos de solución de conflictos en 1997 y, la Constitución Política del Ecuador de 1998 la acogió, empero fue la Constitución de la República del Ecuador o llamada también la Constitución de Montecristi de 2008 (CRE) la que mantuvo su aplicación, la misma que se desarrolló en el COIP y en el Código Orgánico General de los Procesos (en adelante, COGEP).

En el derecho internacional, la conciliación consta en las recomendaciones que en 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas realizó en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas del delito y del abuso de poder. Dicha Declaración fue formulada en el marco del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Milán, Italia, adoptada luego por la Asamblea General en Resolución 40-34 del 29 de noviembre de 1985. Dice así:

7.- Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias incluidas la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”.<sup>3</sup>

En Ecuador se promulgó la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997, la misma que ha sido reformada a través del Registro Oficial 532, de 25 de febrero de 2005.

La conciliación es un acto procesal que se ejercita como parte de la autonomía de la voluntad, pretende que haya coincidencias entre las partes en conflicto con la ayuda de

---

<sup>3</sup> Dayanara Becerra, “La conciliación pre procesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa”, *Novum Jus* 3, n.º 2 (2009): 275-6.

un profesional llamado facilitador. Lo acordado se escribe en un acta de conciliación y se solicita que el Juez o la Jueza lo apruebe y que se archive el proceso. El Estado ecuatoriano, con la implementación del COIP, al involucrar la conciliación como una alternativa procesal responde a la concepción de *justicia restaurativa* entendida como un justo equilibrio de pretensiones entre victimario y víctima. Esta institución permite imponer una sanción justa al primero y una debida reparación al segundo, bajo parámetros constitucionales, es decir, devuelve el conflicto a las partes.

En este nuevo contexto el delito es tratado de forma autocompositiva, esto significa que se da un nuevo tratamiento y preponderancia a la compensación, a la reparación y a la indemnización por sobre el sufrimiento y la venganza como retribución del daño inferido.<sup>4</sup> Se trata justamente de analizar la finalidad de la pena en este contexto para sacar nuestras propias conclusiones, ya que en la Conciliación no tendremos como resultado una pena sino un acuerdo mutuamente consentido, con el impacto individual y comunitario que una decisión privada tendría en el ámbito colectivo.

La concepción de justicia restaurativa en materia penal dista del acostumbrado enfoque del fin de la pena como retribución y prevención, conceptos que la dogmática penal vigente en Ecuador mantiene en el COIP, que aún pretende subsanar el daño causado por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, mediante la imposición de una pena.

Ahora bien, en relación con el sujeto pasivo del delito, el tratamiento que en materia de conciliación se le está dando queda determinado con amplitud y claridad con la reparación integral dispuesta por la Constitución y por el COIP y que obtiene del sujeto activo, cumpliéndose, de esta manera, la pretensión del Estado con relación a la víctima.<sup>5</sup>

Esto último de acuerdo con el art. 78 de la Constitución del Ecuador de 2008. En cuanto al sujeto activo se encuentra que la función de la pena tradicionalmente ha sido traducida como la función misma del derecho penal: la retribución y la prevención.

La función retributiva (*teorías absolutas*, según Alf Ross) consistiría en que: “la pena es un mal que se impone por causa de la comisión de un delito... conceptualmente

---

<sup>4</sup> Ministerio del Interior y Justicia de Colombia. *Guía institucional de implementación penal* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2007), 19. [www.conciliacion.gov.co](http://www.conciliacion.gov.co).

<sup>5</sup> Constitución de la República del Ecuador “Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales”.

la pena es un castigo”.<sup>6</sup> A su vez, Mir Puig, tratadista español, cierra la idea señalando que: “desde este punto, proclamar la función retributiva de la pena, supone entender que la finalidad esencial de esta se agota en el castigo del hecho cometido, esta fue la posición defendida desde perspectivas diversas por Kant y Hegel”.<sup>7</sup>

Tras lo señalado se puede ver que la retribución no ha sido aplicada en estricto sentido por las legislaciones, puesto que siempre ha prevalecido el concepto de pena con fines de prevención.

Continuando con los planteamientos de Mir Puig, se encuentra que la función preventiva (teorías relativas) consisten en que esta,

no tiende a la retribución del delito cometido en sí mismo, sino la prevención de futuros delitos, si la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro... a diferencia de la justicia que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al derecho penal, la función de prevención de delitos.<sup>8</sup>

Se debe anotar también que dentro de la función preventiva existen dos corrientes: la prevención general y la especial. La primera supone la prevención frente a la colectividad y concibe a la pena como método efectivo para contrarrestar la criminalidad.

«Para Feuerbach, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicológica». <sup>9</sup> (El autor se apoya en el texto de Feuerbach —1801—: libro de texto de derecho vergonzoso común aplicable en Alemania).

La segunda, o prevención especial, tiene como finalidad cumplir:

de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la criminología: a) Frente al delincuente de ocasión necesitado de corrección, la pena constituye un recordatorio (Denkzettel) que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al delincuente de estado (Zustandsverbrecher) corregible, deben perseguirse la corrección y la resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al delincuente habitual incorregible, la pena ha de conseguir la inculcación a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed. (Montevideo: Editorial B de F, Montevideo, 2007), 48.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, 49.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, 53.

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> *Ibíd.*, 56-7.

Queda claro que el fin de la pena, tradicionalmente entendida en relación al sujeto activo, no se encontraría plasmada en la llamada justicia restaurativa, sino que constituye el fundamento de la conciliación en materia penal. Aquí cabe plantearse algunas interrogantes: ¿Qué fin cumpliría el acuerdo determinado en el acta de conciliación? ¿Llegada la conciliación, se cumplirían los fines tradicionales de la pena? ¿Cuál sería la política criminal del Estado con relación a la pena? Entonces, se debe buscar cuáles son las ventajas de la conciliación con relación a las que se obtendrían con los fines de la pena a secas, enfrentar su estudio con la dogmática tradicional y establecer si existe suficiente eficacia en la respuesta del Estado frente a los fines que este persigue en relación al procesado.

Los métodos alternativos de solución de conflictos en general, en Ecuador, comienzan a aplicarse de manera formal a través de la Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en el año de 1997, según la cual el acta de acuerdo, luego de un proceso de mediación, tiene el valor de sentencia ejecutoriada pasada por autoridad de cosa juzgada.

La Constitución Política de 1998 introduce los métodos alternativos de solución de conflictos es decir la Justicia Restaurativa, contribuyendo decisivamente para que en la Constitución de 2008 se los incorpore en su articulado. Este desarrollo viene de experiencias exitosas de otros países de la región como Argentina y Colombia, y de las recomendaciones de las Naciones Unidas en su afán de explorar otras formas de terminar conflictos ante la crisis galopante de los sistemas tradicionales.

Aristóteles, en la antigua Grecia, ya hablaba del diálogo como herramienta para solucionar conflictos; sin embargo, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, en 1774 mostró el horror de las cárceles iniciando con ello la inquietud para retomar la idea de Aristóteles y pensar en nuevos derroteros.

Algunos maestros del Derecho Penal y Procesal Penal como Gunter Jakobs, Claus Roxin, Julio Maier, Ferrajoli, Zaffaroni o Binder, son pensadores que ayudan para la comprensión del tema, y son de obligada lectura. Por ejemplo las obras de este último, insisten en la necesidad de otras miradas sobre el derecho procesal penal en América Latina. En esta dirección, las juristas argentinas Gladys Álvarez y Elena Highton, en los años noventa del siglo XX, hablaban de los encuentros víctima-victimario en su libro *Mediación para resolver conflictos* (1996),<sup>11</sup> de modo que estas juristas contribuyeron a generar una doctrina sobre los métodos alternativos de solución de conflictos en la región.

---

<sup>11</sup> Gladys Álvarez, Elena Highton y Elías Jassan, *Mediación y justicia* (Buenos Aires: Depalma, 1996).

Otros aportes importantes son los de Carlos Parma con su cuestionamiento acerca del valor de la pena en su obra *¿Vale la pena la pena?* (2018)<sup>12</sup> y la mediadora Sara Elena Llanos, por sus aportes prácticos tanto en la Cámara de Comercio de Bogotá como en Ecuador en el proyecto de Justicia de Paz.

En España, la Fundación Bosch y Gimpera, con su maestría de mediación tanto comunitaria como de familia, junto con otros programas académicos han fortalecido las destrezas y la comprensión de este tema que, en materia penal, aunque todavía se podría decir que es un campo inexplorado.

Sin embargo, será la filosofía humanista la que continuará guiando los empeños por desarrollar nuevos paradigmas tendientes a encontrar un sistema que supere en la práctica los límites de indignidad, de pobreza e injusticia por los que ha transitado el derecho penal y la pena como sanción, ya sea desde la mirada retributiva o desde la preventiva, que en cualquier caso muestran claras limitaciones a la luz de los derechos humanos entendidos desde una óptica contemporánea.

### **1. Análisis del artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal<sup>13</sup>**

Cuando se publicó *De los delitos y las penas* en 1764, de Beccaria (2000), se preguntó si había proporcionalidad o justa correspondencia entre el delito y el castigo, en definitiva, si había justicia; se trató de una reflexión importante, porque se acercaba a uno de los principios anhelados desde el contrato social russoniano enunciado apenas dos años antes.

El delito, el delincuente, la pena y la culpa, forman parte del derecho penal clásico y entonces, Beccaria en el siglo XVIII introdujo otros elementos que todavía no son comprendidos a cabalidad: el romano principio de legalidad, esto es que la ley debe ser: *scripta, previae, certa y scrita*; el principio de proporcionalidad y, por supuesto, la fidelidad a los conceptos de utilidad social y de eficacia jurídica o finalidad de la pena.

El COIP publicado en el Suplemento 180 del Registro Oficial del 10 de febrero de 2014, y que acaba de ser reformado en el suplemento del Registro Oficial 107 de fecha 24 de diciembre de 2019 y que entrará en vigencia en 180 días a partir de la fecha de la publicación en el registro oficial.

---

<sup>12</sup> Carlos Parma, *¿Vale la pena la pena?* (Buenos Aires: Taurus, 2011).

<sup>13</sup> COIP. Artículo 52.- Finalidad de la pena. Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Son normas que incluyen estos criterios que deben ser tomados en cuenta por los actores del sistema penal y por toda la ciudadanía. Principalmente, en el derecho procesal penal, con instituciones que garanticen los principios constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

## **2. ¿Podría la conciliación contribuir a cumplir los fines de la pena?**

La Ley Penal resulta legítima si ayuda a garantizar la convivencia pacífica y la paz social duradera, en caso contrario produce justamente efectos inversos.

El panorama actual no es halagüeño, pues, se tiene una función judicial que no se encuentra al día con el despacho de las causas, lo que genera mora judicial; partimos de un profundo problema de organización interna, y el dicho que dice “justicia que tarda no es justicia” es la norma en Ecuador. Por lo tanto, se trata de un servicio público poco eficaz y poco eficiente en el que los ciudadanos no confían. Ante esto hay que replantear todo el sistema para esperar que vuelva la confianza en la Justicia, cosa que no se logra por la vía del endurecimiento del castigo sino justamente de caminos más creativos, humanos y justos. En efecto, no se puede plantear el derecho penal en términos de culpa y de castigo a partir de reminiscencias teológicas que se anclan en el miedo y no en un claro valor de ciudadanía, democracia y vida en comunidad, que parta del respeto al otro sin más ni más.

## **3. Análisis del rol de los sujetos procesales**

### **4. La persona procesada**

El derecho penal tiene una doble función frente a los derechos de las personas, puesto que a la vez que protege derechos, también los restringe. Desde el punto de vista de las víctimas, los debe proteger cuando alguno ha sido lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la Ley Penal puede restringir excepcionalmente sus derechos, porque esta persona ha lesionado un bien jurídico protegido, por lo tanto, se justifica que reciba una sanción. Si aplicamos la norma esta persona procesada debe estar perfectamente enterada y tener una cabal comprensión de sus derechos y de las consecuencias de sus decisiones, para lo que es necesario que la explicación de las posibilidades que tendría con la aplicación de los métodos de solución de conflictos en el área penal sea comprendida con meridiana claridad y en este punto serán los jueces, los fiscales, los abogados y los defensores, los que tengan la responsabilidad de explicar esto a la persona procesada. Por ello es necesario que el derecho penal determine sus límites

para no caer en la venganza privada ni en la impunidad o en la aceptación de tal o cual método por desconocimiento o por temor.

Una vez que en Ecuador el COIP ha adecuado sus normas a la Constitución de 2008, se puede ver en el art. 76 como se establece que el principio de proporcionalidad ordena que haya una relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la pena que se le debe imponer al procesado; lamentablemente, encontrar la justa medida en términos de que, para resarcir a la víctima se debe privar de la libertad al ofensor, plantea la pregunta de cuál es el tiempo justo de la detención: ¿un día, un año diez años, pena perpetua, pena de muerte? Este es un debate recurrente que nos enfrenta a un dilema que quizás debe ser resuelto de otra forma distinta a la establecida, como por ejemplo a través de la Justicia Restaurativa.

Otra institución es la reparación integral, tema que todavía no ha sido desarrollado ni aclarado del todo y que como hemos visto consta en el art. 78 de la Constitución, se puede establecer que no es posible lograr una verdadera satisfacción de la víctima con respecto a la reparación integral, tampoco los jueces tienen totalmente claro el alcance de estos términos y los usuarios que persiguen la reparación integral tienen que una vez conseguido el derecho plantearlo por cuerda separada, empezando un nuevo calvario sin garantía de resultados positivos.

Todo sistema penal se enfrenta al dilema entre evitar la impunidad y garantizar los derechos de los procesados. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sancione; si las garantías se flexibilizan, se podría terminar condenando a personas inocentes, entonces, encontrar el justo medio para lograr este equilibrio es la meta anhelada. Así:

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad, ha adquirido rango constitucional y se integra por un sistema de principios, denominados limitativos al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante posibles arbitrariedades.<sup>14</sup>

Los principios procesales que se encuentran en la Constitución de 2008 y en el COIP tienen que ver con el debido proceso: los de la Constitución con el debido proceso general y, los del COIP con el debido proceso en materia penal. Se trata de un derecho de las partes procesales y de una garantía constitucional en este Estado de derechos y justicia

---

<sup>14</sup> Arnel Medina Cuenca, “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”. *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas*, n.º 19 (2007): 88.



con relación al procesado, por ejemplo, es su derecho y garantía que no se empeore su situación actual, en el caso de que el procesado sea el único recurrente, antiguo principio del debido proceso que se lo ha denominado *Non Reformatio in Pejus*.

El COIP trae algunas instituciones que son muy controvertidas en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, tal es el caso del llamado agente encubierto, si este resulta procesado por el cometimiento de un delito que derive de su actuación en la investigación,<sup>15</sup> tema del cual debe estar al tanto el juez o la jueza que conoce el caso. Esto resulta forzado, ya que la línea divisoria entre el actuar ético del Estado frente a sus ciudadanos no se respeta, y el Estado se involucra en lo ilícito, hecho que el mismo Estado prohíbe. Esto es frecuente en el Estado anglosajón desde donde vienen estas novedades institucionales que nos cuesta aceptar por nuestra formación cultural y jurídica.

Igualmente, con relación a instituciones como la cooperación eficaz frente a la prohibición de autoincriminarse, como sucede con el procedimiento abreviado, precisamente en la cooperación eficaz, la persona se autoincrimina con el objetivo de lograr una reducción de pena para que operen circunstancias atenuantes y beneficiarse de alguna manera.

La prisión preventiva, dice el COIP es de *ultima ratio*, entonces los jueces pueden ordenar otras medidas, entre ellas, presentarse ante la o el juzgador periódicamente, o ante la institución que determine quien conoce el caso. Esto debería aliviar la presión sobre los centros de rehabilitación social, sin embargo, su uso no es extendido ya que se argumenta que hay peligro de fuga y que los procesados no muestren suficientes pruebas de arraigo, de modo que en la práctica, se hace, uso y abuso de la llamada prisión preventiva, llegando a la grave situación, para el Estado, de concluir que se trata de una persona inocente, que ya ha tenido que estar privada de la libertad con las graves consecuencias que esto implica para el preso y la sociedad en su conjunto, sin que exista una debida reparación frente a estas situaciones que significan un atropello a los derechos de los ciudadanos.

Con el fin de precautelar el derecho de defenderse en libertad, el COIP, en ciertas circunstancias, establece algunas formas de caución como son la hipotecaria, la prendaria, la pecuniaria y la caución por póliza de seguro de fianza que puede también presentarla un garante, garantizando de esta manera la presunción de inocencia como una de las más altas cumbres del derecho penal y que hoy ha sido invertida en la práctica.

---

<sup>15</sup> “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad”, 2007, <https://www.redalyc.org/jatsRepo/2932/293222926005/index.html>.

Una de las metas del derecho penal es establecer si hay la debida correlación entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada y esto debe ser, según el estándar del COIP, más allá de la duda razonable ya que, el criterio de verdad que era el que hilvanaba el Código de Procedimiento Penal anterior ya no está vigente: hoy rige el criterio de certeza, es decir, que quien juzga debe tener una convicción que está más allá de la duda razonable, según el derecho anglosajón *beyond a reasonable doubt*.<sup>16</sup> Que sostiene que

Se ha insertado pues, en nuestro ordenamiento jurídico, un estándar que, como es conocido, emerge de la tradición jurídica anglosajona y que hasta hace un tiempo era desconocido en la propia cultura del derecho europeo continental, y de la que somos herederos. En Estados Unidos, por ejemplo, el estándar de prueba acerca de la concurrencia de los elementos de la responsabilidad penal en una persona debe ser probados “beyond a reasonable doubt” y aquello ha sido considerado por la Corte Suprema como un derecho fundamental, reconocido en la propia Constitución, aun cuando aquel no aparezca siquiera mencionado en la carta fundamental.<sup>17</sup>

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen como requisito indispensable el uso de lo que doctrinariamente se ha llamado autonomía de la voluntad, para generar acuerdos en los que prime un consentimiento libre y voluntario de las partes procesales, voluntad que puede ser retirada en cualquier momento. Será necesario también que los acuerdos contengan mutuas obligaciones razonables y proporcionadas

---

<sup>16</sup> Artículo 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

Artículo 622.- Requisitos de la sentencia. - La sentencia escrita, deberá contener: 1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo. 2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación con las pruebas practicadas. 3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad. 4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas. 5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso. 6. 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, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda. 7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena. 8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde. 9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. 10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda. 11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal.

<sup>17</sup> Raúl Carnevali Rodríguez, e Ignacio Castillo Val, y, “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, *Ius et Praxis* 17, n.º 2 (2011): 77-118, <https://doaj.org/article/8d40694b0e464a1b9f2f68efeeb48643>.

con el daño causado y la infracción. En ningún caso la participación del procesado podrá ser utilizada como aceptación de responsabilidad en procesos posteriores ni el incumplimiento del acuerdo para ser la base de la decisión de una condena o para que la pena sea agravada. En caso de incumplimiento del acuerdo es claro que el único camino es volver a la justicia ordinaria.

Los profesionales que faciliten estos acuerdos deben ser personas éticas, imparciales, respetuosas y siempre podrán las partes procesales asegurarse de que las decisiones que estén tomando en estos marcos sean ajustadas a derecho a través de la defensa pública o de sus patrocinadores privados.

## **5. La víctima**

Con la promulgación del COIP encontramos que, en el libro preliminar, dentro de las normas rectoras en el título 1, art. 1, se determina que el COIP tiene por finalidad: Normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.<sup>18</sup>

Al respecto, nuestro sistema penal tiene una deuda pendiente cuando se trata de la víctima. Durante mucho tiempo se ha puesto énfasis en el procesado y se ha asumido que la pena constante en el COIP deja a las víctimas satisfechas o por lo menos tranquilas frente a la vulneración de sus derechos. Sin embargo, es claro que históricamente se ha relegado a la víctima, se ha ignorado el sufrimiento que el daño causado al bien jurídico protegido le ha causado, que no se ha cuidado como debe ser dicho bien jurídico y es más: se puede decir que se ha abandonado a las víctimas mostrando indiferencia frente al dolor o molestia de los demás, llevando a que todo lo logrado por la civilización en términos de racionalizar el dolor y lograr una convivencia pacífica esté tambaleando debido a la falta de atención de la víctima y que la justicia por mano propia ronde en las mentes de muchas víctimas o sus seres perjudicados.

Ante esta situación es urgente una redefinición de lo que en el derecho penal se conoce como victimología y que se ofrezca una política pública clara al respecto, es decir, una consecuente con el derecho a la reparación integral para que tengan un sentido aceptable en un estado de cosas en el que la vulneración de derechos deja huellas graves en la sociedad, es decir que sea la dignidad humana la que rijga el derecho penal en relación a las víctimas.

---

<sup>18</sup> COIP, Registro Oficial 180, lunes 10 de febrero de 2014, art. 1.

## 5.1. La Justicia Restaurativa, frente al “deber ser” y el “ser” en el derecho penal

La venganza, eufemismo que subroga y encubre la práctica del castigo, precede a todo ejercicio de confraternidad, a los pactos mediante los que se afianza la paz y a todo ejercicio de la guerra. Se anticipa a todo pacifismo, juega con la cercanía entre César y Cristo. Habilita la continuidad entre el castigo, la venganza, la guerra y la paz. Por ende, la venganza y el castigo reconocen lógicas unitarias en la guerra y en las prácticas punitivas (y conmutativas) de dar a cada uno su merecido. Toda *política de fuerza* es eso. La expresión estatal o supraestatal del ejercicio de la coerción”.<sup>19</sup>

5.1.1. La satisfacción de la venganza individual, que es un sentimiento arcaico, hoy sobrevive en la forma de sentencia y cumplimiento de pena carcelaria.

Resulta que el preso por robo va a prisión y en la mayoría de los casos perfecciona allí sus habilidades negativas, o que el penado por un crimen de sangre, cuando ha cumplido su condena sale con el estigma de la prisión y los contactos que le inducen a convertirse en sicario.

La vindicta pública<sup>20</sup> que el Estado ejerce, como muestra la experiencia, no entrega entonces una satisfacción plena a las víctimas por los daños que el delincuente les causó. En la actualidad, existe la indemnización económica que busca aliviar en parte el sufrimiento causado por las ofensas o los delitos, pero si quien los ha causado no tiene de dónde pagar esas indemnizaciones, la medida, además de humillante, resulta por esta razón insuficiente. Esta manera de ejercer la justicia y que se fundamenta en la venganza, no resulta efectiva ni para la víctima ni para el victimario, tampoco para la sociedad en cuyo nombre el Estado ejerce la vindicta.<sup>21</sup>

5.1.2. Consecuentemente, es necesario pensar en otra epistemología para tratar el tema del delito, la víctima, el victimario y su sanción, es decir, una manera o un enfoque diferente para tratar estas variables jurídicas que, quizás y partiendo del pensamiento crítico y ubicado, dejen ver nuevas soluciones a estos problemas que implican a importantes segmentos de la población.

---

<sup>19</sup> Eduardo Luis Aguirre, “Conjeturando a partir de Martin Heidegger. Implicaciones y estresijos sobre el castigo y la venganza”. *Derecho a Réplica*, 30 de noviembre de 2001. [www.derechoareplica.org > index.php](http://www.derechoareplica.org/index.php).

<sup>20</sup> Persecución de los delitos por la sola razón de la justicia, en nombre de la sociedad y de las leyes e independientemente de la satisfacción del daño de la víctima. José A. Garrone, *Diccionario jurídico*, t. IV (Buenos Aires: Ed. LexisNexis, 2005), 786.

<sup>21</sup> Ramiro Ávila Santamaría, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso” (Quito: UASB-E, 2013).

Con una actitud abierta en nuestro entendimiento y con la ayuda del pensamiento crítico ubicado podríamos pensar que el acto criminal, quien lo comete y quien lo sufre, junto con todas las variables que rodean a estas situaciones —incluida la sanción al delincuente—, deben ser entendidas, en primer lugar, históricamente, en consecuencia, como efectos cuyas causas no están en el acto ni en los actores mismos, aislados de los contextos temporales y espaciales como los viene entendiendo el pensamiento positivista. Lo dicho nos lleva a pensar en la relación que existe entre el mundo y los crímenes, las leyes, su aplicación y resultados, por tanto, en los límites estructurales dentro de los que se deben entender estas situaciones, puesto que dichos límites ponen su marca a los delitos y a su tratamiento jurídico. Así, al analizar el ordenamiento social inevitablemente se entiende el delito y la aplicación de las penas, ya que tales entendimientos nacen del ordenamiento social general. En esta línea de razonamiento, la pena impuesta al delincuente, así como el resarcimiento a la víctima desplazan su tratamiento desde lo superficial (efecto) hacia lo profundo (o causa), que como tal está ubicada en los niveles del sistema social, o en los tiempos y espacios históricos en los cuales dichos problemas suceden.

Cuando históricamente el ordenamiento del presente cambie, el *pathos*, el *ethos* y el *logos* con los cuales nos acercamos a pensar y decir sobre los temas de los que ahora nos ocupamos, necesariamente deberán cambiar.

5.1.3. Esto significa que el tratamiento jurídico a los temas penales, incluso en la actualidad, pueden dejar de ser vistos de manera autorreferencial, individualista, en fin, positivista, y pasar a ser vistos como fenómenos sociales.

Este enfoque plantea la necesidad de pensar en el tratamiento de estos asuntos en dos niveles: el de programa mínimo, o posible, inmediato; y, el de programa máximo, o mediato, o si se quiere, el primero en lo que del derecho “es”, y el segundo en lo que el derecho “debe o debería ser”; pero en todo caso, orientados por un nuevo pensamiento que en el conocimiento del derecho tendría profundas repercusiones al pasar del dogma rígido, de las leyes escritas en piedra, a su conocimiento ligado al movimiento y a la transformación sociales.

Cuando desde esta perspectiva se puede señalar al “autor intelectual” de la mayoría de las contravenciones y delitos, su naturaleza difusa, esquivada, disimulada queda al descubierto y no solamente eso, sino que se puede ver que este es quien ha venido actuando como fiscal, policía, juez y carcelero. Tal como lo dejó en claro Michel Foucault

en *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1976),<sup>22</sup> no solo que podemos ver el sistema que engendra el crimen, sino que, al individualizar a las víctimas y a los victimarios inmediatos, aquel los usa para distraer la atención y mediante el ejercicio del castigo —venganza— legitimar su permanencia. No es extraño, por tanto, que el pensamiento y el ordenamiento jurídico respondan a esta situación y que la no reparación de las víctimas o la no regeneración de los victimarios sean para dicho pensamiento daños colaterales e inevitables, pero, sobre todo, necesarios.

Tal como se ha expuesto, el enfoque anterior parte desde el pensamiento crítico ubicado y al ser los crímenes asuntos sistémicos se debería proponer resarcimientos sistémicos a las víctimas, pues, como todo mundo lo sabe, en el ámbito del derecho, la absoluta mayoría de victimarios y de víctimas, es decir, el entorno carcelario, patibulario y lumpen, está poblado por los condenados de la Tierra, con lo cual es claro que en este sistema lo que se penaliza es la pobreza.

Alguien creía que fundando escuelas se evitaría la proliferación de cárceles, pero según parece solamente la justicia y la equidad social y económica, en definitiva, el final de la explotación será la única vía para atenuar los delitos y reducir el número de cárceles. 5.1.4. Estos análisis de lo penal en el derecho, se vienen haciendo desde hace mucho tiempo y no son nada nuevo. Lo nuevo en estos análisis es el señalamiento de este sistema como el del crimen organizado, cuyos negocios en la actualidad han adquirido dimensiones apocalípticas y contra los cuales no hay otro juez que el tiempo y la historia si es que esta no sucumbe también como resultado de esos grandes negocios. ¿Hay en el mundo algún ordenamiento jurídico que juzgue y encarcele a los fabricantes y tenedores de las armas nucleares y de otras de destrucción masiva?, ¿del desastre ecológico?, ¿de las crisis económicas sociales que tantas desgracias acarrearán?, ¿de las guerras biológicas?

Como se puede apreciar, la propuesta de Justicia Restaurativa y, en especial, de Conciliación en materia penal tiene claras limitaciones sistémicas, pero al emprender su andadura en la dirección de entregar a la sociedad la solución directa y civilizada de sus conflictos, ha abierto una esperanza democrática.

Es claro que el “programa máximo” —o cambio radical— es una posibilidad histórica, de modo que en este texto solo se pretende aportar y proponer medidas dentro del “programa mínimo” —y posible—, “reformista” si se quiere, que epistemológicamente se distancia de “el deber ser del derecho” para articularse en el “ser”

---

<sup>22</sup> Michel Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (Buenos Aires: Siglo XXI, 1976).

realista o pragmático del día a día. No obstante conviene aprovechar el espacio para señalar que “el deber ser del derecho” es un sofisma ahistórico que, en el marco del pensamiento crítico ubicado no ha lugar: nadie sabe cómo se debe ser y actuar desde siempre y para siempre, porque, el ser, al menos si nos distanciamos de lo teológico, es el ser social que se hace, que se inventa, que lucha por realizarse y por ser en el interminable camino del hacerse buscando más y más libertad.

Ya se ha analizado lo que el derecho “es” y, por tanto, cuando la presente investigación busca incidir en este derecho y concretamente en el ámbito de lo penal, se lo hace con los pies sobre la tierra y no más allá de lo posible o de lo que ordenamientos jurídicos vigentes en países como el Ecuador lo permiten. La propuesta de la conciliación en materia penal, desde la línea de pensamiento desde la cual es entendida, es posible porque precisamente permite trasladar el conflicto entre la víctima y el victimario desde lo individual y autorreferencial a lo social y, tal como queda explicado, extender la comprensión del delito hacia dimensiones que les permitan tener una comprensión más amplia de lo que les ha pasado y, segundo, tratar la culpa de forma más indulgente y de manera directa, entre ellos. De este modo, las medidas tendientes a remediar las afrentas empezarían a tener otro carácter, pues la sociedad avanzaría por el camino de la redención de la venganza individual, ya sea directamente ejercida o delegada a un ente que, como queda claro, es incapaz estructuralmente de responder afirmativamente a su confianza.

El contexto esbozado impone sus límites, así que al tratar el tema de las posibilidades de la conciliación o de la justicia restaurativa en casos penales relacionados con el tráfico de drogas y delitos anexos conviene actuar de manera realista y considerar dichos límites.

## **5.2. Justicia restaurativa en delitos relacionados con drogas**

Por disposición de las Naciones Unidas se comenzó a institucionalizar la justicia restaurativa en materia penal en los países miembros. Los principios básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal fueron adoptados en el año 2002 por el Consejo Económico y Social de dicho organismo considerando que “los programas de justicia restaurativa pueden adecuarse dentro de los sistemas de justicia penal existentes para los casos que implican delitos no muy graves”.

Para desarrollar esta novedad en el tratamiento de los temas penales, y muy concretamente en los temas de delitos relacionados con las drogas, la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito publicó un *Manual sobre Programas de*

*Justicia restaurativa* (2006), en el cual se derivaba la idea de delito al ámbito de lo individual y suprahistórico, de modo que no se adentraba en señalar los aspectos estructurales del negocio ni el rol de algunas instancias estatales en el cometimiento del mismo.

Al parecer, el tema de las drogas no fue ubicado críticamente en los contextos espaciales y temporales de nuestras sociedades, pues, al ser la multinacional de la droga un negocio que mueve millones de dólares, la disputa por sus utilidades desborda en mucho los escándalos del consumo callejero, la tragedia de las “mulas” o las anécdotas y teleculebrones relacionados con el consumo de esas sustancias.

La “lucha contra las drogas” encubrió intervenciones en otros ámbitos y, las presiones a los países latinoamericanos productores, procesadores, de tránsito o de lavado, convirtieron a sus sistemas judiciales y policiales en ejecutores de esa política. De este modo fueron y son los Estados los que persiguen el tráfico de drogas, actividades relacionadas y a sus actores, de modo que cualquier mediación en esta materia debería darse —si es que se da— entre las fiscalías y los implicados.

En la realidad sabemos que se premia a los fiscales y jueces por sentenciar con el máximo rigor a los implicados en estos negocios declarados ilegales y es difícil que los funcionarios acepten mediar y rebajar el nivel del conflicto tal como la mediación propone ya que, lo más cómodo y rentable para ellos es aplicar la ley.

Por otra parte, son contados los casos en los que personas naturales o comunidades afectadas por los negociantes de drogas y actividades relacionadas con el producto lleguen a considerar y a denunciar la actividad como lesiva a sus intereses, por lo cual la particularidad de este ilícito y su persecución no perfila entonces a la pareja clásica víctima–victimario como en el caso de un robo, una estafa o un asesinato y por eso, los procesos de justicia restaurativa en delitos de drogas son casi inexistentes.

Sin embargo, de lo anotado existe la posibilidad de que un inculcado en la extensa cadena del negocio de la droga que el Estado considera punible, se acojan a la justicia restaurativa y soliciten a la Fiscalía mediar su caso, quedando a discreción del Estado (Fiscalía) si acepta o no estos pedidos, espacio particularmente interesante si se comprende que el tratamiento de las drogas y sustancias estupefacientes y psicotrópicas, es un asunto de salud pública, que bien podría ser despenalizado en el futuro o procesado de manera alternativa espacio en el que cabe la Justicia Restaurativa como lo han hecho con mucho éxito países como Canadá con sus cortes de drogas por ejemplo.

### 5.3. La justicia restaurativa y su relación con la justicia indígena.



Cuando nos acercamos el tema de la justicia indígena —en el Ecuador— el análisis evidencia que hay dos concepciones de Estado, de poder y, lógicamente, de Derecho: la una occidental, liberal, individualista, eurocéntrica, que ha aceptado la cárcel como la mejor manera de sancionar a los delincuentes. La otra, que es ancestral y comunitaria, no contempla la cárcel como la mejor manera de castigar a los delincuentes sino la reparación a la víctima, la restauración de la paz comunitaria alterada por el delito y la preservación de la comunidad de la cual, víctima y victimario no son sino la otra cara de la misma moneda.

Es en este punto en donde las teorías occidentales sobre la justicia restaurativa se relacionan con estas otras formas ancestrales de impartirla, con lo cual dejan ver las limitaciones del sistema punitivo vigente, la necesidad de buscar alternativas al mismo y la posibilidad de apoyarse en las experiencias de otros sujetos que también hacen la nación.

La justicia indígena de cara a la víctima y al victimario coloca en primer lugar más que el tema de la sanción a este último, la reparación que él puede y debe dar a la víctima. Lo hace porque la concepción antropológica de las comunidades indígenas es diferente a la individualista que impuso el colonialismo y sus formas estatales y jurídicas. Por ejemplo se toma en cuenta toda la sabiduría de la justicia indígena, en la que en caso de accidentes de tránsito, no basta o no es satisfactorio que quien comete la infracción vaya a la cárcel: en los acuerdos a los que han llegado en estos casos, ya que aplicando la justicia indígena, si alguien, al conducir un vehículo causó la muerte de una persona que tiene hijos pequeños, el causante se compromete a atender la educación de los huérfanos. Son acuerdos que tienen que ver con la sabiduría ancestral y comunal que se aceptan porque así recomienda la experiencia y visión de lo justo que se tiene en las comunidades y pueblos indígenas.

Al existir dos cosmovisiones opuestas, resulta difícil por no decir antagónico, pensar en la conveniencia de una forma u otra, por lo cual, la justicia restaurativa, como tal abre la posibilidad a través de la institución de la conciliación penal, es una manera híbrida que quizá acerque a las dos justicias y permita soluciones creativas para las partes implicadas tal como lo sugiere Ramiro Ávila Santamaría, en su estudio: “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”, en el que se estudia el famoso caso ecuatoriano denominado La Cocha.

En el Estado constitucional de derechos y justicia, se establece que en los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, máxime en los

penales, se asegurarán las garantías que integran el debido proceso, las garantías de defensa de la persona procesada y las garantías para las víctimas que deben ser procesadas por la Ley Penal, cosa que sí existe en la ley pero en la práctica que es en el deber ser deja mucho que desear, por ejemplo, es frecuente que en el caso de delitos sexuales las víctimas sean revictimizadas a pesar de haber prohibición expresa de que esto suceda, o que por esta revictimización que en ocasiones bordea lo humillante, las víctimas ni siquiera se animen a presentar sus denuncias y los agresores se quedan en la impunidad, ante lo cual, en las víctimas queda latente ese sentimiento de impotencia ante la vulneración de sus derechos de los bienes jurídicos protegidos.

La Constitución y la ley contemplan normas de protección especial para las víctimas, como son: los derechos de no revictimización, la reparación integral que debe contener el conocimiento de la verdad, la restitución, las indemnizaciones, la rehabilitación, la garantía de no repetición y la satisfacción del derecho violado.

Establece que las acciones por ciertas infracciones penales sean imprescriptibles: crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, la desaparición forzada de personas y la agresión a un Estado, así como los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Cuando nos referimos a los delitos que causan daños ambientales no tenemos una víctima individualizada: todos somos víctimas de estos daños y en la legislación ecuatoriana estos daños son imprescriptibles.

Con relación a las víctimas de delitos sexuales se ha avanzado un poco más en lo que tiene que ver con la privacidad y la confidencialidad, de manera especial si se trata de niñas, niños o adolescentes, en lo que a su intimidad y a la de su familia se refiere; por ejemplo, está prohibido divulgar fotografías, o datos que puedan facilitar la identificación de las víctimas en las actuaciones judiciales, las audiencias judiciales son reservadas, aunque para acrecentar el dolor y alimentar el morbo, la prensa amarilla se da modos para conseguir la información y en los hechos no se sanciona a las personas que la facilitan ni a las que la difunden con fines económicos.

El COIP inclusive establece un capítulo sobre los derechos de las víctimas en el que se recogen, entre otros, el derecho a proponer acusación particular y a que se respeten los derechos mencionados en las líneas anteriores. El Estado ofrece a las víctimas la asistencia letrada de un defensor público si fuere el caso, asimismo a contar con un traductor o intérprete y a que tenga asistencia especializada.

La Fiscalía General del Estado, desde hace varios años creó un Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos y otros participantes del proceso penal, si bien es una necesaria dependencia y es un avance contar con la misma, habría que evaluar si ha logrado ser eficiente y eficaz.

Tradicionalmente el auxilio a la víctima o la reparación voluntaria a la misma han servido como circunstancias atenuantes de la infracción. Sin embargo en los casos de delitos sexuales, si las víctimas se han encontrado al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como de salud o de educación, de turismo, distracción o similares, recintos policiales o militares, o si las víctimas se han contagiado de una enfermedad grave, incurable o mortal, sean parte del núcleo familiar de la víctima, que esta se encuentre en situación de vulnerabilidad o de extrema necesidad económica, el haber conocido a la víctima con anterioridad a la comisión del delito, son situaciones que agravan la responsabilidad de quien comete una infracción penal.

Como ya se señaló en párrafos anteriores, según el análisis del artículo 52 del COIP, la reparación del derecho de la víctima es una de las finalidades de la pena, sin embargo, en este trabajo coincidimos con la corriente que establece que todo lo relacionado con la víctima no es en sí mismo una finalidad de la pena. Por ello se cree que la justicia restaurativa es la respuesta, sobre esto no encontramos respuestas que satisfagan a la víctima, por tanto, esta justicia se presenta como una esperanza en medio de tanta oscuridad.

En vez de una pena privativa de la libertad una de las medidas que contempla el COIP es la del servicio comunitario que consiste en trabajos personales no remunerados, en ciertos casos de delitos sancionados con penas de hasta de seis meses de restricción de libertad dichos trabajos se deben traducir en beneficio de la comunidad o en mecanismos de reparación a la víctima.

Sin embargo, la inclusión de la reparación integral es quizás uno de los aportes más significativos del COIP, la intención que dicha reparación se centre en una solución que restituya al estado anterior del cometimiento del delito y que la víctima se satisfaga con dicha solución. Si se habla de restitución, esto se refiere a los derechos que tienen que ver con la libertad, la vida familiar, la nacionalidad, recuperar el empleo o la propiedad, o los derechos políticos.

La rehabilitación, en cambio, espera la recuperación de las personas como seres sociales y las indemnizaciones que tienen que ver con el resarcimiento a las víctimas por los perjuicios causados por el cometimiento del delito.

Las medidas de satisfacción o simbólicas son la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes

Las garantías de no repetición están encaminadas a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones apropiadas para evitar la repetición de las mismas. Tienen que ver con las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con nuevos delitos.

En los casos de violencia de género contra las mujeres, las autoridades podrán disponer medidas no excluyentes de reparación individual o colectiva:

1. Rehabilitación física, psicológica, ocupacional o educativa de la víctima directa y de las víctimas indirectas; y,
2. Reparación de daño al proyecto de vida basado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por otro lado, se tiene que el término víctima se acota a los siguientes supuestos:

1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.
2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.
3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.
4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectado por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.
6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectados por una infracción.
7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.

8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo. La condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este.

Procesalmente existen también normas que regulan la actuación de las víctimas en los procesos penales y cómo se deben precautelar de alguna manera los derechos enunciados en las líneas anteriores.

Desde los albores de la época conocida como de la civilidad del sistema penal, sistematizada a partir de la corriente enciclopedista adoptada como fundamento filosófico por la Revolución Francesa, ha sido una constante universal la lucha por la “humanización del proceso penal”, abanderada por los maestros Beccaria y Marat en sus obras clásicas: *De los delitos y las penas* y *Las cadenas de la esclavitud*.<sup>23</sup>

La política criminal, que hasta nuestros días solo consideraba los derechos y garantías del sindicado o procesado ha relegado a las víctimas y a los perjudicados a un plano de total olvido, ignorando el sufrimiento y la indefensión a que son sometidos por la conducta delictiva y sus efectos.

En el siglo XX, en la década de los 60, retomando este antiguo concepto de restitución, en la ciudad de Kitchener, Canadá, ocurre el primer caso de mediación entre víctima y ofensor, cuando un oficial de libertad condicional convenció a un juez para entrevistar a dos jóvenes condenados por vandalismo con las personas afectadas por esa conducta. Debido al éxito logrado con esa reunión en la que se logró la reparación del daño, de manera gradual, mediante el acuerdo voluntario de las víctimas con los ofensores se implementó un programa denominado VOM (Mediación entre la Víctima y el Ofensor), que desarrolló una serie de procedimientos llamados VORP (Programas de Reconciliación entre Víctima y Ofensor, los cuales fueron ampliamente acogidos por la comunidad y contaron con el apoyo de varias organizaciones como también de algunas ONG, universidades, instituciones gubernamentales y de la iglesia. De este experimento canadiense se implementaron varios programas en países como Estados Unidos, Australia, Inglaterra, Nueva Zelanda y Alemania con óptimos resultados, donde no solo se lograba el pago de los perjuicios de una manera voluntaria, sino que se conseguía la rehabilitación de los ofensores mediante labores y programas educativos comunitarios que dieron paso al surgimiento de una forma de justicia alterna que permite la

---

<sup>23</sup> Carlos Alberto Mojica Araque, “Justicia restaurativa”, *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* 4, n.º 7 (2005): 33.

reconciliación entre víctima, ofensor y sociedad, asignándoles un papel activo dentro del proceso restaurativo y evitando la retribución del mal, sistema este que hasta el momento se ha venido aplicando.

## **6. La Fiscalía**

La Fiscalía no está solamente para acusar, también está para verificar si se trata de una persona inocente y que sus derechos no sean conculcados y podría especializar a sus fiscales en el manejo de métodos de solución de conflictos para tratar algunos casos que sean susceptibles de ser tratados por la Justicia Restaurativa, para lo que se requiere voluntad política y un entrenamiento técnico del manejo del conflicto para hacer un trabajo óptimo.

Frente a delitos de acción penal pública, el ejercicio de la acción penal le corresponde a la Fiscalía, no así la acción penal privada, que es la que le corresponde a la víctima mediante querrela, terreno en el que se puede conciliar penalmente.

Entre las atribuciones de la fiscalía están las señaladas en el artículo 443 y las de los fiscales en el artículo 444 del COIP.

## **7. La defensa**

*No hay justicia sin defensa.* En el Estado constitucional de derechos y justicia las personas deben tener 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. Este es el postulado constitucional que además ordena que en ningún caso las personas se quedarán en la indefensión, que se asegurarán las garantías de la defensa, tanto para la persona procesada como para las víctimas.

En este sistema adversarial, no basta con tener jueces y fiscales; sino una defensoría pública que ayude a encaminar los esfuerzos para garantizar el cumplimiento de la justicia. Se ha dicho que sin defensa no hay justicia y hoy, por fin, Ecuador cuenta con una Defensoría Pública, con profesionales preparados para atender los casos de las personas que por cualquier causa no puedan contratar los servicios de una defensa privada.

Los defensores también deben especializarse en el manejo de conflictos y en Justicia Restaurativa, para que logren resultados mucho más satisfactorios en general como hemos explicado y no seguir un formato forzoso, sin beneficio de inventario que aporta poco en cuanto a resultados en una institución basal de un sistema democrático.

En la práctica todavía falta mucho. Basta con visitar la unidad de flagrancia y constatar cómo no hay equivalencia entre las instituciones que intervienen en el proceso penal. Por ejemplo, en flagrancia, los sujetos procesales cuentan con 24 horas para acopiar elementos de convicción de cargo o de descargo antes de que se le presente al procesado ante el Juez o Jueza penal, pero resulta que la Fiscalía conoce primero todo lo relativo al caso y solo cuando en este corto tiempo y faltando unas pocas horas para la audiencia, el expediente pasa a la Defensoría.

Los peritos y expertos son funcionarios de la Fiscalía, no se tiene aún peritos y expertos que ayuden a contrastar los informes que puedan incriminar a una persona al punto de privarle de su libertad.

Lo señalado solo muestra algunos aspectos de estas situaciones tan graves que ocurren a diario en nuestro país y sobre las que no se debate en la legislatura. Asimismo, en lo que se refiere al personal o a los presupuestos de dichas instituciones, cabe señalar que hay diferencias demasiado marcadas como para afirmar que se cuenta con instituciones equilibradas para que los tres apoyos en los que se sustenta el derecho penal: Jueces, Fiscalía y Defensoría, estén equiparados y puedan realizar su trabajo de manera equitativa cada una en su campo de acción.

Por lo dicho la Defensoría Pública tiene como objetivo garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas tal como lo señala el CAPÍTULO CUARTO del COIP.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> COIP. Artículo 451.- Defensoría Pública. - La Defensoría Pública garantizará el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada para la protección de sus derechos. La o el defensor público no podrá excusarse de defender a la persona, salvo en los casos previstos en las normas legales pertinentes. La defensoría pública asegurará la asistencia legal de la persona desde la fase de investigación previa hasta la finalización del proceso, siempre que no cuente con una o un defensor privado. La persona será instruida sobre su derecho a elegir otra u otro defensor público o privado. La o el juzgador, previa petición de la persona, relevará de la defensa a la o al defensor público, cuando sea manifiestamente deficiente.





## Capítulo dos

### 1. ¿Es posible conciliar en materia penal?

Tras lo expuesto en el primer capítulo acerca de la justicia restaurativa y de la conciliación, en este capítulo trataré de responder la pregunta acerca de si ¿Es posible conciliar en materia penal?, para ello es imprescindible revisar algunos elementos conceptuales y se lo hará a la luz de los planteamientos de la profesora mejicana Karla Villarreal,<sup>25</sup> y Álvaro Márquez, considero que sus reflexiones constituyen aportes clarificadores en el tema. Karla Villareal manifiesta que existen intentos de crear nuevos paradigmas de justicia restaurativa en el objetivo de proteger la dignidad de las víctimas e introducir normas legales y sociales innovadoras dentro de los principios de la paz y el perdón.

Las prácticas restaurativas permitirían a las víctimas, a los criminales y a los miembros implicados de las comunidades, participar y ensayar una reparación del daño causado por el crimen; considerar a la víctima como un miembro de la comunidad; y, promover la reconciliación y la reintegración del criminal dentro de la comunidad.

Además, afirma que estos intentos llevan a que las teorías criminológicas y victimológicas se abran a nuevos enfoques y estudios de los actores implicados en el conflicto criminal. Buscaría desarrollar métodos, modelos e instrumentos, que bien podrían ser aplicados a las prácticas restaurativas con el fin de permitir a las víctimas y a los ciudadanos jugar un rol mayor en el sistema de justicia.

Refiriéndose a la legislación penal mejicana, la jurista Villarreal dice que la Reforma Constitucional Penal incluyó en el año 2008 un paradigma novedoso: la justicia restaurativa “con el propósito de que los Derechos de la Víctima sean atendidos por Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en instancias de Justicia Alternativa y Mediación”. Se buscaba con esto dignificar a la víctima dentro de un propósito humanizador del sistema penal y, sobre todo, disminuir el sufrimiento del delito y sus consecuencias. Como se ve, tal propósito velaba a favor del ofendido.

“Asimismo dentro de los esquemas de Mediación y Justicia Restaurativa, la reforma introduce innovadoras figuras jurídicas en impartición de justicia; la paz, el

---

<sup>25</sup> Karla Villarreal Sotelo, “La víctima, el victimario y la justicia restaurativa”. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* VII, n.º 1 (2013).

perdón y la misericordia”.<sup>26</sup>

Este halo cristiano de la reforma nos permite reconocer sin prejuicios el papel de las creencias religiosas mayoritarias en nuestras culturas y, a la vez, visitar experiencias en las cuales la institución eclesiástica se inmiscuía en asuntos estatales y en la administración de la justicia con resultados a veces siniestros, por ejemplo, la Inquisición.

De esta manera, se puede llegar a diferenciar entre lo que serían principios ético-religiosos con los intereses de la institucionalidad eclesiástica, y no confundir la apertura humanista laica, pero cristiana, que estas reformas pudieran tener con las institucionalidades católicas, apostólicas y romanas. Valga la digresión para señalar que la reforma y sus justificativos teóricos entraba en contradicción con los procedimientos penales al uso en México, pero también en los demás países de América Latina, caracterizados, hasta ahora, por ser —según Villareal—: “abstractos, fríos, injustos e impersonales”.<sup>27</sup>

Por otra parte: “Lo interesante en este sistema alternativo recae precisamente en eso, ya que no solo ubica a la víctima en un lugar preferencial u óptimo de atención, sino que, al mismo tiempo, genera alternativas para la resocialización del delincuente, y por ende brinda alternativas de crecimiento para las ciencias como la Criminología y la Victimología”.<sup>28</sup>

La reforma que se analiza en el texto reunió, en el articulado correspondiente de la Constitución mexicana, los métodos alternos de solución de conflictos y, por tanto, las características de tales métodos en los cuales, la intervención mínima de la autoridad, permite que la víctima y sus expectativas frente a lo que podría ser la restauración del daño sufrido encuentre alguna satisfacción.

Queda claro que esta posibilidad coloca a la administración de la justicia retributiva tradicional ante un paradigma novedoso, al entender que una justicia restaurativa se apoya más en la reparación que en la punición. Apostillamos que este experimento es parte de la búsqueda de alternativas a las sanciones estatales con las que se castiga al delincuente y que, en los hechos han fracasado, siendo la conciencia de tal fracaso la que debe llevar al legislador y a la sociedad a cambiar los esquemas culturales y, por tanto, las leyes respectivas. En este sentido el ex Ministro de Justicia de Ecuador, Ernesto Pazmiño en una entrevista a diario *El Comercio*, declaró que: “La rehabilitación

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, 44.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

en cárceles fue un fracaso”.<sup>29</sup>

Cabe señalar que en esta propuesta el Estado capitalista tardío: el concepto de “capitalismo tardío” fue elaborado por Ernest Mandel para el análisis de la situación surgida después de la Segunda Guerra Mundial y se refiere a que: el capitalismo histórico ha experimentado, en la escala mundial que hoy le corresponde, profundos cambios que han modificado sustancialmente su componente de acumulación, pero también, de forma significativa, el de regulación, perturbando críticamente su forma de gestionar las inequidades, desigualdades y *doxas* que él mismo produce”.<sup>30</sup>

Para una comprensión mejor del concepto y sus implicaciones actuales en América Latina se puede revisar el artículo de Piqueras, et. alt.

Retomando el tema, renuncia en parte a su hegemonía y privilegio cuando toma el lugar de la víctima en el momento que impone el castigo al criminal, de modo que la justicia restaurativa viene a evidenciar las limitaciones de dicho Estado en cuanto a la insatisfacción de las necesidades de las víctimas, muchas de las cuales: “no son atendidas adecuadamente por el sistema de Justicia Penal, ya que es frecuente que las víctimas se sientan ignoradas, abandonadas e incluso hasta atropelladas por los procesos judiciales”.<sup>31</sup>

La autora hace notar que la justicia restaurativa se centra en el daño que, obviamente, afecta a la víctima, procurando reparar ese daño dentro de lo posible, tanto de manera concreta como simbólica, buscando generar: “una experiencia que sea sanadora para todos los involucrados”.<sup>32</sup>

#### **a) Concepciones de Justicia Restaurativa**

No existe un concepto universal sobre la misma, pero se cuenta con la experiencia de su práctica y ejercicio en varias comunidades indígenas. De esta manera, lo mejor por el momento es revisar las coincidencias de las distintas fuentes en lo que a juicio de la autora se puede denominar como Justicia Restaurativa:

- Se basa en la atención a las víctimas con soluciones que no parten de la venganza y de esa manera se logra restaurar la paz.
- Es un proceso restaurativo en el cual la víctima y el delincuente (cuando proceda), y otras personas afectadas participan de manera conjunta y activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, todo ello con la ayuda de un

---

<sup>29</sup> El Comercio. “Ernesto Pazmiño: La rehabilitación en cárceles fue un fracaso”. *El Comercio* (Quito), 15 de enero de 2019.

<sup>30</sup> Andrés Piqueras, María Emilia Tijoux y Antonio Elizalde, “Capitalismo tardío y sujetos transformadores”, *Polis* [En línea], n.º 24 (2009), <http://journals.openedition.org/polis/1715>, 19 de julio de 2011, consultado el 23 marzo de 2020.

<sup>31</sup> Villarreal Sotelo, “La víctima, el victimario y la justicia restaurativa”, 45.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, 45.

facilitador. Esto puede incluir la mediación, la conciliación, las conversaciones y reuniones para lograr acuerdos en el marco jurídico vigente.

- Los afectados por el delito o infracción logran mediante un proceso no punitivo, reparativo y deliberativo, alcanzar la solución del conflicto de maneras no contempladas en los sistemas penales de los estados actuales.
- Manejo colectivo de las partes involucradas en el delito de las consecuencias del daño y las implicaciones que este trae.

#### **b) El paradigma de la Justicia Restaurativa para las ciencias criminológicas**

Transformar el conflicto penal en un acuerdo de voluntades tendiente a restaurar la paz entre la víctima y el ofensor es el objetivo, esto implica nuevos retos para los tratadistas del derecho a fin de garantizar en la práctica su aplicación óptima.

Al ser la víctima el actor principal que en este método otorga el perdón a quien le ha hecho daño, podría prestarse a situaciones reñidas con los principios éticos de la propuesta. La compra del perdón, por ejemplo, o la manipulación de la víctima por parte de personas que se aprovechan de su buena fe o sus limitaciones en cuanto a información jurídica o cultural, o quién sabe si amenazas, todo lo cual exige que la propuesta antes de ser aplicada como posible dentro de la administración de justicia, sea debidamente estudiada y la víctima cuente con las garantías de no ser nuevamente victimizada por un timo jurídico, esta vez, con la complicidad del Estado.

Conviene resaltar lo que la autora señala cuando dice: “La Justicia Restaurativa contribuye al desarrollo del paradigma jurídico del siglo XXI, siendo el de resolver los problemas por nosotros mismos, entendiendo que en su interacción se desarrolla en un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional”.<sup>33</sup>

A continuación, el texto expone elementos de la victimología, informando al lector de sutilezas y de lo que podría ser un glosario de neologismos con los cuales se estudia el tema de la víctima, de la victimización y sus niveles.

#### **c) La víctima, el victimario y otros involucrados en el proceso restaurador**

La autora del texto se inclina a tratar el tema del victimario colocándolo simétricamente en relación con su víctima, asunto en verdad polémico cuando nos ponemos en los zapatos de esta última.

La justificación de dicho tratamiento obedecería a la necesidad de restaurar la paz

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, 47.

social alterada por el delito mediante la reconciliación del delincuente, el cual, al ser tratado de este modo, en opinión de la autora, es menos propenso a reincidir.<sup>34</sup>

La Justicia Restaurativa es un tipo de Justicia que procura en el Proceso Penal un diálogo en el que participan activa y voluntariamente la Víctima, su ofensor y la comunidad, con ello la reparación del daño a la Víctima, la restauración del lazo social y la rehabilitación del ofensor en un encuentro, convirtiéndose en actores centrales en el proceso de la justicia criminal, mientras que el Estado y los legisladores se convierten en los facilitadores de un sistema enfocado hacia la rendición de cuentas del ofensor, la reparación que este hace a la víctima y la participación plena de los tres actores (víctima, ofensor y miembros afectados en la comunidad).<sup>35</sup>

La concepción del delito como alterador de la paz social es cuestionable, pues ¿de qué paz hablamos?, ¿no es “la paz” una entelequia, o quizás una utopía? Por otra parte, entender al delincuente como una oveja descarriada que puede regresar al redil, parecería no ser más que una honesta y bien intencionada esperanza cristiana que en último término deja en manos de Dios el perdón o el castigo definitivo.

La evidencia empírica de la restauración de la justicia en resultados indica, que el delincuente que participa en los procesos de petición de perdón, es menos propenso a reincidir. 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. La misericordia no elimina la necesidad de castigar.<sup>36</sup>

Es más, la autora insinúa que en el caso de que la víctima no muestre misericordia hacia quien le ha ofendido, esta no estaría en el derecho de bloquear a la comunidad para evitar su participación en lo que podría ser la salida misericordiosa del embrollo causado por el delito. Tal postura, en casos de ofensas muy graves podría afectar seriamente a la víctima, con lo cual la justicia restaurativa muestra sus límites. Sus argumentos son los siguientes:

El castigo humano contextualizado tiene que tomar en cuenta, las emociones de los miembros de la comunidad y dejar espacio para que estos muestren misericordia. Ya que se requiere rehabilitar al delincuente en la sociedad, esta no debe persistir en etiquetar o seguir criminalizando al delincuente una vez que este atendió la responsabilidad de su delito, pidió perdón, ofreció disculpas, asumió y aceptó la culpa.<sup>37</sup>

No hay garantía de que el ofensor, hipócritamente acepte que procedió mal hasta sacar

---

<sup>34</sup> *Ibíd.*, 50.

<sup>35</sup> *Ibíd.*

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> *Ibíd.*, 52.

provecho de su “arrepentimiento” y al cabo de poco tiempo perpetre las mismas ofensas a otras víctimas. De darse el caso, el historial del ofensor debería ser determinante a la hora de juzgar —si se llegaría a juzgar— la reincidencia.

**d) Incorporación del perdón en la búsqueda de la justicia para la víctima**

Concepciones metafísicas o quizá místicas, subyacentes en el discurso de la autora, interfieren en el desarrollo de la exposición que se viene analizando, ya que la idealización de la justicia en lo que parecería ser una identificación de la misma con la administración estatal, conducen al tratamiento escatológico de categorías que el análisis de la modernidad ubica de manera cuando menos realista. La Paz, el Perdón, la Misericordia, no serían por lo tanto elementos novedosos en la justicia penal.

No se trata de optar por la venganza o por el fortalecimiento del rol punitivo del Estado pero, desde las perspectivas teóricas del pensamiento crítico contemporáneo, cualidades humanas como la sensibilidad, pasión, percepción, conciencia, paciencia y bondad a las que apela la autora, son valores diferenciados dependiendo de la clase social y la cultura a la que pertenezca quién los posee —o no los posee— y, en cualquier caso, son cualidades dependientes y determinadas por circunstancias de orden material en las cuales las formas de producir y el rol que cada persona ocupa en esa producción (de bienes y servicios) va a condicionar, cuando menos, sus formas de pensar, idiosincrasia, valores, etc., todo ello sumado al papel que juega la hegemonía, es decir, las ideas dominantes.

De este modo, si bien Villareal establece ciertos ejes de la discusión sobre las posibilidades de la justicia restaurativa. Así, señala nueve elementos en los que se basaría esa paz que debe ser restablecida por medio de la justicia restaurativa:

- a) El respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación;
- b) El respeto pleno de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados y de no injerencia en los asuntos que son esencialmente jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional;
- c) El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- d) El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos;
- e) Los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presentes y futuras;

- f) El respeto y la promoción del derecho al desarrollo;
- g) El respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres;
- h) El respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información;
- i) La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y entre las naciones; y animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la Paz.<sup>38</sup>

La cita, si bien es extensa, pero demuestra que al confrontar todos estos propósitos con lo que sucede en el día a día en el mundo, son palabras muertas. Lamentablemente, a pesar de la ineficacia de su proclama, no se puede por ahora sino seguir pregonándolos como único recurso ante la ley de la selva que no deja de imponerse.

#### **e) Ventajas y desventajas de la justicia restaurativa para la víctima**

No quisiéramos pensar que, para ciertos delincuentes, el cometimiento del delito, tratado luego con los mecanismos de la justicia restaurativa, se convierta en la posibilidad de su impunidad, disfrazada de reinserción social, laboral y psicológica, independientemente de la gravedad de su ofensa.

La autora, si bien lo pone en boca de los detractores de la justicia restaurativa, tácitamente reconoce que “los delincuentes por lo general, no muestran arrepentimiento, tan solo fingen remordimientos y son capaces de ofrecer disculpas falsas, todo cuando sea necesario para obtener beneficios hacia su persona”.<sup>39</sup>

Reconoce también por otra parte, que cuando hay víctimas múltiples resulta difícil el acuerdo de todos y todas en lo referente al perdón y a la misericordia.

#### **f) La justicia restaurativa en México con relación al panorama internacional**

Por último, y antes de pasar a sus conclusiones, Villarreal evalúa la situación de la justicia restaurativa en México, resaltando que la misma no se aplica en la práctica general de la república, pero que los métodos alternos de resolución de conflictos han tenido algún éxito contribuyendo a un cambio cultural respecto a la justicia tradicional. Así “El camino para alcanzar una cultura de conciliación y Paz es la Educación.

---

<sup>38</sup> *Ibíd.*, 51-2.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, 53.

Obligando a capacitar en todos los niveles de educación generando en competencias de negociación, mediación y Paz”.<sup>40</sup>

Villareal además dice que la justicia restaurativa es nueva en las áreas de la Victimología y la Criminología cuando se ha reconocido que el crimen causa heridas directas e indirectas. Busca la reparación de los daños con la participación de la víctima el victimario y la colectividad con soluciones alternas a las de la justicia tradicional. Por ello dice que: “El rol de la autoridad consistirá en preservar el justo orden público; la comunidad debe construir y mantener una justa Paz, a través de elementos normativos religiosos, como el Perdón y la Misericordia, a fin de trabajar en restaurar el mal a aquellos que se han visto perjudicados”.<sup>41</sup>

Los mediadores y facilitadores deben ser capacitados para que comprendan la trascendencia del perdón. La justicia restaurativa es una consecuencia de la interacción de la mediación con otras acciones y elementos que en conjunto intentan restaurar el daño social y económico.

Finaliza la autora expresando que no entiende a la víctima y al victimario como sujetos histórico espaciales y por tanto culturales, con lo cual su análisis flota en el positivismo y lo puramente descriptivo.

Resguarda el papel de un Estado en crisis que ante el fracaso de sus políticas punitivas “cede” el derecho a que la víctima pueda resarcirse del daño de forma directa frente a quien le ha ofendido. En este juego, el Estado queda de “facilitador” y “garante” de que los acuerdos se lleven a cabo y se cumplan dando con ello la imagen de apertura democrática.

De este modo, el Estado y los intereses históricos que representa, ocultan la raíz del mal, la causalidad del crimen que en última instancia tiene causas estructurales.

La justicia restaurativa puede tener resultado positivos pero limitados por la dimensión de las ofensas o los daños ocasionados por el acto delictivo. Hay asuntos que se pueden disculpar y que pueden ser motivo de resarcimiento a favor de la víctima. ¿Es posible la justicia restaurativa cuando las víctimas lo son de los abusos del poder, abusos policiales abiertos, o no; actos militares de las grandes potencias; los daños ecológicos; las de los productos industriales y fármacos irresponsablemente colocados en el mercado; las de los robos de los bienes públicos? Con el agravante de que el daño, individual, colectivo, nacional o internacional, está calificado como tal por las diferentes

---

<sup>40</sup> *Ibíd.*, 54.

<sup>41</sup> *Ibíd.*



legislaciones.

En definitiva, ¿es posible esta justicia frente a los daños estructurales que la relación capital causa?

Álvaro E. Márquez Cárdenas reseña en su artículo “La Justicia restaurativa vs. la justicia retributiva en el sistema procesal de tendencia acusatoria”, el mismo que es el resultado de la investigación denominada: “La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de justicia restaurativa”<sup>42</sup> que:

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones, más que en castigar a los delincuentes. Este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado, parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes con las víctimas.<sup>43</sup>

Su reflexión aterriza en el conflicto armado que vive Colombia, el autor señala que el sistema de justicia penal depende “fuertemente” del encarcelamiento y que el Estado no tiene un sistema de política criminal y victimal distinto al represivo.

Manifiesta que el sistema judicial está en crisis y algunos factores de la misma:

la incapacidad para adelantar y terminar las investigaciones y actuar frente a los delincuentes organizados en grupos de poder; congestión de proceso y casos sin resolver en los despachos de todas las instancias de la fiscalía; impunidad y falta de credibilidad en la justicia; cuestionamiento de la ausencia de Administración Pública de la justicia penal.<sup>44</sup>

Dice que, en Colombia, recién en el año 2011 entraron en vigencia algunas reformas procesales con las cuales se buscaba paliar inconsistencias, irregularidades, impunidades, que cuestionaban el sistema inquisitivo proyectando un cambio profundo en la administración de la justicia en el área criminal.

**a) “... del sistema inquisitivo al sistema acusatorio en la implantación de la justicia restaurativa”**

Considera que para entender las bondades de la reforma que introdujo la justicia restaurativa en el sistema penal colombiano, como alterativa a la justicia retributiva, es

---

<sup>42</sup> Álvaro E. Márquez, “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derechos y Valores* X, n.º 20 (2007).

<sup>43</sup> *Ibíd.*, 201.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

necesario ver las deficiencias del proceso penal. A juicio suyo, tres son las grandes irregularidades del proceso inquisitivo:

1. Las funciones investigativas, acusatorias y judiciales están mezcladas y confundidas “en el afán de aplicar una justicia retributiva”.
2. “La falta de publicidad del proceso penal por el enorme compromiso de lo escrito sobre lo oral en el proceso penal”.<sup>45</sup>
3. “La irrelevancia del juicio oral en la medida que los procesos criminales en el país se deciden en la parte sumarial o fase de investigación”.

Si el autor confiesa lo anterior, quiere decir que el sistema penal está muy venido a menos y que, en esas condiciones, la situación del acusado es brutal, y la de la víctima es secundaria frente a prácticas que seguramente dan paso a irregularidades reñidas con los derechos humanos y optan por caminos aberrantes.

A continuación, Álvaro Márquez explica con mayor detalle el alcance de las tres irregularidades:

Sobre la primera dice que no había (¿no hay?) división técnica de funciones entre el fiscal, el investigador y quien controlaba a los dos. Además, y en medio de este ejercicio discrecional de la justicia, esas autoridades allanaban, capturaban, se tomaban atribuciones propias de los jueces con lo cual no había garantías para el ciudadano.

Es fácil suponer que en este caos no podía prosperar la investigación científica, sino la corrupción y la arbitrariedad.

Sobre la segunda gran irregularidad, el autor señala la falta de transparencia en todos los procesos penales, refiriéndose con ello a la opacidad con la cual actuaban (¿actúan?) lo jueces que a su vez no pueden ser observados por la opinión pública.

Y en lo que tienen que ver con la tercera irregularidad, el enorme peso de lo sumarial lleva a que los procesos penales se definan en los sumarios, con lo cual no resulta extraño que el 90 % de las resoluciones tomadas a partir de las acusaciones de la fiscalía terminen en sentencias condenatorias. Ser acusado en Colombia, es una desgracia porque casi siempre será condenado, de modo que los peores temores que Kafka dejó escrito en su novela *El proceso*, serían juegos de niños ante tan terrible realidad.

Es decir, que en Colombia —según lo expresa el autor citado— en el marco de la guerra no existía (aún no existiría, porque la misma no ha terminado) una administración de justicia profesional sino una parodia en la que el Estado actúa al margen de la ley. Para

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 202.

corregir estas enormes anomalías se ha tratado de aplicar algunos mecanismos novedosos, parece que no tanto por la buena voluntad del poder, sino para lavar una imagen que favorecía y justificaba todo tipo de impugnaciones contra el mismo.

En tal sentido, se ha visto la necesidad de separar la investigación de la actividad fiscal. Separar las funciones de acusar de las de controlar que se busca pase a ser de los jueces de garantías. La independencia de los jueces con respecto a los investigadores sería otro objetivo, con lo cual el juicio adquiere mayor centralidad. Asimismo, se buscaría transparentar las acciones judiciales y que el público pueda ver cómo actúan sus responsables y sus contradictores. En este nuevo esquema, la oralidad busca mayor protagonismo.

Lamentablemente, por lo que publica la prensa, hasta 2019 por lo menos, los hechos contradecían los buenos propósitos del autor: Walter Patricio Arízala Vernaza, o «William Quiñonez» o «Luis Alfredo Pai Jiménez», alias «Guacho» fue cazado y su cuerpo mostrado como trofeo del triunfo de las fuerzas de seguridad que lo buscaron con el propósito de matarlo, no de capturarlo. Y este no es el único ejemplo: a raíz del estallido del carro bomba que mató una cadete de la policía ecuatoriana y a otros diez colegas suyos, el ELN (Ejército de Liberación Nacional) dijo que el atentado era su repuesta al asesinato que el Estado había cometido en contra de dos de sus compañeros que pudiendo ser capturados, fueron acribillados.

#### **b) “... la justicia restaurativa”**

La siguiente definición parece bien lograda y por ello se la transcribe:

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. [...] surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados ‘reuniones de restauración’ y ‘círculos’”.<sup>46</sup>

El potencial de la Justicia Restaurativa radicaría en darles a las víctimas algún control sobre el problema a la vez que contribuir a la cohesión social. Las partes involucradas, víctimas, victimarios y comunidades directamente relacionadas con el hecho, tendrían teóricamente la posibilidad de tratar los efectos del mismo con fines restaurativos, es decir, tratar de reparar el daño en la esfera de las consecuencias o las

---

<sup>46</sup> *Ibíd.*, 203.

implicaciones del delito.

Según la visión optimista del autor, con esta justicia se buscaría un resultado restaurativo que derivaría en acuerdos orientados a atender las necesidades de la reparación parcial de la víctima, la reinserción social del victimario en función de los intereses de la comunidad.

**c) “...diferencias entre justicia restaurativa y justicia retributiva”**

(Algunas reflexiones y digresiones a partir de la lectura del texto acerca de las limitaciones históricas y teóricas de la justicia restaurativa).

**1.** La justicia retributiva sería una reminiscencia de la milenaria norma del ojo por ojo, diente por diente. Sin embargo, en vez de que la víctima infrinja el mismo daño a quien le ofendió, en los Estados modernos, el ojo o el diente dañados tienen su equivalente en tiempos de reclusión dictaminados por el Estado.

¿Es la venganza el sinónimo de la justicia? ¿Es el Estado quien debe aplicar la pena sin mí participación? ¿El castigo al victimario va a corregirle? ¿La sociedad toma ese castigo como una medida disuasoria para que no se cometan más delitos?

Quien mató a un ser querido de mi familia, puede ir a la cárcel, pero su reclusión no alivia mi pena ni devuelve la vida al muerto. En esta línea de razonamiento ninguna de las inquietudes planteadas en el párrafo anterior tiene una respuesta positiva, por tanto, si no funciona la justicia retributiva, es necesario pensar otras alternativas.

En efecto, el hecho de que el victimario vaya a prisión, culturalmente debe satisfacer una noción de justicia impuesta hegemónicamente y, es más, la idea de que solo el Estado debe y puede castigar. Esto es lo que la justicia restaurativa viene a cuestionar de algún modo.

**2.** Reflexionando sobre estos temas cabe preguntarse si los diferentes niveles de agresión o daños a las personas, o a grupos sociales, en este sistema o en otro ¿merecen o no ser castigados? Por ejemplo, los asesinatos o las violaciones a menores han sido castigados desde que el hombre tiene conciencia de su humanidad, siendo esta precisamente la que la permite avanzar diferenciando lo que es adecuado para el desarrollo social y lo que frena o atenta contra el mismo. Frente a estos hechos, “reconocer” que los victimarios cuando infringen la ley vigente o dañan a sus víctimas “se dañan a sí mismos” y en nombre de una “visión amplia” de los actos criminales, empeñarse en su “resocialización”, es cuestionable. “El enfoque restaurativo confronta y

desaprueba los delitos *al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes*”,<sup>47</sup> es un tema (el que hemos subrayado) que debería considerarse no debatido lo suficiente y sobre el cual no existe ni consenso ni unanimidad.

Para el derecho penal caben también otras reflexiones. En primer lugar tener claro que no es posible salirse de la historia, de las circunstancias que crean la ley, el delito, la víctima, la pena... en fin, el mismo derecho penal o el sistema carcelario que son productos históricos. De este modo y bajo el capitalismo, el Estado capitalista, así sea tardío, ejerce —como todo Estado— el monopolio de la violencia, aunque en muchos casos el delincuente castigado no es más que un chivo expiatorio a quien se le sacrifica para aplacar la justa ira de conglomerados más amplios.

Asimismo, y en el sistema vigente, los macro delitos, el crimen organizado, los delitos de Estado, los impulsores de agresiones a pueblos y países para saquear sus recursos, y los grandes delincuentes o responsables implicados en tales cometimientos, no van a la cárcel. Este es un punto a tomarse muy en cuenta a la hora de discutir temas como el de la justicia restaurativa, o la discusión sobre delitos y delincuentes de mayor o menor cuantía, que podría convertir a estas discusiones en un elemento para eludir lo realmente espantoso y que desborda lo individual.

Tomando en cuenta las consideraciones anotadas, es claro que las ofensas varían de grado y, la pena retributiva por lo general pretende ser proporcional al menos cuando el funcionamiento democrático de la sociedad capitalista lo permite. Cuando esta sociedad recurre a las diversas formas dictatoriales o fascistas, la cosa cambia, o cuando el ofensor no puede reparar el daño que ha causado porque es inimputable —o inalcanzable— o por alguna otra razón, las tesis restauracionistas no tienen cabida.

Al ser el sistema vigente una sociedad clasista con intereses antagónicos, ha sido causa para que autores radicales hablen de que aún estamos en la prehistoria de la humanidad. De este modo, el castigo, vendría a ser una forma de venganza, una forma de satisfacer a la víctima, porque bajo las presentes condiciones históricas las utopías justicieras son eso, aunque lamentablemente en los marcos del neoliberalismo son las peores distopías las que están tomando cuerpo.

La reparación no es un castigo, este es el sentido que le confiere la justicia retributiva. Ciertas ofensas en el plano individual quizás puedan ser reparadas, pero como hemos señalado, las ofensas ampliadas perpetradas contra grupos hacen difícil que el

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*, 204-5.

victimario las repare y, el castigo, no solo que probablemente sí sea disuasorio en cuanto su función preventiva, a la vez que sí sería una forma de reparar el clamor social.

3. “La (justicia) restaurativa busca superar la identificación de castigo con venganza, propia de un discurso en el que lo principal es reaccionar contra el delincuente con un dolor similar al que él produjo en la víctima y solo, en segundo lugar, buscar la no repetición (prevención) y la reparación de las víctimas. Es importante tener en cuenta que al hacer justicia el derecho apunta hacia la reparación y no hacia la venganza”.<sup>48</sup>

La venganza, la redención, la violencia o la revolución... son temas relacionados con lo que aquí se trata y al ser pensados por los más inteligentes de nuestros tiempos, deben ser la guía para nuestras reflexiones académicas.

En el libro *Así habló Zaratustra* (1883), bajo el subtítulo: “De la redención”, Nietzsche dijo lo siguiente: “*El espíritu de la venganza*: amigos míos, esto ha sido así hasta ahora lo mejor a donde llegó el pensar de los hombres; y donde había sufrimiento, allí debía estar siempre el castigo”.

Heidegger, comentando al anterior, resaltaba que Nietzsche habló en el mismo libro de la “redención de la venganza” y de que su compatriota dijo que redimirse de la venganza sería el puente por el cual el hombre tendría que pasar a ser el superhombre, un ser distinto al actual, un hombre superior. Por desgracia y hasta ahora solo hemos conocido hombres de carne y hueso y ningún atisbo de ese superhombre, el cual, después de Nietzsche y en los tiempos de Heidegger, existió solo en las mentes de los nazis.<sup>49</sup>

Lamentablemente y como pensaba otro alemán (Marx), parece que la historia no camina por las sendas de la bondad y del perdón, sino por el *huacayñan* de la lucha de clases y los intereses encontrados, que según sus leyes de hierro marcan los comportamientos individuales y están en el trasfondo de casi todas las violencias y los delitos: “La historia de la toda sociedad hasta nuestros días no ha sido sino la historia de la lucha de clases”.<sup>50</sup>

Walter Benjamin, también alemán, dice en sus *Tesis sobre la Historia*, que la revolución no se la hace con la esperanza de liberar a los nietos, sino para saldar cuentas con los abuelos oprimidos... Benjamin, habla de la revolución justificándola en nombre

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, 204.

<sup>49</sup> Del artículo “El espíritu de la venganza”, de Martin Heidegger, publicado en la *Revista Descartes. El análisis en la cultura* IV, n.º 6 (1989).

<sup>50</sup> Carlos Marx, y Federico Engels, *Manifiesto del Partido Comunista* (Ciudad de México: Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx, 2011).

del pasado y de lo pasado por generaciones de oprimidos y, curiosamente, se trata de un autor imbuido de mesianismo judaico...

4. El pensamiento *lighth*, conservador o posmoderno, quiere erradicar estas pulsiones profundas que están enraizadas en lo humano; lo propone desde una bondad simple que niega la experiencia de la historia y lo hace con el propósito de apaciguar los ánimos justamente enardecidos que cuestionan el presente; de conseguirlo, lo único que se lograría es su permanencia, algo conveniente al poder que rige y cuya la hegemonía (en el sentido gramsciano) permite a unos pocos sentirse a gusto, pues cuando ven peligrar sus privilegios comete los más terribles crímenes.

La justicia restaurativa presenta un marco *que contrasta* con el actual sistema occidental de tipo retributivo. *Las modernas leyes occidentales de hoy día operan bajo el supuesto que el crimen es una ofensa en contra del Estado. En sistemas legales anteriores al sistema actual, el crimen era visto principalmente como una ofensa en contra de la víctima y la familia de la víctima*". (Las cursivas de la autora)<sup>51</sup>

Este *contraste* no significaría ningún avance frente a la justicia retributiva, pues lo que implica es un fortalecimiento de la autoridad del Estado en cuanto a su monopolio de la violencia y la posibilidad de que este, como aparato impersonal responda a las "ofensas" que no pueden sino provenir de la sociedad sobre la cual ejerce su dominio.

Este "avance" correspondería al fortalecimiento relativo del poder capitalista en los tiempos de la globalización y del neoliberalismo, cuando, el poder por el poder y el poder en función de la lógica del capital, minimizan la presencia del individuo y de las víctimas. Paradójicamente se usa su condición para promover sus derechos: nunca como hoy los "derechos" humanos de las personas —y de las víctimas— han sido tan enaltecidos, pero nunca tampoco han sido tan despreciados por el poder. Basta ver los millones de víctimas de las guerras de agresión y de los efectos negativos del llamado "mercado". De esta manera y cuando se analizan las propuestas restaurativas en el derecho penal en el contexto macro, podemos decir que, a lo mucho, sus perspectivas se proyectan en lo que podríamos calificar de microjusticia.

El riesgo que asumen las argumentaciones de la justicia restaurativa cuando se las enmarca en el los contextos mayores —según Márquez— es muy grande:

La justicia restaurativa ve de manera comprensiva los actos criminales, pues no se limita a definir un crimen como violación de la norma, sino que reconoce que los ofensores hieren a la víctima, la comunidad e inclusive a ellos mismos en el acto.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Márquez Cárdenas, "La justicia restaurativa versus la justicia retributiva", 205.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

¿Es o no un acto criminal haber difundido la mentira de que Irak poseía “armas de destrucción masiva” para tener el argumento para invadir y destruir ese país, asesinar a su presidente, destruir sus patrimonios culturales e imponer un régimen de ocupación? Frente a ello, ¿es posible ver este crimen “de manera comprensiva” y a reconocer a los ofensores “que se han herido a ellos mismos”? ¿Qué reparación posible se presenta en el horizonte ante daños tan inmensos y ante crímenes de lesa humanidad como los que se cometieron contra Irak?

Entre las “ventajas comparativas” que el autor destaca en su apología de la justicia restaurativa, están la reducción de la población carcelaria y de los gastos de su mantenimiento, permitiendo, además, que los delincuentes permanezcan con sus familias y continúen con sus actividades sociales y profesionales para que se readapten a la sociedad.<sup>53</sup> Suena irónico, solo pensar que los políticos y militares implicados en la agresión a Irak fueran beneficiados por las “ventajas comparativas” que la justicia restaurativa les tuviera reservadas.

#### **d) “tipos de sanciones en la justicia restaurativa”**

La restitución (reconocimiento económico por los daños ocasionados) y el servicio a la comunidad que el delincuente debería realizar como pago por su acción, así como las reparaciones materiales como las integrales, están contempladas en las legislaciones y no constituyen novedad ni aporte de la justicia restaurativa.

El resto del texto habla de los mecanismos para hacer realidad la justicia restaurativa y los pasos y procedimientos fiscales y judiciales correspondientes. Resalta el papel de la mediación y sus trámites.

El autor concluye rescatando la supuesta reivindicación de la víctima en lo que se podría considerar como una revictimización de la misma al inducirla a renunciar su reparación frente a las ofensas y a lo que podría también tomarse como utilización de la víctima para desactivar el conflicto y ayude al Estado a restituir una paz social conveniente al poder que históricamente dicho poder representa.

El autor reconoce que las propuestas de la justicia restaurativa tienen detractores cuando, en las conclusiones de su texto señala:

De esta manera el Estado sienta su interés en el delincuente como única manera

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, 205.



de controlar el delito. Todas las garantías procesales como sus derechos fundamentales, del delincuente, están protegidas, de ahí que algún autor, haya indicado que la legislación penal es la carta magna del delincuente.<sup>54</sup>

Estos aportes ayudan a precisar los alcances y limitaciones de la justicia restaurativa.

Tomando las palabras del jurista Alberto Binder al respecto dice que: “una sociedad funciona mejor cuando no recurre permanentemente a sus órganos de Administración de Justicia, sino cuando la Ley y la Administración de Justicia tienen la capacidad de influir en la cultura, de tal manera que es la propia comunidad la que se autorregula en los conflictos y no tiene que llegar a los tribunales”.<sup>55</sup>

## **2. Los límites de la conciliación en materia penal**

En Ecuador la Constitución da la pauta, con el artículo 190, a los procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Procedimientos que en todo caso se aplicarán con sujeción a la ley, y en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Entre los procedimientos se reconocen, además, al arbitraje, que también es un mecanismo alternativo de solución de conflictos y cuyas partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias. Los tribunales de arbitraje son administrados por terceros independientes que se conforman para conocer dichas controversias y proponer una solución. A diferencia de la mediación directa, en estos casos la solución sigue siendo iniciativa de un tercero externo al problema.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece que la Administración de Justicia es ejercida por la Función Judicial como un servicio público básico y fundamental del Estado, con el cual, se coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución y los documentos internacionales de Derechos Humanos vigentes y las leyes. En este contexto, los medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley constituyen una forma de servicio público, al igual que otras formas de solución de justicia, por ejemplo, las que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades quienes utilizan ancestralmente métodos que restituyen la convivencia pacífica en la comunidad y entre las partes en conflicto, como podemos observar en el ya referido caso La Cocha.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, 211.

<sup>55</sup> Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999).

La limitación principal tiene que ver con la restricción a los delitos de acción penal privada como hemos indicado y en los de acción penal pública, por lo que creo que en muchos otros casos es posible encontrar soluciones mutuamente satisfactorias a través de la Justicia Restaurativa y es ahí justamente en donde habría que trabajar.

En la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en los delitos de acción penal privada, por ejemplo, en los casos de injurias, cuando las partes han mostrado aceptación, se ha abierto el espacio en la audiencia de casación y se ha llegado a acuerdos que ponen fin a los conflictos mediante una satisfacción mutua de los intereses de las partes litigantes y que han llegado a Casación.

Esto ha sido una novedad en la práctica de los jueces de la Corte Nacional, porque antes seguían el procedimiento un tanto positivista y no daban paso a esa apertura autocompositiva que lleva a pensar en la posibilidad de contar con un Centro de Mediación en la Corte Nacional de Justicia. Este Centro, ayudaría a que se solucionen rápidamente un buen porcentaje de casos y juezas y jueces puedan dedicarse a casos más complejos. Esto no significa de ningún modo que los casos que pueden ser sometidos a mediación no sean importantes.

Ecuador ha adoptado un sistema oral a partir del año 2000 en materia penal, sin embargo, la Constitución establece la oralidad para todas las materias, por lo que con la promulgación del COGEP, se ha adecuado la normativa secundaria a la constitucional implementando la oralidad y la Justicia Restaurativa es básicamente oral.

Vale la pena citar esta situación porque en los procedimientos alternativos, la oralidad es también el principal recurso para la comunicación. Que se basa en los principios de concentración, contradicción y dispositivo, el procedimiento es un medio para la realización de la justicia, y las normas procesales proclaman los principios de significación de uniformidad, de eficacia, de mediación, de celeridad, y de economía procesal.

La solución alternativa de conflictos no cabe en aquellos que comprometan gravemente el interés social, cuando se trate de delitos contra la Administración Pública o que afecten los intereses del Estado; esta es una limitación necesaria que la ley establece, igual en aquellos delitos en los que existe violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio o cuando se trate de crímenes de lesa humanidad. Los límites que la ley establece a la conciliación penal son claros: se acepta cuando la pena

máxima prevista para el delito en cuestión no sea superior a cinco años.<sup>56</sup>

Queda claro que con estas salidas alternativas se pone fin al conflicto por la autonomía de la voluntad, el acuerdo definitivo, se daría una vez que las partes hayan cumplido los acuerdos alcanzados para lo que se necesita además una unidad de seguimiento de los acuerdos de las partes para que efectivamente se pueda poner fin.

El amigable componedor, aplicable en el procedimiento de acción privada, el juez de garantías penales señalará día y hora para la audiencia en la que el querellante y el querellado pueden a través de un amigable componedor que busque facilitar la comunicación para que en la conciliación se ponga fin al juicio. Es necesario, para ello, tener un espacio amigable, silencioso, al que las partes puedan acudir y sentarse a dialogar; para esto sería un requisito que este espacio funcione 24/7 los 365 días del año.

Ya que muchas veces la voluntad de solucionar se ve expuesta a otros criterios que hacen que las cosas se compliquen por múltiples factores, la ventaja adicional es que, si un caso se soluciona de esta manera expedita, podemos aligerar la carga procesal.

---

<sup>56</sup> Artículo. 663.- Conciliación. - La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal 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, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano. 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. Nota: Num. 2 sustituido por artículo 12 de Ley n.º 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 598 de 30 de septiembre del 2015 (ver...). Nota: Ver Reglamento para la Conciliación en Asuntos Relacionados con Infracciones de Tránsito, Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura. Artículo 665.- Reglas generales. - La conciliación se sustanciará conforme con las siguientes reglas: 1. La víctima y la persona investigada o procesada presentarán ante la o el fiscal la petición escrita de conciliación que contendrán los acuerdos. 2. Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del presente Código. 3. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación. 4. Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite, solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron. 5. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal. 6. Cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento. 7. En caso de que, en la audiencia, la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario. 8. El plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación será de ciento ochenta días. 9. Durante el plazo para el cumplimiento de los acuerdos de conciliación se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente. 10. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo. 11. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela.

La desestimación, cuando el acto no constituye delito, o cuando existe algún obstáculo legal y subsanable para el desarrollo del proceso. Eso lo maneja la fiscalía directamente.

En los delitos en los que por las circunstancias del caso el infractor sufriera un daño físico grave, que le imposibilite llevar una vida normal, o cuando los únicos ofendidos fuesen el cónyuge o pareja o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad, se podría aplicar el principio de oportunidad, cuando el caso sea de los que doctrinariamente se conocen como de pena natural.

En el procedimiento simplificado, hasta antes de la audiencia preparatoria del juicio, como ya se ha dicho, en los casos sancionados con la pena máxima de cinco años de privación de la libertad, el Fiscal podrá solicitar expresamente al juez de garantías penales que el caso se resuelva mediante la oportunidad del procedimiento simplificado.

En los delitos de tránsito, en las penalizaciones tienen que ver con objetos y cuando haya solamente daños materiales de cualquier cuantía, podrán llegar las partes de manera inmediata a un acuerdo en la oficina de mediación que funcione las 24 horas del día, a través de un acta de mediación que contenga todos los puntos de acuerdo de manera clara, estableciendo cuantías y responsabilidades de las partes involucradas, hasta que se ponga fin al problema siempre y cuando que se verifique a través de esa unidad de seguimiento, de acuerdo que se ha cumplido con lo acordado en el acuerdo inicial. En los casos de ciertos tipos de lesiones que no implican un daño personal muy grave también puede aplicarse tomando en cuenta ciertos criterios objetivos que permitan a la persona en esta situación que por la autonomía de su voluntad llegue a un acuerdo mutuamente beneficioso.

Mientras una persona está con una instrucción fiscal, puede tener derecho a una sustitución a la medida cautelar de carácter personal que es la prisión preventiva. El Juez de Garantías Penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad cuando concurren hechos nuevos que así lo justifiquen, se obtenga evidencias nuevas y que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de la libertad, sobre todo cuando existe peligro de fuga y no comparecencia al proceso. Muchas veces esto no se ha hecho y no interesa al Estado llenar las cárceles con personas que además gozan de presunción de inocencia, sino que tengan la posibilidad de contar con una defensa técnica, ya sea a través de la Defensoría Pública o de un abogado de su preferencia, pero que lo puedan hacer con todas las garantías del debido proceso que constan en el artículo 76 de la Constitución ecuatoriana.

Existen otras figuras en el COIP como, por ejemplo, el procedimiento abreviado, se lo podrá proponer cuando se trate de un delito o tentativa que tenga prevista una pena privativa de libertad de hasta cinco años, el procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye y consienta en la aplicación de este procedimiento; en este caso el defensor debe acreditar con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales.

Cuando en el país se estaba tratando el proyecto de COIP, que incluye el Código de Procedimiento Penal, y el Código de Ejecución de Penas que desde el 2014 ha entrado en vigencia y acaba de tener una reforma con fecha 24 de diciembre de 2019.

La legislación penal ecuatoriana data de 1938, y como se comprenderá era necesario contar con un Código acorde a lo que estamos viviendo en lo que tiene que ver con la criminalidad organizada, la ciber-criminalidad, y con otras situaciones a las que nos vemos actualmente expuestos inclusive podría quedarse corto frente a situaciones inimaginables a escala planetaria y que no sabemos que repercusiones tendrán en el futuro.

Siguiendo con la Conciliación en materia penal esta procederá en los siguientes casos: si la infracción es leve, si la infracción no implica vulneración o perjuicio a intereses del Estado; si la comisión de la infracción afecta bienes cívicos disponibles de carácter patrimonial, particular; si la persona procesada no ha sido sentenciada anteriormente por la comisión de otras infracciones y, si existe consentimiento libre informado y exento de vicios por parte de la víctima o persona ofendida, así como la asociación expresa, libre y voluntaria de la persona procesada, se regirá por la siguiente regla: si en el proceso existiere pluralidad de personas procesadas o víctimas o personas ofendidas el procedimiento continuará a despecho de quienes no hubieren concurrido al acuerdo. En caso de que por medio de la mediación no se alcanzare ningún acuerdo, las declaraciones y testimonios rendidos de la urgencia de la elección no tendrán valor probatorio alguno. El acuerdo al que se llegue en la mediación deberá incluir reparación integral a la víctima y tendrá los mismos efectos que una sentencia historiada y pasada por autoridad de cosa juzgada. El Consejo de la Judicatura llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos que se sometan a mediación y los resultados de la misma.

La Jueza o Juez de Garantía de Penales, podrá promover la solución del conflicto a través de mediación de conformidad con esta regla para ejecución de los acuerdos, se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Cada vez más la Administración de Justicia merece contar con equipos

interdisciplinarios en los cuales la mirada no sea solamente la de los abogados, es necesario que se disponga de personal capacitado en técnicas de diálogo, de facilitación de conflictos, que permitan que las necesidades de la ciudadanía sean atendidas ya sea a través de métodos autocompositivos, como la mediación y el arbitraje, o a través de los casos que se litiguen y se lleguen hasta las altas Cortes de Cierre. El Ecuador cuenta con la Corte Nacional de Justicia —la más alta Corte de cierre de la Justicia Ordinaria— y de la Corte Constitucional, la más alta corte de cierre de la justicia constitucional.

Tras todo lo expuesto como parte de la experiencia en el ejercicio profesional espero haber dado una mirada panorámica de cómo se está manejando el tema de la solución alternativa de conflictos y facilitar, de este modo, que se pueda comparar y ver las diferencias de los métodos que tenemos en relación con los otros países de la región y avanzar en una administración de justicia ágil y democrática.

### **3. La prevención general**

El ordenamiento penal vigente sostiene que la finalidad de la pena es la prevención general para la comisión de los delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima.

Se entiende que para el derecho penal la prevención general es una alerta a la población para que no delinca, tiene un fin disuasivo te dice, tu cometes tal acción u omisión que consta en el catálogo de delitos y el Estado te amenaza con una pena o una medida de seguridad... con lo que se abre un camino de doble vía: por un lado la población se conforma con el castigo por el mal comportamiento y la víctima acepta dicha pena a cambio de la convivencia pacífica.

Para los cultores de la prevención general su mayor preocupación seguirá siendo la proporcionalidad de la pena que haya de imponerse a quien atenta contra un bien jurídico protegido.

En las teorías de la prevención general tenemos la prevención general negativa, es decir, ante la amenaza de la pena considera que la población por miedo a perder su libertad va a no lesionar un bien jurídico protegido que tiene —a través del Código Penal— una presunción de derecho que la ley es conocida por todos, cosa que no siempre es así.

Para la prevención general positiva, las penas muestran que el derecho penal efectivamente condiciona el comportamiento social y la vigencia de la ley.

La Prevención especial, continúa con la idea de que la pena es disuasiva, pero de manera directa con relación a quien podría cometer un delito, es decir al delincuente, el fin de esta prevención especial es volver al cauce a quien se ha desviado del camino y evitar que en el futuro cometa más delitos.





## Capítulo tres

### Análisis de casos

#### 3.1. El marco teórico de la justicia restaurativa en la práctica penal

El marco teórico del presente trabajo recopila antecedentes relacionados con la justicia restaurativa en los cuales las investigaciones académicas y las consideraciones teóricas que la diferencian de la justicia retributiva, han ido perfilando lo que hoy es un cuerpo conceptual susceptible de apoyar proyectos aplicables en las distintas materias de las que ocupa el derecho.

Tras lo señalado, el marco teórico específico subyacente ha podido fundamentarse en análisis y experiencias y elaborar la hipótesis acerca de que sí es posible la aplicación de la justicia restaurativa en el área penal ecuatoriana, por ahora, en cierto tipo de delitos en especial en acciones de derecho penal privado, no obstante, confío en que cada vez más se aplicará la Justicia Restaurativa en otro tipo de casos más complejos. Es así que al amparo de estos límites referenciales se interpretarán y analizarán tres casos penales que de haber sido manejados conforme los lineamientos de la justicia restaurativa, sus resultados hubieran sido menos burocráticos e impersonales, como se puede observar en uno de los casos planteados en el que al final de todo el proceso, es decir en Casación, se acogió la Justicia Restaurativa como forma de solucionar la controversia.

Las conclusiones demostrarán el potencial —para nuestro medio— que tienen las técnicas jurídicas de la justicia restaurativa y contribuirán, dentro del ámbito jurídico académico y práctico, a su mayor conocimiento y quizás a su mejor aplicación.

Reflexionando sobre lo que *puede ser* en el derecho penal ecuatoriano — particularmente en los temas de la justicia restaurativa que en estos campos se podría aplicar—, lo que *puede ser* es entendido como lo que *debería ser*, dentro, claro está, de las posibilidades que el COIP lo permite.

En este sentido y a la luz de la conceptualización actual de la justicia restaurativa, el criterio teórico con el cual se abordará el análisis de los casos que aquí se citan es hipotético y práctico, en tanto especula sobre lo que pudo haber sido, o en el cómo pudieron haber sido manejados los mismos según la justicia restaurativa. De este modo, la posibilidad teórica que nos brinda la academia cumpliría con su propósito y ayudaría a

pensar científicamente posibilidades prácticas en su aplicación, para el mejor desarrollo institucional y social.

### **3.2. Tres casos**

El análisis de cada uno de estos ejemplos expondrá en primer lugar una síntesis de cómo se resolvió cada caso y de cómo podría haberse resuelto de haber aplicado Justicia Restaurativa.

En el primero, la solución autocompositiva llegó al final de todo el proceso, gracias a que la Constitución lo permite y el COIP también recoge la opción de que las partes lleguen a un acuerdo, lo cual sucedió por iniciativa de los Jueces del Tribunal que hicieron esta propuesta a las partes en conflicto, logrando que que inclusive en Casación, frente a la posibilidad de llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio se haya dado una solución mejor que si se hubiera dictado una sentencia heterocompositiva en la que hay un condenado o culpable y una víctima por el cometimiento de un delito de acción penal privada. Fue la primera vez que se aplicó la conciliación en Casación ante la Corte Nacional de Justicia.

En el segundo ejemplo, el desenlace se produjo por la vía de la justicia ordinaria y por ese motivo se analizará de manera sintética los pasos de este procedimiento, antes de exponer cómo pudo haber sido manejado el caso conforme la teoría de la Justicia Restaurativa; se hará, por tanto, un ejercicio hipotético con el cual se esbozan los pasos de técnica jurídica contemplados en la Ley de Arbitraje y Mediación, para comparar los dos caminos.

En el tercer ejemplo se analiza un caso en el que una de las partes que no había participado directamente en el proceso ya que había otorgado una procuración judicial, se negó a continuar por la vía de la Justicia Restaurativa cuando prácticamente los abogados que llevaban el caso habían acordado este camino. Se analizará cómo se llegó hasta ese punto y qué pasó cuando la parte que no percibió una las conveniencias de la Justicia Restaurativa (la de ganar-ganar), debió sufrir una sentencia condenatoria.

El análisis de este caso permite destacar, entonces, ese aspecto versátil de la conciliación penal que permite en este tipo de delitos, a cualesquiera de las partes suspenderla en cualquier momento del proceso y optar por los mecanismos de la Justicia Restaurativa, con lo cual se muestra también la situación inversa, esto es que, siempre se puede resolver de manera tradicional una controversia con los problemas personales y sociales que implica como observamos en el presente caso en el que no se suscribió el

acta de conciliación, sino que se continuó con la sustanciación de la causa de manera tradicional.

Los expedientes completos de los casos que se cita pueden revisarse en la sección anexos de la presente investigación.

### 3.2.1.

#### Caso 1.

#### **Juicio penal n.º 837-VR-2011. Procesado: Carlos Andrade Faini. Ofendido: Claudio Albornoz Vintimilla. (Ver Anexo 1)**

Esteban Albornoz, entonces Ministro de Energía, había iniciado un juicio de acción penal privada en contra de Carlos Andrade Faini, gerente de la Empresa Eléctrica Quito, por el delito de injurias.

Luego de pasar por todo el proceso penal el caso llegó a la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, en la que el tribunal sugirió que de acuerdo con lo que dispone el artículo 190 de la Constitución de 2008,<sup>57</sup> se pueda dar término a este conflicto mediante una solución autocompositiva.

El injuriado (Albornoz) y el injuriador (Andrade) aceptaron esta sugerencia de la Sala de lo Penal, Policial y Militar de la Corte Nacional de Justicia.

En esta situación, el solo hecho de que se acepte la conciliación pudo evidenciar que la percepción de la injuria y la intención de injuriar son reacciones que pueden cambiar con el transcurso del tiempo e indican que justamente con un buen manejo del diálogo, frente a las motivaciones de cada una de las partes para iniciar un proceso penal, puede dar como resultado eliminar del registro de estas causas y dejar el espacio para otras que si requieran la maquinaria del sistema de justicia para solucionarlas. Para lo que no se necesita mucho como hemos dicho un espacio privado, una mesa redonda y sobre todo una persona técnicamente preparada para llevar adelante y facilitar el diálogo de las partes en conflicto, que tenga una motivación de solucionar el caso de manera ética y que logre devolverles a las partes y a la sociedad la calma y la paz perdidas por el cometimiento de una acción interpretada por una de las partes en su momento como injuriosa.

---

<sup>57</sup> Sección octava: Medios alternativos de solución de conflictos. Artículo 190.- 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.

De esta forma se dio paso a la conciliación, en la cual se cumplieron las formalidades establecidas por la ley y que concluyeron con la suscripción del Acta de Conciliación que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, cuyo contenido central fue la aceptación de Albornoz de la disculpa que le ofreció Andrade.

El giro que tomó el caso motiva las siguientes reflexiones:

- Fue posible porque existió la voluntad de las partes de suspender el litigio y optar de manera directa por una solución a sus diferendos. (Resulta que las partes en conflicto, son quienes mejor conocen la situación que les enfrenta, porque la han vivido en carne propia, si tienen una actitud ética y franca en pro de resolver su desacuerdo, posibilitan que la adecuada conducción del diálogo pueda ayudarles entregándoles la plena capacidad para transigir y lograr, acuerdos mutuamente beneficiosos. Pero este no es el único beneficio: las soluciones autocompositivas le dicen a la sociedad que una justicia de paz sí es posible.)
- Su elección estuvo dentro del marco legal vigente.
- Fue un arreglo expedito que mostró el empantanamiento temporal en el que caen los juicios, con el consiguiente desgaste de las partes en lo emocional y económico.
- -Liberó al agresor de la culpa y al ofendido del espíritu de venganza.

Como integrante del tribunal en el Juicio que estamos tratando, tuve la oportunidad de comparecer al primer caso en la historia de la Corte Nacional en el que en una causa un tribunal acoge lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República, en el cual se reconocen los medios alternativos de solución de conflictos de manera directa y por tanto dejaba abierta la posibilidad de que las partes puedan dialogar y llegar a un acuerdo.

El tribunal actuaba como Juez de Casación y dio a las partes la posibilidad del diálogo. Como se trataba de la primera vez que esto ocurría, este tribunal no estaba preparado con un espacio ni con un facilitador del diálogo que propuso, pero lo que sí hubo, más que la voluntad, fue el deseo de probar que por este otro medio era posible dar por terminada esta causa que había pasado por las anteriores instancias y que en ese momento llegaba a la Corte de Casación.

Se realizaron entonces los esfuerzos necesarios para que las partes logren comunicarse y lleguen a un entendimiento; ventajosamente nos encontrábamos frente a un delito de acción penal privada en el que la ley señala que hay una etapa de conciliación.

Las partes, como ya se indicó, se ofrecieron y solicitaron disculpas.

La parte ofendida las aceptó, no hubo condicionamiento de ninguna clase y la Sala de lo Penal integrada por los doctores Vicente Robalino, la doctora Lucy Blacio y quien relata el suceso, aprobamos el acuerdo y declaramos extinguida la acción penal privada. La Sala Penal aceptó el acuerdo y se archivó el proceso.

Las partes se reunieron de manera reservada una hora, luego de la cual y dijeron que solo el diálogo abría los cauces de un entendimiento mutuo y que lamentaban no haber podido hacer esto antes de trajinar por todo el desgastante andamiaje judicial hasta llegar, finalmente, a esta solución mutuamente beneficiosa y que bien pudo haber sido tomada a un inicio y no al final.

Con esto se demuestra que la Conciliación en materia penal es posible y que abre cauces de justicia restaurativa que permiten ir construyendo una sociedad más razonable, civilizada, tolerante y pacífica.

### 3.2.2.

#### Caso 2.

#### **Juicio penal n.º 840-2011, que por Injurias siguió Rafael Correa Delgado en contra de Emilio Palacio Urrutia. (Ver anexo 2)**

El economista Rafael Correa Delgado, entonces Presidente Constitucional de la República, demandó por Injurias a diario *El Universo* con el argumento de que el columnista del mismo, Emilio Palacio, en un artículo con su firma le había injuriado al acusarlo de “dictador”. El caso, luego de atravesar las instancias previstas llegó a la Corte Nacional y terminó de forma desbordada, causando mucha conmoción social, cuando muy bien pudo haberse solucionado como en el diferendo antes citado, esto es, en términos maduros y civilizados. Como en este caso fueron intereses políticos y mediáticos los que atizaron el conflicto, esto demuestra una falencia más de cómo los medios pueden influir en el ejercicio de la justicia que puede ser usada por motivaciones extrañas a sus principios y objetivos legales y constitucionales.

Ante estas situaciones la justicia restaurativa demuestra su efectividad cuando señala caminos y soluciones menos dañinas, pues en el presente ejemplo, en la audiencia de conciliación se pudo haber llegado a un acuerdo por tratarse de un caso de acción penal privada susceptible de conciliación voluntaria entre las partes.

¿Cómo pudo haberse tratado el conflicto en los términos según lo permitido por la Ley ecuatoriana, si las partes hubieran optado por la mediación? De haber estado

desarrollada la experiencia en justicia restaurativa, como práctica jurídica y como mecanismo conocido socialmente, la misma sociedad hubiera propuesto que este enfrentamiento se resolviera a través de las formas autocompositivas y no litigantes.

Pero los hechos no se desarrollaron de este modo y se inadmitió la Casación interpuesta, por lo que se devolvió la causa al juzgado de origen. En dicha Resolución Judicial, los directivos y el exeditor del diario fueron condenados a tres años de cárcel, y a pagar una multa de 40 millones de dólares tras la demanda por injurias. Ante la desproporcionada sanción que basculaba entre la indignación ciudadana y el ridículo internacional, el ofendido, en gesto magnánimo y condescendiente, decidió “perdonar” al diario y a sus directivos, con lo cual el affaire terminó como un esperpéntico gesto de la política tropical.

Las reflexiones que motivaron este show mediático que mantuvo cautiva la audiencia durante todo el tiempo que duró el proceso, señalaban que bien pudo haberse evitado el escándalo en tempranas instancias haciendo uso del mecanismo que aquí se argumenta como válido, sobre todo cuando la libertad de expresión tiene bordes un tanto difusos para quien se encuentra expuesto políticamente y si pasajera y momentáneamente detenta el poder, este debe ser tolerante frente a opiniones de ciudadanos que no necesariamente son partidarios suyos. Si se hace uso de los recursos judiciales por un delito de acción penal privada, como en este caso, y si al final del camino se iba a perdonar a quienes habrían proferido las injurias, no era menester que se lo haga en el marco de las decisiones judiciales y del sistema de administración de justicia.

Factores extrajurídicos, como los que giraron en torno al enfrentamiento *Correa-Diario El Universo* llevan a pensar que la ley, concretamente la que se refiere a los métodos de solución de conflictos, hubiera podido encontrar una mejor solución de estos conflictos, con lo cual no es su ausencia la causa de que los mismos adquieran los ribetes que alcanzó lo que aquí se comenta y que incidieron negativamente en la aplicación sensata y el aprovechamiento de los mecanismos del derecho penal.

### 3.2.3.-

#### Caso 3.

##### **Proyecto de acta de conciliación entre Pedro Páez y CONECEL (ver Anexo 3)**

Pedro Páez acusó a la empresa CONECEL de tener “bolsillos profundos”, figura literaria que por parte de quienes se sintieron aludidos la interpretaron como sinónimo de: “ladrones”.

El caso llegó asimismo a la Corte Nacional y la jueza, Dra. Gladys Terán, llamó a las partes a una conciliación, suspendiendo la audiencia y anunciando que la misma se reanudaría en dos semanas. En ese tiempo, las partes llegaron a redactar el acta de conciliación (ver anexo 4), sin embargo, los representantes legales de la empresa mexicana ordenaron a su abogado en Ecuador que no llegue a ningún acuerdo y que siga el juicio ordinario en el marco de la justicia retributiva.

Este conflicto, a diferencia de los anteriores, estuvo a punto de resolverse positivamente para las partes a partir del paradigma de la justicia restaurativa. Hubo colaboración y voluntad de las partes presentes en el proceso, por una parte Pedro Páez, y por otra, el abogado representante de CONECEL, lamentablemente la decisión final la tenían los representantes legales de la empresa domiciliada en México, quienes no estuvieron presentes en el proceso y no entendieron ni aceptaron (o no quisieron entender ni aceptar) el acuerdo al que había llegado su representante local.

Dicho acuerdo era beneficioso para todos, inclusive más beneficioso para CONECEL, empresa que al no aceptar la conciliación y optar por el litigio, quienes perdieron aparatosamente la causa.

Se incluye como anexo el Acta de Conciliación (ver anexo 4) que se redactó en el caso, así como la Sentencia que se dictó en el mismo para que se pueda comprobar los resultados de las dos formas de resolver una causa.





## Conclusiones

### La Conciliación penal frente al “deber ser” y al “ser” del Derecho Penal

“La venganza, eufemismo que subroga y encubre la práctica del castigo, precede a todo ejercicio de confraternidad, a los pactos mediante los que se afianza la paz y a todo ejercicio de la guerra. Se anticipa a todo pacifismo, juega con la cercanía entre César y Cristo. Habilita la continuidad entre el castigo, la venganza, la guerra y la paz. Por ende, la venganza y el castigo reconocen lógicas unitarias en la guerra y en las prácticas punitivas (y conmutativas) de dar a cada uno su merecido. Toda *política de fuerza* es eso. La expresión estatal o supraestatal del ejercicio de la coerción”.<sup>58</sup>

La satisfacción de la venganza individual, que es un sentimiento arcaico, hoy sobrevive en la forma de sentencia y cumplimiento de pena a pesar que se le quiere dar otros matices, como decir que se trata de rehabilitar a quien delinque para devolverlo sano a la sociedad...

Resulta que el preso por robo va a prisión y en la mayoría de los casos perfecciona allí sus habilidades negativas, o que el penado por un crimen de sangre, cuando ha cumplido su condena salga con el estigma de la prisión y los contactos realizados le induzcan a convertirse en sicario.

La vindicta pública<sup>59</sup> que el Estado ejerce, como muestra la experiencia, no brinda una satisfacción plena a las víctimas por los daños que el delincuente les causó. En la actualidad existe la supuesta reparación integral que incluye en la mayoría de los casos una indemnización económica que busca aliviar en parte el sufrimiento causado por las ofensas o los delitos, pero si quien los ha causado no tiene de dónde pagar esas indemnizaciones, la medida, además de humillante resulta insuficiente; de modo que, esta manera de ejercer la justicia y que se fundamenta en la venganza, no resulta efectiva ni para la víctima ni para el victimario, tampoco para la sociedad en cuyo nombre el Estado ejerce la vindicta, así se la denomine de otra manera eufemísticamente.

Consecuentemente, es necesario pensar en otra epistemología para tratar el tema del delito, la víctima y el victimario, es decir una manera o un enfoque diferente para tratar estas variables jurídicas que, quizás y partiendo del pensamiento crítico, dejen ver nuevas soluciones a estos acuciantes problemas.

---

<sup>58</sup> Aguirre, “Conjeturando a partir de Martin Heidegger. Implicaciones y entresijos sobre el castigo y la venganza”.

<sup>59</sup> Persecución de los delitos por la sola razón de la justicia, en nombre de la sociedad y de las leyes e independientemente de la satisfacción del daño de la víctima. Garrone, *Diccionario jurídico*, 786.

Con actitud abierta en nuestro entendimiento podríamos pensar que el acto criminal, quien lo comete y quien lo sufre, junto a todas las variables que rodean a estas situaciones, deben ser entendidas, en primer lugar históricamente, en consecuencia como efectos cuyas causas no están en el acto ni en los actores mismos, aislados de los contextos temporales y espaciales como los viene entendiendo el pensamiento positivista. Lo dicho nos lleva a pensar en la relación que existe entre el mundo y el crimen, la ley, su aplicación y resultados, por tanto, en los límites estructurales dentro de los que se debe entender estas situaciones y que ponen su marca a muchos de los delitos y a su tratamiento jurídico, de tal manera que, al analizar el ordenamiento social vigente, inevitablemente se analiza lo que en el mismo se entiende por delito, por pena y por aplicación de su ley, ya que tales entendimientos nacen de dicho ordenamiento social general.

Cuando históricamente el ordenamiento del presente cambie, el *pathos*, el *ethos* y el *logos* con los cuales nos acercamos a los temas de los que ahora nos ocupamos, necesariamente deberán cambiar.

Lo dicho en líneas anteriores significa que el tratamiento jurídico a los temas penales, incluso en la actualidad, pueden dejar de ser vistos de manera autorreferencial, individualista, en fin, positivista, y pasar a ser vistos como fenómenos sociales, de manera que la pena impuesta al delincuente así como el resarcimiento a la víctima desplazan su tratamiento desde lo superficial (efecto) hacia lo profundo, o causa, que como tal está ubicada en los niveles del sistema social, o en los tiempos y espacios históricos en los cuales dichos problemas suceden.

Este enfoque plantea la necesidad de pensar en el tratamiento de estos asuntos en dos niveles: el de programa mínimo, o posible, inmediato; y, el de programa máximo, o mediato, pero en todo caso, orientados por un nuevo pensamiento que en el conocimiento del derecho tendría profundas repercusiones al pasar del dogma rígido, de las leyes escritas en piedra, a su conocimiento ligado al movimiento y a la transformación social.

Cuando desde esta perspectiva se puede señalar al “autor intelectual” de la mayoría de las infracciones y delitos, su naturaleza difusa, esquiva, disimulada queda al descubierto y no solamente eso, sino que se puede ver que este es quien ha venido actuando como fiscal, policía, juez y carcelero.

De este modo, no solo que podemos ver el sistema que engendra el crimen, sino que, al individualizar a las víctimas y a los victimarios inmediatos, aquel los usa para distraer la atención y mediante el ejercicio del castigo —venganza— legitimar su permanencia. No es extraño, por tanto, que el pensamiento y el ordenamiento jurídico

respondan a esta situación y que la no reparación de las víctimas o la no rehabilitación de los victimarios sean para dicho pensamiento daños colaterales e inevitables, pero, sobre todo, necesarios.

El enfoque expuesto, que tal como se lo ha presentado, parte desde el pensamiento crítico ubicado, es decir en un tiempo y en un espacio concreto, propondría, incluso en la actualidad, resarcimientos sistémicos a las víctimas, pues, como todo mundo lo sabe, la absoluta mayoría de victimarios y de víctimas, es decir, el entorno carcelario, está poblado por los condenados de la Tierra, con lo cual es claro que en este sistema lo que se penaliza es la pobreza.

Alguien creía que fundando escuelas se evitaría la proliferación de cárceles, pero todo parece señalar que solamente la justicia y la equidad social y económica, en definitiva, el final de la explotación, será la única vía para atenuar los delitos y reducir el número de cárceles.

Estos análisis de lo penal en el derecho ya se vienen haciendo desde hace mucho tiempo y no son nada nuevo. Lo nuevo en estos análisis es el señalamiento de este sistema como el del crimen organizado, cuyos negocios en la actualidad han adquirido dimensiones apocalípticas y contra los cuales no hay otro juez que el tiempo y la historia, si es que esta no sucumbe también como resultado de esos grandes negocios que medran de la guerra, de la peste, del hambre y de la muerte. ¿Hay en el mundo algún ordenamiento jurídico que juzgue y encarcele a los fabricantes y tenedores de las armas nucleares y de otras de destrucción masiva?, ¿del desastre ecológico?, ¿de la producción farmacéutica que se enriquece atizando las dependencias y la enfermedad?, ¿de las crisis económicas sociales que tantas desgracias acarrear? No, no lo hay.<sup>60</sup>

Como se puede apreciar, la propuesta de Justicia Restaurativa en materia penal tiene claras limitaciones sistémicas, pero al emprender su andadura en la dirección de entregar a la sociedad la solución directa y civilizada de sus conflictos, ha abierto una esperanza democrática.

En esta tesis, si bien estamos conscientes del “programa máximo” —o cambio radical—, solo pretende aportar y proponer medidas dentro del “programa mínimo” —y posible—, si se quiere, reformista, que epistemológicamente se distancia de “el deber ser del Derecho” —como a veces suelen decir algunos juristas— al dejarlo como un sofisma ahistórico que, en el marco del pensamiento crítico ubicado no ha lugar: nadie sabe cómo

---

<sup>60</sup> Eugenio Zaffaroni, *Crímenes de masa* (Buenos Aires: Edic. Madres de la Plaza de Mayo, 2010).

se debe ser y actuar desde siempre y para siempre, porque, el ser, al menos si nos distanciamos de lo teológico y fortalecemos lo racional, es el ser social que se hace, que se inventa, que lucha por realizarse y por ser en el interminable camino del hacerse buscando más y más libertad.

Ya se ha analizado lo que el derecho “es” y, por tanto, cuando la presente tesis busca incidir en este Derecho y concretamente en el ámbito de lo penal, lo hace con los pies sobre la tierra y no más allá de lo posible. La propuesta de la Justicia Restaurativa en materia penal, desde la línea de pensamiento desde la cual es entendida, es posible porque precisamente permite trasladar el conflicto entre la víctima y el victimario desde lo individual y autorreferencial a lo social y, como queda explicado, extender la comprensión del delito hacia dimensiones que les permitan en primer lugar tener una comprensión más amplia de lo que les ha pasado y, en segundo lugar, tratar la culpa de forma más indulgente y de manera directa, entre ellos.

De este modo, las medidas tendientes a remediar las afrentas empezarían a tener otro carácter, pues la sociedad avanzaría por el camino de la redención de la venganza individual, ya sea directamente ejercida o delegada a un ente que, como queda claro, es incapaz estructuralmente de responder afirmativamente a su confianza.

La Justicia Restaurativa es por lo señalado parte de las corrientes que en la actualidad se debaten dentro del derecho penal y la administración de justicia.

Esta corriente aparece históricamente, como una respuesta a la ineficacia más o menos evidente de los principios que manejan los estados liberales para monopolizar la violencia, ejercer su autoridad y castigar. Abrogarse el derecho a castigar, en efecto, cada vez más es un asunto difícil de sostener para los Estados frente a las sociedades que ponen en tela de duda dicha autoridad debido al desgaste moral de dichos Estados.

Las propuestas que enriquecen los métodos autocompositivos en materia penal, son el resultado más de los aportes sociales que de los estatales; los Estados, en lo referido a sus legislaciones penales, los aceptan porque, en los hechos, estos métodos están resultando más eficaces y satisfactorios para las víctimas y los acusados y, por qué no decirlo, más económicos para los propios Estados que ven con preocupación el crecimiento de las poblaciones carcelarias.

La potencia cualitativa de estas soluciones se inscribe en la tendencia creciente de la autonomía social, que en lo referido a la administración de justicia ha empezado a crear soluciones que fortalecen dicha autonomía y aportan al desarrollo de una auténtica

democracia en lo que a la administración de justicia se refiere, pues recuperan de manos del Estado una atribución que la sociedad podría comenzar a ejercer de manera directa.

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación debe ser entendida a la luz de las consideraciones anotadas y, los pequeños logros que a su amparo se han podido conseguir no han sido a causa de sus limitaciones, sino más bien de los intereses ideológicos y económicos de sectores que ven debilitada su autoridad o su posibilidad de medrar de la desgracia ajena en procesos kafkianos que pueden durar décadas.

La realización del presente trabajo ha sido resultado ante todo de la experiencia profesional acumulada durante años en la litigación y en la administración de la justicia penal: fiscalía, judicatura de primera instancia, de Corte Nacional, presidencia de la Sala penal de la misma, pero también en lo referido a la aplicación de los métodos autocompositivos, sea como mediadora, directora de centros de mediación o docente en esta especialidad; todo lo cual, sumado a la formación académica clásica, me ha llevado a ver en la justicia restaurativa un camino mejor y conveniente para las jóvenes generaciones de abogados y para el desarrollo de la administración de justicia en el país. El trabajo concluido ha demostrado no solo la posibilidad sino la conveniencia de desarrollar la justicia restaurativa en el Ecuador, tanto en los distintos ámbitos del Derecho y de manera especial en el campo penal. Se trata entonces de un trabajo que ratifica la confianza en dicha forma de hacer justicia y, en consecuencia, las ventajas sociales e institucionales que tendría el impulso de la teoría y la tendencia que apoya los métodos autocompositivos mediante cursos, seminarios, talleres, materias para formar mediadores, o nuevos centros de mediación con la infraestructura adecuada en donde tengan lugar las audiencias de conciliación.

Es necesario alertar sobre el empantanamiento al cual se quiere conducir a las posibilidades abiertas por la Justicia Restaurativa y que consiste en tratar sus mecanismos como un mero trámite, en contra de lo que, técnica y formalmente dichos mecanismos deben ser aplicados.

Está claro que, en las materias susceptibles de llegar a acuerdos, en tránsito y en delitos de acción penal privada, por ejemplo, es posible abrir estos espacios al inicio de los casos, hacerlo y tratarlo con personal técnico en el manejo y solución de conflictos. La tesis que se presenta también es un llamado para que en la academia estudie y promueva la solución de los conflictos, pues el entrenamiento que pone énfasis en la litigación y no en la Justicia Restaurativa, a la postre, coadyuvan al desarrollo de la corrupción en detrimento de las víctimas, de los acusados y, lo que es peor, del

funcionamiento democrático y la confianza en las instituciones, sobre todo en las encargadas de la administración de justicia.

Pensar y reflexionar sobre la experiencia, la teoría y la práctica de la Justicia Restaurativa ha sido un excelente ejercicio académico posible gracias a la apertura que una universidad democrática me ha permitido y por lo cual, le estoy agradecida.

## Bibliografía

- Aguirre, Eduardo Luis. “Conjeturando a partir de Martin Heidegger. Implicaciones y entresijos sobre el castigo y la venganza”. *Derecho a Réplica*, 30 de noviembre de 2001. [www.derechoareplica.org › index.php](http://www.derechoareplica.org/index.php).
- Álvarez, Gladys, Elena Highton y Elías Jassan. *Mediación y justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso”. Quito: UASB-E, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, coords. *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: Ministerio de Justicia, 2008.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Becerra, Dayana. “La conciliación preprocesal en el nuevo sistema acusatorio como mecanismo de justicia restaurativa”. *Novum Jus* 3, n.º 2 (2009): 271-92.
- Benjamin, Walter. *Tesis sobre el concepto de Historia*. Traducido por Bolívar Echeverría. Ciudad de México: s.e., s.a.
- Binder, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1999.
- Boron, Atilio. “Bolsonaro y el fascismo”. *Página12*. <https://www.pagina12.com.ar/165570-bolsonaro-y-el-fascismo>.
- Carnevali Rodríguez, Raúl, e Ignacio Castillo Val. “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno en particular la relevancia del voto disidente”. “The standard of conviction of reasonable doubt in the Chilean criminal procedure especially referred to the relevance of a minority vote”, *Ius et Praxis* 17, núm. 2 (2011): 77–118. <https://doaj.org/article/8d40694b0e464a1b9f2f68efeeb48643>.
- Cigüela Sola, Javier. “Injusticia social y derecho penal: Sobre la ilegitimidad política del castigo”. *Doxa*, n.º 42 (2019): 399-411.
- Díaz, Leandro. “Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal”. En *Letra. Derecho Penal*, I, n.º (2015): 207-12.

- Dussel, Enrique. “Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos”. *Crítica Jurídica*, n.º 29 (2010).
- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 360-Suplemento. 13 de enero de 2000.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Oficio n.º SAN-2014-0138, 3 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Oficial 0. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . Asamblea Nacional. Ley Orgánica Reformativa al Código Integral Penal. Registro Oficial 107-Suplemento, 24 de diciembre de 2019, art. 74.5.
- El Comercio. “Ernesto Pazmiño: La rehabilitación en cárceles fue un fracaso”. *El Comercio* (Quito). 15 de enero de 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2008.
- . *Igualdad y diferencia*. Madrid: Trotta, 1999.
- Fisher, Roger y Patton, Bruce. *Sí de acuerdo*. Bogotá: Norma, 1989.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1976.
- Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Madrid: Planeta, 1992.
- García, Rosario. “Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. El otro derecho”, n.º 26-27 (2012).
- Garrone, José A. *Diccionario jurídico*, t. IV. Buenos Aires: Ed. LexisNexis, 2005.
- Gozaíni, Osvaldo. 1995. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Deplama, Bs. As.
- Heidegger, Martin. “El espíritu de la venganza”. *Revista Descartes. El análisis en la cultura IV*, n.º 6 (1989).
- Herrero Herrero, César. *Hacia un derecho penal equilibrado. Plataforma razonable de política criminal*. Madrid: Dykinson, 2015.
- Highton, Elena I.; Álvarez, Gladys S. y Gregorio, Carlos G. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.
- Jakobs, Günter. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997.
- Lahaine.org. “Discurso de Gaddafi ante la ONU” del 23 de septiembre de 2009, dos años antes de su asesinato perpetrado el 22 de octubre de 2011.



- “El mejor discurso de un presidente en la historia de la ONU y por el...”.  
<https://kaosenlared.net/el-mejor-discurso-de-un-presidente-en-la-historia-de-la-onu-y-...>
- Listindiario. Documentos con las acusaciones formales por los sobornos de Odebrecht. Última consulta: 26 de diciembre 2019. <https://listindiario.com/.../este-es-el-expediente-completo-de-acusacion-por-los-soborn...>
- Maier, Julio B. J. “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un estado de derecho?”. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, AA.VV., Homenaje al profesor Claus Roxin, La lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- Márquez Cárdenas, Álvaro E. “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”. *Prolegómenos. Derecho y Valores X*, n.º 20 (2007): 201-12.
- Marx, Carlos, y Federico Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*. Ciudad de México: Centro de Estudios Socialistas Carlos Marx, 2011.
- Medina Cuenca, Arnel. “Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a Ministerio del Interior y Justicia de Colombia. *Guía institucional de implementación penal*. Bogotá: Universidad las penas privativas de libertas”. *IUS: Revista el Instituto de Ciencias Jurídicas*, n.º 19 (2007): 87-116.
- Nacional de Colombia, 2007. [www.conciliacion.gov.co](http://www.conciliacion.gov.co).
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª. ed. Montevideo: B de F, 2007.
- Mojica Araque, Carlos Alberto. “Justicia restaurativa”, *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* 4, n.º 7 (2005): 33-42. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5238003>.
- Parma, Carlos. *Derecho Penal. Pasado presente y futuro*. Buenos Aires: Acercándonos ediciones, 2018.
- . *¿Vale la pena la pena?* Buenos Aires: Taurus, 2011.
- . *Derecho Procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002.
- Piqueras, Andrés, María Emilia Tijoux y Antonio Elizalde. “Capitalismo tardío y sujetos transformadores”. *Polis* [En línea], n.º 24 (2009). <http://journals.openedition.org/polis/1715>, 19 de julio de 2011, consultado el 23 marzo de 2020.

- Quijano, Anibal. “Colonialidad del poder y clasificación social”. En *Cuestiones y horizontes: De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/desolonialidad del poder*, 285-327. Buenos Aires: CLACSO, 2014.
- Rosset, Clément. *La antinaturalaleza. Elementos para una filosofía trágica*. Madrid: Taurus, 1974.
- Roxin, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. En *De los delitos y de las víctimas*, AA. VV. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- Storini, Claudia. “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, editado por Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, 287-312. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2009.
- Villarreal Sotelo, Karla. “La víctima, el victimario y la justicia restaurativa”. *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza* VII, n.º 1 (2013): 43-57.
- Vintimilla Moscoso, Ximena. *Nuevo modelo de justicia penal en el Ecuador*. 2015.
- . *Mediación y conciliación reglas generales para su aplicación*. Quito: Consejo de la Judicatura / Corte Nacional de Justicia, 2014.
- . “Métodos de solución de conflictos en el procedimiento penal”. Tribunal Supremo de Justicia de la república Bolivariana de Venezuela. Caracas, 2012.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Girardin: Abolicionismo entre el segundo imperio y la tercera República Francesa”; en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. Córdoba: La Lectura-Lerner, 2001.
- . *Crímenes de masa*. Buenos Aires: Edic. Madres de la Plaza de Mayo, 2010.

## Anexos

### Anexo 1.

Se transcribe el acta de conciliación:

“CORTE NACIONAL DE JUSTICIA — SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. - Quito, 29 de febrero del 2012.- Las 15h10.- VISTOS: De conformidad con el artículo 190 de la Constitución de la República, se reconocen los medios alternativos de solución de los conflictos. Este Tribunal, actuando como Juez de Casación, ha realizado los esfuerzos necesarios para que las partes lleguen a un entendimiento, tomando en consideración que el delito que se persiguió lo permitía, y llamadas que han sido las partes a una solución pacífica, observándose la predisposición de los mismos, dan por terminado este proceso, el ingeniero Carlos Andrade Faini, acusado por el delito de injurias, libre y espontáneamente y sin presiones de ninguna naturaleza, expuso que le ofrecía y solicitaba al ingeniero Esteban Albornoz las debidas disculpas. Mismas que fueron aceptadas por el ingeniero Claudio Esteban Albornoz Vintimilla, sin imponer condición alguna de orden económico o de otra naturaleza, solicitando a la Sala probar este acuerdo y declarar extinguida la acción. En virtud de lo expuesto, esta Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, acepta formalmente el acuerdo al que han llegado las partes por no contrariar a la Constitución, la ley ni la moral, y de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, declara extinguida la acción penal. Devuélvase el proceso al juez de origen para el archivo correspondiente. Notifíquese y cúmplase. Dr. Vicente Robalino Villafuerte, JUEZ NACIONAL PONENTE, Dra. María Ximena Vintimilla Moscoso, JUEZA NACIONAL Y Dra. Lucy Blacio Pereira, JUEZA NACIONAL. -Certifico. - Dr. Honorato Jara Vicuña, SECRETARIO RELATOR.”

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
SEGUNDA SALA DE LO PENAL

JUICIO PENAL No. 837-VR-2011

RESOLUCIÓN No. 24-2012

PROCESADO: CARLOS ANDRADE FAINI

OFENDIDO: CLAUDIO E. ALBORNOZ VINTIMILLA

RECURSO: CASACION

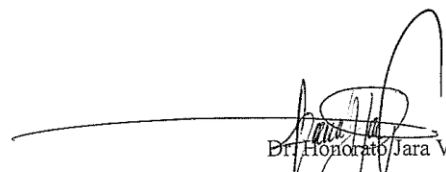
POR: INJURIAS

Certifico que en esta fecha a las dieciséis horas notifiqué por boleta con el auto que antecede: a CARLOS ANDRADE FAINI, en la casilla judicial No. 177; a CLAUDIO ESTEBAN ALBORNOZ VINTIMILLA, en la casilla judicial No. 391.- Quito, 01 de marzo del 2012.



Dr. Honorato Jara Vicuña  
**SECRETARIO RELATOR**

Razón: En esta fecha con OFC. No. 197-SSPCNJ-12 remito la presente causa a la PRIMERA SALA DE LO PENAL DE LA CROTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, en ciento veinticuatro fojas útiles (124), dos cuerpos las actuaciones del Nivel Inferior, un CD marcado 837-VR-2011 y un casete marcado 356-11-R, incluida la Ejecutoria de la Sala en una foja.- Quito, 23 de Marzo de 2012



Dr. Honorato Jara Vicuña  
**SECRETARIO RELATOR**



**Anexo 2.**

Para comprender mejor lo ocurrido en el llamado Caso El Universo, se puede revisar la sentencia dictada en dicha causa, caso que bien pudo haber concluido a través de una Conciliación Penal.

Ver:

**[http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala\\_penal/marzo2012/R222-2012-J840-2011-INJURIAS.pdf](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/marzo2012/R222-2012-J840-2011-INJURIAS.pdf)**

**Anexo 3.**

**SALA DE LO PENAL, PENAL POLICIAL, MILITAR Y DE TRÁNSITO DE LA  
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

**CAUSA n.º 17721-2016-1672 (Procedimiento Expedito. Art.641 y 642 num. 3 del  
COIP).**

**ACTA DE CONCILIACIÓN**

Con fecha 23 de enero de 2017, la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia notifica al señor doctor PhD. Pedro Francisco Páez Pérez, que, en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, inició el proceso penal Nro. 17721-2016-1672 MG. El doctor PhD. Pedro Francisco Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, por su cargo tiene fuero de Corte Nacional de conformidad con el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, atendiendo este proceso penal por denuncia por contravención de cuarta clase propuesta por la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A CONECEL.

1.- COMPARECIENTES: El doctor PhD Pedro Francisco Páez Pérez, personalmente y en su calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, en uso de las atribuciones legales constantes en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de aplicación, por sus personales derechos y conjuntamente con sus abogados doctores Patricio Rubio Román y María Ximena Vintimilla Moscoso y la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A CONECEL, a través de su representante legal y Presidente Ejecutivo señor Alfredo Escobar San Lucas y de su procurador judicial doctor Teodoro Maldonado y de su abogado autorizado doctor Carlos Cortaza Vinuesa, las partes procesales tienen la calidad de autoridad administrativa y administrado en derecho público de competencia, quienes

en aras de conservar una relación de mutuo respeto y de colaboración hacia el futuro. Personalmente y a través de sus colaboradores y sus funcionarios de ambas instituciones acuerdan mantener el comedimiento y respeto en las alocuciones públicas que realicen y que hagan relación a los casos actuales administrativos y judiciales que se están tramitando.

2.- TRÁMITE APLICABLE: En el Código Orgánico Integral Penal, título VIII. Procedimientos Especiales; Sección 3ª. Procedimiento Expedito; artículos 641; párrafo 1º. Procedimiento Expedito de Contravención Penal, artículo 642, se prevé el trámite aplicable al presente caso. En el que se dispone que previamente a instalar la audiencia por la contravención de cuarta clase, los jueces harán un llamado a la conciliación entre las partes, invitación que ha realizado la Señora Jueza Nacional Dra. Gladys Terán Sierra, quien obra como Jueza de contravenciones por razón del fuero que tiene el denunciado. Los comparecientes en este caso acogen la invitación realizada por la Señora Jueza a conciliar y expresan su mutua voluntad de que mediante dicha invitación se ponga fin al presente proceso penal, por lo que conjuntamente presentan este acuerdo para su aprobación.

3.- CONCILIACIÓN: Los sujetos procesales haciendo uso de esta facultad constante en el artículo 641 del Código Orgánico Integral Penal, expresan a continuación las cláusulas mutuamente satisfactorias que contienen este acuerdo:

1.- Las partes acuerdan mutuamente no utilizar ni proferir palabras que pudieran desacreditar ante la opinión pública, tanto de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como de la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A. CONECEL, por parte de sus representantes legales, sus funcionarios o sus abogados. Las partes podrán informar a la ciudadanía sobre sus acciones en uso de sus atribuciones legales en el marco del mutuo respeto.

2.- Con relación a los procesos judiciales que se encuentran tramitándose ante el Tribunal de lo Contencioso- Administrativo, será en dicha jurisdicción en la que las partes deberán hacer uso de los recursos jurídicos que correspondan. Esto no significa que no se pueda informar a través de los medios de comunicación sobre los avances en los procesos judiciales.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá informar sobre los temas pendientes de aclarar que considere necesarios, siempre en el marco de mutuo respeto.

3.- Los comparecientes hemos llegado a un acuerdo transaccional por lo que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 437 del COIP, CONECEL comparecemos a



presentar este petitorio de desistimiento: mediante el cual el denunciante, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL desiste expresamente de la denuncia por Contravención Penal tipificada en el artículo 396 numeral 1 del COIP; mientras que el doctor PhD. Pedro Francisco Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado acepta expresamente este desistimiento.

4.- Se informará a la opinión pública que el caso en el que se ha llegado a una conciliación es un juicio penal por contravención de cuarta clase propuesto por la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A. CONECEL, en contra del doctor PhD Pedro Páez Pérez y que los casos por las multas impuestas por la Superintendencia en contra de la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A. CONECEL, no son parte del fondo de esta acción penal por contravención penal.

5.- El procedimiento de conciliación es por su naturaleza confidencial, no así el acuerdo conciliatorio alcanzado en este proceso, el mismo que es público por voluntad de las partes.

6.- El Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (CONECEL), desiste del proceso penal por contravención de cuarta clase Nro. 17721-2016-1672-MG y solicita el archivo de la causa y las partes mutuamente renuncian a iniciar cualquier tipo de acciones de carácter civil, penal o administrativa; esto es, demandas por reparación integral, daños y perjuicios, delitos o cuasidelitos, y otras actuaciones procesales por cualquier tema que pudiese derivar de la denuncia inicial por contravención penal y de cualquiera de los actos, diligencias, versiones, discursos en audiencias, petitorios, impulsos procesales, decretos, providencias, autos resolutorios, documentos acompañados, diligencias investigativas, evidencia material, instrumental o testimonial que pudiesen haberse realizado en la tramitación de esta causa, por lo que declaramos expresamente que no tenemos ahora ni en el futuro nada que reclamarnos mutuamente por actuaciones en uso de nuestras atribuciones legales. El doctor PhD. Pedro Francisco Páez Pérez, personalmente y como Superintendente de Control del Poder de Mercado, renuncia a solicitar que se califique la denuncia como maliciosa y temeraria y a reclamar costas judiciales y honorarios profesionales.

7.- ACUERDO: Los comparecientes declaran que los compromisos a los cuales se obligan en esta conciliación, serán íntegramente cumplidos desde el momento de la aprobación de este acuerdo.

Con los acuerdos constantes en este documento, las partes llegan a conciliar sus posiciones y aceptan que la presente Acta, se ponga a consideración de la señora Jueza, a

fin de que ponga fin al proceso judicial por contravenciones de cuarta clase y declare el archivo de la denuncia presentada por la empresa Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S. A. CONECEL, el día 1 de diciembre de 2016 y notificada al señor Superintendente doctor PhD. Pedro Francisco Páez Pérez, el día 23 de enero de 2017 a las 15H55.

Para constancia y en señal de aceptación suscriben las partes en unidad de acto, en la ciudad de Quito en la fecha inicialmente referida.

**Anexo 4.**

Fiel transcripción del original.

VISTOS: El Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. (CONECEL), por intermedio de su Procurador Judicial, el abogado Carlos Cortaza Vinuesa; presenta, ante la Secretaria General, Documentación y Archivo.- Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo, de la Corte Nacional de Justicia; denuncia, de conformidad con el artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en contra del doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado; por declaraciones y expresiones contra CONECEL. El denunciante solicita, iniciar el correspondiente proceso expedito, por contravención penal de cuarta clase (art. 396.1 del Código Orgánico Integral Penal COIP-), con el objeto de que se condene al máximo de la pena prevista en dicha norma, y la correspondiente reparación integral, en los términos del artículo 628.1.3.4 ejusdem, que incluyan la retractación y rectificación. Luego de haberse cumplido con el trámite pertinente procedimiento expedito-; acorde con lo dispuesto en los artículos 75, 76, 82 y 168.6 de la Constitución de la República (CRE), que tratan sobre el debido proceso, la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, y el sistema acusatorio oral a través de los principios de concentración, contradicción y dispositivo, en relación, a su vez, con los artículos 610, 560, 563 y 642 COIP; se llevó a cabo la correspondiente audiencia, en la que esta juzgadora pronunció la resolución en forma oral; por lo tanto, de acuerdo con las reglas contenidas en el artículo 619 COIP, se procede a reducir a escrito la presente sentencia con la motivación completa y suficiente; para lo cual, se considera:

1.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 1.1.- Dado que el presente proceso -acción contravencional penal-, se inicia con la denuncia presentada en contra del doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, calidad que consta acreditada en el expediente; quien al tenor del artículo 192 del COFJ, goza de fuero de Corte Nacional de Justicia; la institución procesal del fuero, atenta con la función pública que desempeña o desempeñó una persona, implica que aquella debe ser juzgada frente a una infracción penal, por determinado juzgador, según la función de acuerdo a especiales disposiciones que se contienen en el COFJ, así como en el COIP. 1.2.- Mediante sorteo de 2 de diciembre de 2016, las 16h48, en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, se designó a la doctora Gladys Terán Sierra, como Jueza Nacional de Contravenciones, para que asuma el conocimiento y sustanciación de la presente causa; es así que, mediante el referido acto, la competencia ha quedado radicada

en la suscrita. 1.3.- El artículo 186.6 COFJ, establece que dentro de las competencias de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, está el conocer “Las contravenciones de tránsito como de policía cometidas por personas que gozan de fuero de Corte Nacional.”; por su parte, el COIP, en el Título VIII, Procedimiento Especiales; Sección 3ª. Procedimiento Expedito; artículos 641; Parágrafo 1o., Procedimiento expedito de contravenciones penales; artículo 642, prevé el trámite aplicable al presente caso; el cual ha observado dichas normas; y, de igual forma se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE). 1.4.- La Potestad de administrar justicia emana del pueblo y se la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial conforme a lo prescrito en el artículo 167 de la CRE; es por ello que la jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley según lo previsto en los artículos 1, 7 y 150 del COFJ, otorgándose a los jueces y juezas nacionales la potestad del ejercicio de la jurisdicción en materia penal y constitucional acorde con lo establecido por el artículo 224 y 225 ejusdem; potestad que se la ha ejercido en el presente proceso en virtud del sorteo de ley. 1.5.- La suscrita Jueza Nacional, por el sorteo de ley que queda indicado, en calidad de jueza unipersonal de contravenciones, tiene jurisdicción y competencia para conocer y resolver la presente causa, al amparo del principio de legalidad garantizado en el artículo 76.3 CRE, en armonía con los artículos 7, 150, 156, 157 y 208.2, COFJ, en relación con el artículo 205 ejusdem; y en concordancia con los artículos 398, 402, 404 y 642 COIP. 2.- VALIDÉZ PROCESAL 2.1.- En la sustanciación del proceso, y del presente procedimiento, se han observado las normas previstas en la ley, para la tramitación de esta clase contravenciones; sin que exista omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en la decisión de esta causa; mucho más, cuando se ha actuado con competencia, y esta no ha sido objetada. 2.2.- Revisado el expediente no se advierten vicios que pudieran generar nulidad procesal; tampoco, cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales que puedan afectar la validez del proceso; habiéndose de igual forma observado las garantías básicas previstas en los artículos 75, 76, 82, 168, 169, 172 y 226 CRE; se declara la validez del proceso. 3.- ANTECEDENTES FACTICOS 3.1.- Como quedó indicado, el jueves 1 de diciembre de 2016, las 16h40, CONECEL, por intermedio del abogado Carlos Cortaza Vinueza (Procurador Judicial); presenta, ante la Secretaria General, Documentación y Archivo.- Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo, de la Corte Nacional de Justicia; denuncia en contra del doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado; que señala, entre otras cosas: “(...) A.-

En el programa noticioso “LOS DESAYUNOS”, del Noticiero Veinticuatro Horas, conducido por la periodista Janeth Hinojosa del 5 de septiembre de 2016, en el aire aproximadamente a las 06h55m, se presentó el Doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, realizó, entre otras, las declaraciones contra la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL: (...); acto seguido corre cita de la entrevista y consta subrayado, lo siguiente: “la Superintendencia había sido engañada por parte de esta empresa en torno a las cláusulas de exclusividad en la colocación de las antenas, lo que ha generado una estructura de costo tremendamente alta para el país, la gente está sufriendo precios demasiados altos y un internet y un servicio de telefonía celular poco confiable, una cobertura irregular en el territorio nacional precisamente por ese abuso de posición dominante por parte de la empresa.”; “Esto ha hecho que justamente tengamos un servicio tan malo”; “Y usted puede amigo, amiga, ver a través del internet, los precios son mucho más bajos, el servicio es mucho más confiable y avanzado que el que tenemos acá”; “Pero todavía la ciudadanía no está recibiendo los beneficios de mejores precios y de un mejor servicio así que tenemos que movilizarnos y sobre todo no dejarnos engañar por esta verdadera confabulación que ahora ya la han escalado inclusive a nivel de campaña presidencial que realmente lo que quiere es desaparecer la Superintendencia”; “Dos años que la ciudadanía ha tenido que sufrir precios más altos y un servicio relativamente mediocre con respecto a lo que está pasando ya en países vecinos con iguales niveles de desarrollo relativo. ”; “en la audiencia pública que se tuvo el 15 de enero de 2014 y que lastimosamente algunos medios de comunicación no lo pasaron, los periodistas estuvieron ahí cumpliendo su deber lo tenemos filmados- un cordón espeso de más de 20 metros, llenos de periodistas y camarógrafos filmando, el intendente denuncia que no ha habido cumplimiento de la empresa y ante esa situación la empresa no pudo decir nada al respecto. ”; Tenemos que estar claros que estamos rezagados en lo que tiene que ver con los costos más altos. Es más esta empresa está ganando más proporcionalmente aquí en el Ecuador que en su propia sede en México, donde también han tenido este tipo de problemas y se sigue mintiendo a la gente respecto de que aquí las multas son desproporcionadas y aparecen una cantidad de gurús de la economía y de abogados diciendo una cosa que es totalmente falsa.”; “La ciudadanía tiene que estar muy vigilante respecto a lo que puede pasar en este y otros temas vinculados por que el verdadero interés es desaparecer a la Superintendencia. No solamente con respecto a estos casos sino a esas prácticas basadas en el abuso, en el engaño y en el bullying empresarial”. “(...) B.- Y no obstante el día 6 de septiembre de 2016 el Doctor Teodoro (sic) Maldonado

Guevara a nombre de Conecel, en el mismo espacio televisivo tuvo una entrevista con la misma periodista a manera de réplica, el 8 de septiembre el Doctor Pedro Páez Pérez, pidió una réplica en la que volvió a hacer declaraciones contra Conecel, también en sentido peyorativo y alejadas de la realidad con el siguiente tenor: (...); nuevamente sigue cita de la entrevista y consta subrayado: “Pedro Páez Superintendente de Poder de Mercado está aquí pidiendo una nueva réplica a lo que dijo Teodoro Maldonado, el abogado de CLARO quien estuvo exponiendo su posición frente a la sentencia o a la sanción de 82 millones de dólares”; “en el marco de una campaña de un sector oligarca muy agresivo, que pretende regresar a la época que podían hacer los que les daba la gana. El día de anteayer el doctor Teodoro Maldonado se permitió en un tonito de perdonavidas, engañara a usted y engañar a la audiencia precisamente con una cantidad de temas que muestran claramente el grado de falta de escrúpulos que tienen con respecto a la audiencia”; “voy a demostrar que es mentira y ahí se permitió la siguiente mentora es que él se permitió acusarme de haber adelantado criterio.”; “conclusiones que ha sido mentira”; “Clarísima mentira”; “Pero además dicen otras mentiras”; “¿Está clara la mentira? Por favor que la ciudadanía no se engañe, están los troles y toda la campaña sucia tienen como objetivo destruir la SCPM para regresar al pasado de abusos y de engaños.” 3.2.- El denunciante, luego de citar la contravención de cuarta clase, tipificada en el artículo 396.1 COIP, concluye que: “Es evidente que en las entrevistas transcritas, las expresiones vertidas por el Doctor Pedro Páez Pérez que están subrayadas- se profirieron con clara intención de desprestigiar al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (...) [-sic-] Además, también es evidente que este comportamiento, típicamente antijurídico, fue premeditado y se realizó procurando aumentar la gravedad de los supuestos hechos referidos por el prenombrado funcionario (que además no son verdaderos), para provocar un innecesaria alarma social y animadversión por parte de la sociedad ecuatoriana en general contra Conecel, (...)” 4.- ANÁLISIS DE LA JUEZA NACIONAL DE CONTRAVENCIONES 4.1.- Juicio de Contravenciones: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 563, 610 al 619; y, 642 COIP; y, siguiendo el trámite previsto para esta instancia, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, ante la suscrita Jueza Nacional Unipersonal de Contravenciones; audiencia a la que comparecieron los sujetos procesales: el denunciante y la presunta víctima abogado Carlos Gustavo Cortaza Vinuesa, Procurador Judicial de CONECEL; y, el denunciado -presunto contraventor- doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder Mercado. De conformidad con el artículo 641 COIP,

que señala que las contravenciones penales y de tránsito serán susceptibles de procedimiento expedito, el cual se desarrolla en un sola audiencia, bajo las reglas generales que prevé este Código; y, que “En la audiencia, la víctima y el denunciado si corresponde podrán llegar a una conciliación...”; una vez instalada la audiencia, se consultó a las partes aquello; las que, de viva voz, solicitaron de un tiempo prudencial para procurar una conciliación; por lo tanto, se suspendió la audiencia. Una vez reinstala la audiencia, la suscrita Jueza Nacional de Garantías Penales, consulta a los sujetos procesales sobre el acuerdo al que se ha llegado; interviene el abogado Carlos Cortaza, Procurador Judicial de CONECEL, quien manifiesta que se hicieron esfuerzos para llegar a un acuerdo, deja constancia que hubo intención de lograrlo, pero el tiempo fue corto y a última hora no se pudo cerrar y, no se lograron los términos de conciliación; por su parte, la doctora Ximena Vintimilla, defensa técnica del denunciado Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Podre Mercado, indica que se mantuvieron conversaciones, y a última hora se tuvo noticias de que no se acogió el acuerdo. Ante la falta de conciliación y/o acuerdo de los sujetos procesales, se continúa con la audiencia.

4.1.1.- Alegatos de apertura Con fundamento al artículo 642, en relación con el artículo 614 COIP, se concede la palabra a los sujetos procesales a fin de que presenten sus alegatos de apertura: 4.1.1.1.- Teoría del caso del denunciante o víctima El abogado Carlos Gustavo Cortaza Vinueza, Procurador Judicial de CONECEL, quien interviene por sus propios derechos, señaló que: CONECEL se siente agraviada por varias expresiones en particular; como antecedente, refiere algunos procedimientos administrativos que se llevaron a cabo por parte de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en los cuales CONECEL resultó multado (uno por US\$ 138 millones, y otro por US\$ 82 millones). Precisa, que este juicio no es para determinar quién tiene la razón, ni los aspectos técnicos de esos procedimientos administrativos, ni si CONECEL o la Superintendencia están en lo cierto; este juicio es por la contravención establecida en el artículo 396.3 (sic) COIP, que tipifica como contravención de cuarta clase, a la persona que por cualquier medio profiera expresiones en descredito o deshonra en contra de otra. Indica, que el denunciado, Superintendente de Control de Poder de Mercado, desbordó sus funciones y realizó repetidas manifestaciones en medios de comunicación, medios digitales, periódicos, twits, etc.; en particular, señala, que la denuncia es por la entrevista del 5 de septiembre de 2016, en el programa Desayunos de 24 horas, al Superintendente; y, la duplica del mismos ante la réplica del doctor Teodoro Maldonado, del 8 de septiembre subsiguiente, en el mismo programa ante la periodista Janeth Hinostroza. [no

se señala frase y/o expresión alguna]. Manifiesta, que va a demostrar que las expresiones vertidas por el Superintendente realizadas e individualizadas en cada entrevista y analizadas en contexto, fueron proferidas en descredito de CONECEL, con evidente intención de desacreditar a la empresa ante la opinión pública; señala, que este bien jurídico, es diferente al del honor y como tal recibe un tratamiento diferente en el Código, que es el de contravención de cuarta clase. Indica, que las expresiones son ajenas a los procesos administrativos y no forman parte de alegación alguna dentro del proceso; desbordaron los procesos administrativos y las funciones del Superintendente; que las expresiones vertidas en las indicadas entrevistas, no fueron dentro de juicio sino en un conocido programa televisivo con un alto nivel de audiencia; no tienen base legal alguna que las justifique; son prácticas que no están autorizadas por la ley como para que se puedan considerar causa de justificación o derecho de informar a la ciudadanía. Señala, que al rendir estas expresiones [reitérase sin haber indicado cuáles], el Superintendente adecuó su conducta al 396.3 del COIP (sic) [lo pertinente es 396.1]; que además el doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, actuó con dolo y lo hizo con las agravantes no constitutivas de la contravención, establecidas en el artículo 47.1.6.7.8.9 COIP; que constituyen expresiones dañosas y lesivas al crédito y prestigio de CONECEL.

4.1.1.2.- Teoría del caso del contraventor o denunciado La doctora Ximena Vintimilla, como defensa técnica del economista Pedro Francisco Páez Pérez, señaló [luego de proyectar diapositivas] que: Los hechos se remontan hace mucho tiempo atrás; en el 2012, CNT presenta una denuncia en contra CLARO que es una de las empresas que tiene el servicio de telecomunicaciones (MOVISTAR, CLARO y CNT); denuncia en la Superintendencia, ya que dentro de la administración de la escasas, para que puedan operar los servicios de telecomunicaciones de manera óptima, se requiere que se establezcan radio bases que son una infraestructura tecnológica en ciertos lugares estratégicos para poder repetir la señal; en el país hay zonas estratégicas que habían sido copadas en el 70% por la empresa CLARO y que habían firmado contratos de exclusividad con los propietarios de los terrenos en todo el país, en los que ninguna de las otras operadoras podía participar. Señala, que su patrocinado fue invitado por el programa “Los Desayunos de 24 Horas”, a una entrevista, ya que la denuncia generó ruido en los medios de comunicación; su cliente fue y explicó estos temas; al día siguiente, el doctor Teodoro Maldonado hace una réplica y hay algunas expresiones a las que se refiere [no se indica ninguna frase o expresión]. Precisa -refiriéndose al video-, que se dice que las multas son injustas; que suspendieron las cláusulas de exclusividad a



las que se hizo referencia; que no se incluyeron en los nuevos contratos; lo cual, señala, no se ajusta a la verdad como lo va a demostrar; manifiesta, que no es verdad que no se hayan quejado por las cláusulas de exclusividad, pues siguen las denuncias que se receptan en la Superintendencia, en el sentido de que no pueden acceder a esos terrenos para las radio bases Recalca, que hay algo grave, cuando el Procurador Judicial de CONECEL, le dice a la autoridad la cual tiene la competencia frente al administrado, que esta sancionando sin pruebas; precisa, que se está hablando de un ente de derecho público que cumple con la ley, y que en un programa, con una alta sintonía, se dice que no tenía pruebas para sancionar. Indica, que el Superintendente solo ha aclarado su actuación en los términos legales que le permite su función; por otro lado, frente a las declaraciones del doctor Teodoro Maldonado, en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”, manifiesta, que el doctor Pedro Páez salió a aclarar en el sentido de que él ha actuado en el marco de la ley y no ha cometido ilegalidades; que serán aclarados punto por punto los temas en respuestas a las expresiones vertidas públicamente en dicho programa por el representante de CONECEL. Manifiesta, que va a demostrar que su defendido es inocente de la presunta contravención de cuarta clase que se ha presentado en su contra; que las pruebas practicadas dentro de este proceso son ilegales, inconstitucionales y carecen de eficacia probatoria; que CONECEL no podía presentar en forma directa una denuncia por una supuesta contravención de cuarta clase, por tratarse de una persona jurídica; ya que proferir palabras en descredito o deshonra, únicamente se las puede verter de una persona natural a otra persona natural, más no ante un ente abstracto como es una persona jurídica; que cuando se trata de personas jurídicas el artículo 182 COIP, habla de delitos, no de contravenciones, que es el caso del delito de calumnia para el ejercicio de la acción penal privada, mediante la figura de querrela en la que se puede acusar particularmente; precisa, que en este caso, tenía que haber acusación particular y no podía ponerse una denuncia en contra el superintendente como persona natural; que las infracciones penales son de dos tipos, delitos y contravenciones, y los delitos también son de acción penal pública y privada, y las contravenciones solo van a operar a petición de parte, no por denuncia. Se hace referencia a los artículos: 4, 13, 396.1 COIP, con relación a la interpretación en forma estricta de la norma penal; 6.6, 334, 335, 336 CRE, de las facultades de las Superintendencias; 37, 38, 44, 87 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado; artículos 2, 13 del reglamento a dicha ley, entorno a la publicidad que tienen la obligación por los actos emanados por la superintendencia; 2, 4, 13.2, 455 y siguientes COIP, respecto al nexo causal y la prueba; recalca, que estamos frente a una

contravención de fuero que tiene el superintendente, de una contravención de cuarta clase, que habla de palabras en descrédito o deshonra; y en el siguiente inciso se habla de la supuesta reciprocidad. Concluye, acogiendo a las normas y al principio *iura novit curia*, por si algo se ha omitido; reitera, que la audiencia es por una contravención de cuarta clase; que se trata de una contravención que obra a petición de parte, por iniciativa de la parte ofendida y no por una denuncia como si fuera un delito en el que actúa la Fiscalía; que el procedimiento está errado y son otras normas las que deben aplicarse. 4.1.2.- Práctica de Prueba En observancia a las reglas previstas en los artículos 498 y siguientes; 615 y 642.3 COIP, se procedió a ordenar la práctica de las pruebas que fueron previamente anunciadas, solicitadas y presentadas por los sujetos procesales, así: 4.1.2.1.- Pruebas de la parte denunciante Testimonial El denunciante señala que, conforme a los artículos 505, 516 y 583 COIP, llama al testigo Luis Alberto Álava Espinoza, Perito en Criminalística; policía quien realizó las desmaterializaciones y reproducciones de los medios de comunicación donde constan las expresiones gravosas y lesivas en contra de CONECEL. El referido testigo, luego de haber sido juramentado, advertido de su obligación de decir la verdad y de las penas del delito de perjurio, sancionado en el artículo 270 COIP; sometido al interrogatorio de las partes, señaló que: Elaboró el informe pericial de audio video y afines No. DCG- 2017- 00013; el cual contiene la transcripción pericial del contenido de un CD remitido por Teleamazonas, del programa “Los Desayunos de 24 Horas”; entrevista al doctor Pedro Páez Pérez, de los días 5 y 8 de septiembre; entrevista al doctor Teodoro Maldonado del 6 de septiembre; y, entrevista 12 de septiembre al doctor Pedro Páez; El informe fue presentado con fecha 16 de enero de 2017, mediante oficio No. 20170035AOA, del Instituto de Ciencias Forenses de la Zona 8; la pericia fue en atención al oficio No. 2108 2016 FEFPGUEAA2, de 14 de noviembre de 2016, emitido por el abogado Michel Uriguen, Fiscal de lo Penal del Guayas, de la Unidad Segunda. El objeto de la pericia, fue con relación a dos CDs, los cuales fueron retirados mediante cadena de custodia, del centro de acopia del laboratorio de Criminalística y Ciencias Forenses de la Zona 8, No. 2919; CDs cada uno con su respectiva serie; el uno contenía un archivo en Word con dos imágenes de nombres print claro 1 y print claro 2, las mismas que fueron plasmadas en el informe; el segundo CD, tenía dos archivos de audio y video, el uno con duración de 21 minutos, 55 segundos; y el otro, con una duración de 21 minutos, con 28 segundos; realizó la transcripción de los segmentos de relevancia obrantes de los dos archivos de audio y video, lo cual está plasmado en el informe. Reconoce que la firma que consta al final del informe es la suya,

la que realiza en todas las diligencias y pericias. Al contrainterrogatorio de la defensa técnica del denunciado, señaló que: Fue nombrado para la pericia, en fecha de 14 de noviembre de 2016, por parte del Fiscal de lo Penal del Guayas, Michael Uriguen, ante quien se posesionó. Al momento de realizar la pericia, estuvo presente la abogada Gabriela Beltrán, quien se identificó en ese momento como representante de quien solicita la experticia, y a quien la reconoce como una de las patrocinadoras del denunciante, presente en esta audiencia; realizó la visualización de los archivos de audio; ella tenía conocimiento del hecho para ver de qué se trataba y explicar de qué archivos procedía a realizar la transcripción; no convocó a nadie más, pues, no era de su competencia. Para la pericia, utilizó el método de visualización, reproducción de los archivos de audio y video y transcripción de los mismos; transcripción de las emisiones lingüísticas de los locutores que intervienen en los archivos de audio y video; se reproduce el archivo de audio juntamente con la ayuda de audífonos, y al mismo tiempo la transcripción manual de los mismos. En cuanto a que si hizo algún tipo de cotejamiento de validación, dubitación, señaló que se basó al objeto de pericia, que era transcribir los archivos de audio y video, lo cual está plasmado en el informe. Indicó tener cuatro años, aproximadamente, como perito de la policía; tres años de estudio en el Instituto Tecnológico Superior de la Policía Nacional; es tecnólogo en criminalística con varias capacitaciones y seminarios; y se encuentra acreditado ante el Consejo de la Judicatura, como criminalístico en forma general. Reiteró, que los CDs para realizar la pericia, le llegaron mediante cadena de custodia del centro de acopio de evidencias físicas del Laboratorio de Criminalística y Ciencias Forenses de la Zona 8; para retirar dichos oficios, había un oficio que envió el fiscal de ese tiempo, con lo cual se acercó, al centro de acopio donde se encuentra la evidencia física, que mediante cadena de custodia 2919-2016 se encontraban ingresados los elementos objetos de la pericia; realizó toma fotográfica, revisó su estado físico, de que no tenga alteraciones y las características del CD. Precisó, que mientras realizaba la pericia, no estuvo presente ni se convocó al doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado; y, que el peritaje fue realizado en la sección de audio y video del Laboratorio de Criminalista de la Zona 8. Prueba instrumental Escritura de poder de Procuración Judicial que le otorga Alfredo Escobar Sanlucas, Presidente Ejecutivo de CONECEL, otorgado en la Notaria 23 del cantón Guayaquil, el 28 de noviembre de 2016; Un ejemplar del Diario El Telégrafo, de miércoles 7 de septiembre de 2016, página 4, donde se señala, está el reportaje titulado “CONECEL PUDO HABER RESUELTO TODO EL PROBLEMA SIN PAGAR UN CENTAVO”; se dice, que es la

entrevista que se la hace al doctor Pedro Páez Pérez, donde indica que los personeros de CONECEL mienten cuando dicen que se trata del mismo caso refiriéndose a los procedimientos administrativos iniciados y ratifican las expresiones que han sido vertidas en contra de CONECEL. Diario El Universo, primera sección, de 5 de septiembre de 2016, donde se dice que existe una réplica de la Superintendencia que ratifica las duplicas realizadas al doctor Teodoro Maldonado. Desmaterialización notarial de la entrevista realizada al doctor Pedro Páez, que se señala, apareció en la página [ecuadorinmediato.com](http://ecuadorinmediato.com), en la que ratifica las réplicas realizadas al señor Teodoro Maldonado en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”, ratificando que CONECEL miente a la ciudadanía en general con relación a los procesos administrativos iniciados por la Superintendencia. Desmaterialización del reportaje que, se dice, apareció en la página web de la Agencia Pública de Noticias del Ecuador, del 14 de septiembre de 2016, donde se indica que la primera mentira que ha dicho CONECEL es que se los haya multado dos veces por el mismo tema cuando se ha demostrado claramente que se trata de procesos distintos, y ratifica las expresiones en descrédito realizadas en contra de la compañía. Por secretaría se da lectura al oficio mediante el cual Teleamazonas, atiende el pedio realizado, en cuanto al rating de sintonía que registró el programa “Los Desayunos de 24 Horas”. 4.1.2.2.- Pruebas de la parte denunciada La defensa técnica del denunciado, señala que la carga de la prueba corresponde a quien la alega, en este caso a CLARO [CONECEL]. Prueba documental Resolución de la comisión de resoluciones de primera instancia, de fecha 30 de abril de 2013 que ordena estas medidas [multas]; Copia certificada del escrito de fecha 5 de mayo de 2013, suscrito por María Belén Salvador Irigoyen, abogada de CONECEL, del supuesto cumplimiento de las medidas preventivas; Documentos de prensa escrita, radio, televisión, los que, se indica, que el Superintendente ha salido a aclarar y a informar a la ciudadanía sobre los dichos de CLARO con relación al problema que nos ocupa. Comunicado de CLARO, de fecha 12 de septiembre de 2016, en el que dicen que está suspendida la multa impuesta por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado; Diario El Comercio, de 31 de agosto de 2016, cuyo titular señala: “USD 82.7 millones de multa a CLARO”, y se indica, que la operadora dijo que es un nuevo abuso de sus derechos. 4.1.3.- Alegatos finales De conformidad con lo dispuesto en el artículo 618 COIP, concluida la fase probatoria, se procedió a escuchar los alegatos de cierre o de clausura por parte de los sujetos procesales, quienes señalaron: 4.1.3.1.- Alegato de la presunta víctima y denunciante El abogado Carlos Cortaza Vinueza, Procurador Judicial de CONCEL, manifestó que: Hace una impugnación general de la

prueba actuada y presentada por la contraparte; viola lo dispuesto en los artículos 454.6, 604.4 inciso 2; 616.1; 499.5 COIP; 47, inciso final de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado; pues, los documentos que fueron presentados constituyen copias certificadas de piezas procesales de un expediente administrativo sustanciado en la Superintendencia y dicho artículo 47, se refiere al deber de secreto y reserva. Con relación al objeto de la denuncia, indica, que en los instrumentos que han sido incorporados se ha demostrado que reiteradamente el señor Superintendente de Control de Poder de Mercado ha llamado mentirosos tanto a la compañía como a sus personeros, representantes y abogados; indicando que han engañado a la sociedad y sobre las demás expresiones mencionadas en la denuncia. Hay una confusión en la defensa del denunciado, porque este tipo de infracciones son de las que se llaman de mera actividad, en las cuales no importa un resultado; la infracción se perfecciona en la lesión del bien jurídico en el momento que se profiere la expresión; al momento que el Superintendente dice que CONECEL sus personeros, representantes y abogados, son unos mentirosos, está lesionando el bien jurídico porque se lesiona jurídicamente y esta es la forma en que debe entenderse el perfeccionamiento de este tipo de infracciones aunque sea una contravención. Hay otra confusión con relación al tema de la expresión; no se permite la prueba de la verdad en este tipo de infracciones, ejemplifica, que no se puede decirle gordo al gordo; que si alguien le dice gordo, le falta al respeto y no importa si le ponen en una balanza, si de verdad es gordo; señala, que si CONECEL miente o no, el hecho es que les dijo mentirosos y en el momento en que se profirió la expresión como en este tipo de infracciones no hay diferencia de espacio tiempo; se materializó y se consumó. En los instrumentos presentados se ha indicado donde está la palabra “mentira, engaño” y las referencias a cada uno; mentir no es una cuestión trivial, es un tema grave sobre todo en el tema corporativo; significa literalmente desacreditar, que es el verbo rector que regula este tipo de infracciones; desacreditar es quitarle el crédito a alguien, pero no se refiere solo al tema económico, sino a quitarle credibilidad; en el momento en que el Superintendente, siendo una autoridad de alto nivel en el orgánico administrativo de este país, se refiere a CONECEL y sus personeros como mentirosos y que engañan a la ciudadanía, es un tema grave; precisa que, empero, de ello la ley no lo consideró tan grave por lo que lo puso como contravención de cuarta clase y no como podría aparecer como un tema de injuria calumniosa, de delito de acción privada; la injuria no calumniosa grave ya no existe como delito, se transformó en una mera contravención de cuarta clase, donde lo importante no es la prueba del daño, porque no se trata de un juicio de daño moral, ni

la prueba de la verdad, porque está excluido expresamente de la ley; solo en la injuria calumniosa se admite la prueba de la verdad, aquí no. Procesalmente la acción de CONECEL ha sido la correcta, porque no se trata de andar inventando delitos a nadie, y menos de un funcionario de altísima jerarquía, como el que ha sido denunciado; tampoco se trata de hacer acusaciones falsas por hacerlas. El descrédito como ha sido establecido en el COIP, no excluye ni hace la diferenciación de personas naturales o jurídicas; las personas jurídicas son sujetos pasivos de este tipo de agresiones; el legislador tampoco hace diferenciación en la injuria calumniosa, porque como es responsabilidad de persona jurídica en la nueva ley, es evidente que se puede acusar de la comisión de un delito a una persona jurídica; ejemplifica que se le puede decir a CONECEL contaminador de ambiente, a una empresa de hidrocarburos, defraudadora de hidrocarburos, etc., y así referirse a cualquiera de los delitos que establecen responsabilidad de la persona jurídica; el legislador no establece diferenciación, y no se tiene por qué hacerlo, la única diferencia es entre descredito y deshonra. Es evidente que en las teorías antiguas sobre el honor no está incluida la deshonra de una persona jurídica por ser inadmisibles, pero el descredito como tal sí, y eso transforma a la persona jurídica en sujeto pasivo; más aún, considerando que siempre fue admisible a la persona jurídica como sujeto pasivo de la antigua injuria no calumniosa grave, que vendría a ser un equivalente a lo que estamos tratando hoy en día, es un bien jurídico reconducido a un tema menor. La actuación del Superintendente, no está enmarcada en la ley; la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, no le permite explayarse en temas que están bajo su conocimiento y bajo jurisdicción de la institución; en el artículo 44 ejusdem, que establece las prerrogativas que tiene el Superintendente, ninguna es la de informar, solo existe una en la que se le permite expresamente informar a la Asamblea Nacional cuando él presenta su informe; no existe nada que se pueda configurar como un deber de informar a la sociedad y peor tratar de hacer ver que pueda considerarse como una causa de justificación que lo exime de haber cometido esta infracción. Concluye, que su petición final es que se declare al Superintendente, doctor Pedro Páez Pérez, culpable de la infracción tipificada en el artículo 396.1 COIP; que se establezca la pena que dentro del ejercicio individual de imposición se considere más apropiada; y, que se cumpla lo establecido en el artículo 628, 76 y 78 ejusdem, condenándose también, a la correspondiente reparación integral.

4.1.3.2.- Alegato del presunto contraventor y denunciado La doctora Ximena Vintimilla, como defensora técnica del economista Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, manifestó que: Está claro que no se ha probado la infracción

contravencional; no existen los videos, no se ha visto ni se ha escuchado de qué expresiones se trata; por lo tanto, no se ha cumplido con la finalidad de la prueba frente a esta contravención de cuarta clase, dispuesta en el artículo 396.1 del COIP, el tipo penal [se da lectura a la norma]. Las contravenciones tienen un tratamiento específico en la ley, el mismo que no se ha dado al haber concurrido a la Fiscalía con una pericia; al haber presentado documentos, prueba nueva; la acción está prescrita, porque el artículo establece que las contravenciones de esta clase prescriben en tres meses contados a partir de los hechos. Esta situación obedece a la denuncia de una empresa transnacional que quiere ganar cientos de millones de dólares por la vía del monopolio, sin entregar a cambio un buen servicio a los ciudadanos; se quiere eliminar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, y por eso atacan a su máximo representante, quien se ha visto obligado a salir explicar, aclarar, que las alocuciones proferidas por el procurador judicial de CLARO, no son ajustadas a la verdad y eso él lo ha explicado. El señor Superintendente haciendo uso de sus atribuciones constitucionales y legales en este nuevo Estado de derechos en el Ecuador, con la nueva Constitución del 2008, la ciudadanía tiene la obligación, el derecho, a estar informada de todo lo que sucede; y es lo que ha hecho el Superintendente, siempre ajustado a la ley. No se ha probado nada del descrédito que se dice; en el Código Penal anterior las injurias se dividían en injurias calumniosas y no calumniosas, el COIP establece el artículo 182 para el caso de calumnia, cuando estamos hablando de delitos, pero cuando hablamos de contravenciones, es claro el artículo que dice: la persona que por cualquier medio profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra; la doctrina habla del derecho que tienen las personas jurídicas al buen nombre, siempre y cuando se hable de delitos, no así en una contravención de cuarta clase, en la que no se ha observado el procedimiento para la evacuación de la prueba. En la doctrina de la Corte Interamericana, cuando se habla de titulares de derechos humanos, físicos, corporales, se habla de las personas naturales, no de las personas jurídicas que son entes abstractos; en la jurisprudencia al hablar de las injurias, para que estas sean consideradas delito se necesita comprobar el animus injuriandi, para que se pueda constatar que hay un nexo causal que pruebe materialidad y responsabilidad penal de las personas; este ánimo no se lo ha podido observar ni demostrar. El doctor Páez no ha actuado con ánimo de injuriar o dañar a CONECEL, únicamente responde a los comentarios; por último, indica, que el mismo artículo 396 habla de la no punibilidad cuando las expresiones son recíprocas; si CONECEL ha dicho que se ha confabulado, engañado; y, el Superintendente ha explicado su actuación en el marco de la legalidad.

Se pretende condenar al Superintendente, funcionario honorable que se ha jugado por los intereses de todos los ecuatorianos, quien ha actuado en cumplimiento de su atribución; que se lo prive de su libertad, que es el bien jurídico protegido máspreciado; que además se le condene a agravantes de conformidad con el artículo 628 COIP y que se ordene la reparación integral; repite, que el Superintendente defiende a todos. Concluye, reiterando que no se ha demostrado la infracción; no hay los videos, ni las expresiones; pide que se ratifique el estado de inocencia del doctor Pedro Francisco Páez Pérez; solicita se archive la denuncia que ha obligado a su patrocinado a litigar usando recursos del Estado, y que no es este el espacio para discutir y judicializar las opiniones; no existe el nexo causal, no se ha probado la materialidad, ni la responsabilidad penal de su defendido. 5.- ANÁLISI PROBATORIO Y JURÍDICO DE LOS HECHOS PUESTOS A CONOCIMIENTO En el marco de dotar a la presente resolución de la garantía constitucional de la motivación; es pertinente establecer el marco jurídico, jurisprudencial y doctrinario para luego analizar el fondo del caso materia de juzgamiento; así: 5.1.- Derechos y Garantías Constitucionales Dentro de los derechos denominados por la Constitución de la República como de protección, se encuentran los referentes a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y, a la seguridad jurídica; derechos que configuran el ámbito de amparo al que se sujetarán todos los organismos estatales para garantizar una correcta aplicación y desarrollo de los procedimientos judiciales y administrativos preestablecidos para cada caso. A través del derecho a la “tutela judicial efectiva”, y dentro de él al de “acceso a la justicia”, toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para que, a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. De su parte, el artículo 76 CRE, consagra un amplio catálogo de garantías que configuran el “debido proceso”, el cual consiste en un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones básicas para la defensa; constituye, además, una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante su transcurso, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por las y los juzgadores. Con relación a la “seguridad jurídica”, aquella se encuentra establecida en el artículo 82 CRE, la cual guarda relación con el cumplimiento de los mandatos constitucionales, estableciéndose, mediante aquel postulado, una verdadera supremacía material del contenido de la Carta Fundamental del Estado; es así que, para tener certeza respecto a una aplicación normativa, acorde con la Constitución, se prevé que las normas que formen parte del ordenamiento jurídico se encuentren



determinadas previamente; además, de ser claras y públicas; ya que, solo de esta manera, se logra conformar una certeza de que la normativa existente en la legislación será aplicada cumpliendo ciertos lineamientos que generan la confianza acerca del respeto de los derechos consagrados en el texto constitucional. Todo lo cual se ha observado y respetado en la especie. El derecho constitucional a recibir resoluciones motivadas, por parte de los poderes públicos, está contenido en el artículo 76.7,1) CRE; la motivación, es el contrapeso a la libertad decisoria que la ley le concede al juzgador, para aplicar e interpretar las normas, es la expresión de las razones y de las elecciones instrumentales realizadas por la o el juez, para justificar la decisión judicial.

5.2.- Análisis del sub júdice

Partiendo de la premisa de que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia, en el cual deben cumplirse fundamentalmente los principios de legalidad y de mínima intervención penal; que, en tal sentido, deben sancionarse las conductas penalmente relevantes, que estén tipificadas de ante mano en el COIP, como conductas típicas, antijurídicas y culpables; que, para juzgar dichas conductas (delitos o contravenciones), debe basarse en las pruebas actuadas por los sujetos procesales en la correspondiente audiencia de juzgamiento, las mismas que deben ser practicadas constitucionalmente y de conformidad con lo que dispone el artículo 610 COIP, observándose los principios de publicidad, inmediación y contradicción, las cuales, al ser valoradas en su conjunto y en aplicación del sistema acusatorio oral que nos rige, permite al juzgador dictar el fallo correspondiente; esta Jueza Nacional, como Jueza de Contravenciones, para el caso que nos ocupa; y, dado los argumentos planteados por los sujetos procesales, considera pertinente despejar, de manera primigenia, dos aspectos que se plantearon y que resulta importante resolver, previo a la decisión final. Acerca de la alegación de prescripción de la acción Toda vez que, de parte de la defensa técnica del denunciado, se planteó aquello de la prescripción de la acción; es menester reparar que, conforme al artículo 417.6 COIP, para el caso de contravenciones como es el sub judice- el ejercicio de la acción prescribe en tres meses, contados desde que la infracción se comete; de allí que, acorde con los recaudos procesales y a la información obtenida en esta audiencia, se ha señalado que la infracción se cometió, a decir del denunciante, el día 5 de septiembre de 2016, en una entrevista de televisión en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”; es así que, acorde con la norma antes referida, se tenía tres meses para presentar la denuncia, lo cual nos lleva hasta el 5 de diciembre de 2016; ahora bien, dado que la denuncia se la presenta con fecha 1 de diciembre de 2016, deviene que se la hace dentro del término de la ley; por lo tanto la acción no está prescrita. Acerca de que la

persona jurídica no es sujeto pasivo de una contravención Al respecto de esta alegación, también formulada por la defensa del denunciado; cabe indicar que, de conformidad con el COIP, cuerpo legal aplicable al caso, dentro del Libro II, Procedimiento; Título III, Sujetos Procesales; Capítulo II, Víctima; específicamente en el artículo 441.1, determina que se consideran víctimas, para efectos de la aplicación de este Código, entre otras, a las siguientes personas; y de manera inicial se señala a las personas naturales o jurídicas que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño; por lo tanto, en este caso se ha señalado que la persona jurídica CONECEL viene a ser la víctima de la infracción (contravención de cuarta clase); y es por ello, que queda claro, que la persona jurídica es víctima y puede ser objeto tanto de delitos como de contravenciones, esto es de infracciones penales; de allí, que la alegación con relación a la procedencia de la audiencia de contravención no tiene asidero legal; pues, conforme queda evidenciado, aquella, al igual que el trámite mismo, que no adolece de ningún vicio, ha observado el debido proceso razón por la cual se ha declarado su validez, y ha sido correctamente evacuado.

5.3.- Decisión Judicial Con respecto a la decisión judicial, se debe señalar, que los artículos 641 y 642 COIP, establecen que, con relación al procedimiento expedito para las contravenciones, se debe seguir las reglas generales previstas en este Código; es así, que para la audiencia de contravenciones, se han observado las reglas de las audiencias de juicio; y en cuanto a la decisión, se lo hace en los términos que establece el artículo 619 ejusdem. 5.3.1.- Referencia a los hechos contenidos en la acusación y la defensa Conforme quedó indicado, el Procurador Judicial de CONECEL (denunciante y víctima), manifiesta que: CONECEL se siente agraviada, por el antecedente de procedimientos administrativos, en los cuales se le ha impuesto multas (por US\$ 138 y 82 millones de dólares); que este juicio no es para determinar aspectos técnicos, sino que es por la contravención contenida en el artículo 396.3 COIP; cuando lo correcto y del plexo argumentativo correspondería al artículo 396.1; que el Superintendente de Control de Poder de Mercado (Pedro Páez Pérez, denunciado), desbordó sus funciones y realizó repetidas manifestaciones en medios de comunicación; en particular en la entrevista de 5 de septiembre de 2016 en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”, la réplica el 8 de septiembre subsiguiente en el mismo programa ante la periodista Janeth Hinostroza; que las expresiones vertidas por el señor Superintendente fueron proferidas en descredito de CONECEL para desacreditar a la empresa; que se trata de un bien jurídico diferente al honor y que corresponde a una contravención de cuarta clase; que las expresiones vertidas misma que jamás fueron precisadas-, son ajenas a los procesos administrativos, no forman

parte de alegaciones, desbordaron las funciones del Superintendente, pues no fueron expresadas en juicio sino en televisión con alta audiencia; y, las mismas no tienen base legal; que el Superintendente actuó conforme al artículo 396.1 COIP, con dolo y con las agravantes del artículo 47.1.6.7.8.9. Por su parte, la doctora Ximena Vintimilla, abogada del señor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado (denunciado); indicó: que los hechos se remontan desde hace mucho tiempo atrás; CLARO es una empresa de telecomunicaciones a quien CNT presenta una denuncia; se debe reparar, que la defensa del encartado, no hace referencia a lo señalado por el denunciante, en cuanto la supuesta contravención que se dice, se ha cometido en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”; empero, se precisa que Pedro Páez es inocente de la contravención; que las pruebas son ilegales, carecen de eficacia probatoria: que CONECEL no podía presentar denuncia por tratarse de una persona jurídica lo cual ya quedó despejado-; que acorde con el artículo 396.1 del COIP, versus el artículo 66.6 CRE en cuanto a las facultades de las superintendencias, estamos frente a la contravención por fuero, a razón de palabras en descredito o deshonra, en donde incluso cabe la compensación por reciprocidad de expresiones. 5.3.2.- Determinación de la existencia de la infracción y culpabilidad de la persona procesada. Previo a hacer el abordaje de este punto, es menester precisar, que en el juzgamiento de las contravenciones penales, el onus probandi o la carga de la prueba corresponde a quien incoa la acción, vale decir, al denunciante o acusador particular, pues, este es el medio para demostrar legalmente la existencia de la infracción y la participación activa y directa del infractor; correspondiendo, al juzgador declarar la responsabilidad del justiciable, en el caso de haber mérito, tanto más, que la juez o juez tiene la potestad de aplicar el principio iura novit curia, contemplado en el artículo 140 COFJ, y el principio de tutela judicial efectiva establecido en el artículo 23 ejusdem; más aún cuando el presunto contraventor justiciable se encuentra en estado de inocencia, al momento de iniciarse una causa contravencional seguida en su contra, por lo cual no está obligado a probar su inocencia. Desde este marco, la persona procesada no podrá ser declarada culpable por hechos que no consten en la acusación, en este caso denuncia, y que no se hayan probado; la finalidad de la prueba está dada en la norma y precisamente es llegar al convencimiento de la jueza o juez, de que tal hecho, o tal acto se condene, con base a las pruebas que deben y/o sean introducidas en la respectiva audiencia conforme a las reglas que manda el COIP. Durante la audiencia fueron repetidas las reglas en reiteradas ocasiones, a fin de establecer como podían y debían ser incorporadas las pruebas; más sin embargo, no existe dentro del

acervo probatorio actuado en la audiencia que se haya demostrado la existencia de la contravención dispuesta en el artículo 396.1 del COIP, entendiendo, a su vez, que el denunciante cometió algún lapsus calami en el momento de decir el artículo 396.3 ejusdem, que es diferente y versa sobre otra contravención; ya que en el alegato de clausura se señala el 396.1, que en efecto es la contravención que se menciona en el texto de la denuncia. El artículo 396.1 COIP tipifica, a las “Contravenciones de cuarta clase”, e indica que será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días: “1.- La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra. [-sic-] Esta contravención no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto”. La prueba sea esta documental, testimonial o pericial (artículo 498 COIP), tiene por finalidad “...llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”, conforme los determina el artículo 453 ejusdem; por lo que, corresponde entonces a esta Jueza Nacional, y para el caso Jueza de Contravenciones, analizar si así se ha procedido a justificar o no, en la correspondiente audiencia de juzgamiento; para según sea el caso y las pretensiones de los sujetos procesales, declarar la culpabilidad del procesado, imponer la pena prevista en la ley, disponer la reparación integral de la víctima; o en su lugar, como en efecto ha ocurrido, dictar sentencia ratificando el estado de inocencia. En el sub júdice, esta Juzgadora, encuentra que tanto de las actuaciones probatorias prueba de cargo como de la de descargo, se concluye que no existe prueba alguna sobre cuáles fueron o han sido las expresiones en descrédito o deshonra; no se ha precisado, ni escuchado de grabaciones que serían la evidencia de los hechos que se denuncian, puesto que jamás fueron expuestas-, una sola; ahora bien, más allá de que el perito que rindió su testimonio, hace referencia a su informe, al procedimiento que siguió para la realización de la pericia, luego de haber obtenido las grabaciones en CDs; más sin embargo, en el testimonial del perito no se indica, como deponente testigo, cuáles fueron las expresiones en descrédito que se aduce fueron efectuadas en el programa tantas veces referido “Los Desayunos de 24 Horas” transmitido por Teleamazonas, por parte del denunciado, Pedro Páez Pérez Superintendente de Control de Poder de Mercado, en contra de CONECEL; se debió incorporar en la audiencia el o los CDs, más no el informe como erradamente se pretendió hacer y fue objetado por no haber sido debidamente utilizado por la defensa, ni sujeto a contradicción de manera oportuna, ni anunciado como prueba -entendiéndose además, que tampoco se hizo-; huelga reparar, a su vez, que el informe, de acuerdo con la norma y la técnica, solamente sirve para refrescar la memoria del perito

exclusivamente-; no es un documento que se pueda incorporar como prueba en la audiencia, pues, solo se incorpora como prueba el testimonio que rinde el perito en esta audiencia en este caso pudo también haber sido el CD, siempre y cuando fuese reproducido por cualquier medio en la sala de audiencias y escuchado su contenido, la autenticidad del mismo, y acreditada la forma en que se obtuvo-; de allí que, toda vez, que el perito en su testimonio, mismo que fuera sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio por parte de los sujetos procesales, no precisó ni dijo absolutamente nada en torno a precisar cuál era el contenido de los CDs; los cuales, incluso, no queda claro si fueron uno o dos, ya que, conforme quedó indicado, no fueron reproducidos en la audiencia; ahora bien, en el evento de haber existido, se tenía que haber pedido su reproducción en la audiencia por un medio adecuado, debiéndose resaltar, que incluso este órgano jurisdiccional, estuvo listo con los medios electrónicos suficientes para hacer conocer a la audiencia y a esta jueza cuál era el contenido de los mismos. Por tanto, al no haberse incorporado CD alguno; y, ni el perito haber mencionado nada en cuanto a las expresiones en descréditos que se aducen, en descrédito o deshonra en contra del denunciante CONECEL; al no haberse probado ni escuchado-, tales palabras o expresiones; no se pudo colegir si se subsume o no en el cometimiento de la contravención de cuarta clase, conforme al numeral 1, del artículo 396 COIP. En lo que respecta a los demás documentos presentados e incorporados en la audiencia, no son objeto de análisis; ya que conforme queda indicado, no se ha determinado, con claridad meridiana, cuáles han sido las expresiones, que se dice fueron proferidas en el programa “Los Desayunos de 24 Horas”, en el canal Teleamazonas, en los días específicos que indicó el denunciante, esto es, el 5, 8 y 12 de septiembre de 2015. Sobre la base de lo indicado; esta Juzgadora al desconocer cuáles han sido las expresiones en descrédito, para poderlas calificar si realmente, desacreditan o no a la persona jurídica; y, por tanto, al no haberse probado, conforme a derecho, la existencia material de la contravención, mal puede referirse a la responsabilidad o no de la persona denunciada, si no existe contravención; de allí que, corresponde emitir, como en efecto se lo ha hecho, la decisión judicial de confirmar el estado de inocencia del señor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado. 5.3.3.- Acerca de la presunción de inocencia La Constitución de la República establece el principio de inocencia como base angular del Derecho Penal, principio que debe ser atacado dentro del juicio penal, en este caso contravencional-, en forma jurídica con los instrumentos que franquea el procedimiento penal; es decir, se debe demostrar conforme a derecho la existencia de una infracción punible así como la responsabilidad

del acusado, el mismo que debe dar a la o el juzgador, el convencimiento más allá de toda duda razonable sobre este accionar a fin de poder concluir en una sentencia condenatoria; caso contrario la sola duda sobre esta participación obliga al juzgador a confirmar el estado de inocencia del justiciable; así lo establece el artículo 5.3 COIP, en armonía con el estado de inocencia garantizado en los artículos 76.2 CR; 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el párrafo 2 del artículo 14. La presunción de inocencia estriba en el derecho del imputado en este caso del denunciado-, a ser tratado como inocente durante el proceso; se trata de un derecho connatural del ser humano que existe antes de toda forma de autoridad y de Estado; se debe reparar, que la condición natural y de derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable que es la inocencia, en el desarrollo de todo proceso penal, está amparada por una presunción, que a su vez, representa el mecanismo por el cual toda persona procesada legalmente debe ser tratada como inocente durante la investigación o juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada. Como quedó indicado, este principio se encuentra amparado en nuestra Constitución de la República, en el artículo 76.2 que señala: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada", y es la piedra angular sobre la cual se ha erigido toda la doctrina y procedimiento penal que debe respetar u observar en todo momento la institución del indubio pro reo; a partir de lo cual, a su vez, han devenido todas las garantías del debido proceso. Ahora bien, dado el sub júdice, conforme queda señalado ut supra, la presunción de inocencia supone por una parte la obligatoriedad de prueba en contrario por parte de quien pretende desvirtuarla; y por otra, la aceptación de dicha prueba por el órgano jurisdiccional competente, que al declararlo mediante una decisión en firme, desvirtúa dicha presunción; lo cual no ha ocurrido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Cantoral Benavides vs. Perú, sentencia de 18 de agosto del 2000, en el párrafo 120, sostiene que: (...) el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente no es procedente condenarla sino absolverla. Así, una de las principales derivaciones procesales que tiene el estado de inocencia es el principio del in dubio pro reo; o sea, al momento de dictar sentencia el órgano juzgador deberá basarse exclusivamente en las pruebas incorporadas al juicio, y si de ellas no logra obtener la

certeza sobre la culpabilidad del imputado, deberá resolver la causa a su favor absolviéndolo (...) 5.3.4.- Acerca de la malicia y temeridad El artículo 431 COIP prevé que: “La o el denunciante no es parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria”; la cuestión de malicia y temeridad opera procesalmente, cuando se acredita el ánimo doloso, mala intención, o prueba legal y convincente de que el denunciante hubiese actuado con imprudencia, sin el examen meditado de su acción, o sin la debida razón y fundamento para denunciar; lo cual no opera en la especie, en la que, más allá de no haberse probado la materialidad de la infracción; esta Juzgadora no encuentra que haya mérito suficiente para calificar la denuncia presenta por el abogado Carlos Cortaza Vinueza, Procurador Judicial de CONECEL, como maliciosa o temeraria. 6.- RESOLUCIÓN A la luz de lo que queda expuesto, bajo las consideraciones ut supra; y, con fundamento en las normas constitucionales, convencionales y legales que se dejan indicadas, doctrina y precedentes recogidos en este fallo; en aplicación del artículo 76.2 de la Constitución de la República, en armonía con el artículo 5.4 del Código Orgánico Integral Penal; la suscrita Jueza Nacional de Contravenciones, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, resuelve confirmar el estado de inocencia del señor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control de Poder de Mercado, al no haberse comprobado conforme a derecho la existencia material de la contravención de cuarta clase (artículo 396.1 CIP) denunciada en su contra.- Notifíquese y Cúmplase.