



**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN**

**LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DELITO DE PECULADO  
EN ECUADOR**

**DELGADO SALAZAR RICHAH NELSON**

**PLACENCIA MONTENEGRO JAIRO ROMÁN**

**TUTOR: PhD. CRESPO BERTI LUIS ANDRÉS**

**Otavalo, febrero 2022**

**ANEXO 1.  
DECLARATORIA DE AUTORIA Y CESACIÓN DE DERECHOS**

**DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS**

Yo/Nosotros PLACENCIA MONTENEGRO JAIRO ROMAN y DELGADO SALAZAR RICHAH NELSON DEL AUTOR /ES, declaro/declaramos que este trabajo de titulación: "LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DELITO DE PECULADO EN ECUADOR", es de mi/nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro/declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

Que de conformidad con el artículo 114 del Código Orgánico de la Economía Social, conocimientos, creatividad e innovación, concedo a favor de la Universidad de Otavalo licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos, conservando a mi/ nuestro favor los derechos de autoría según lo establece la normativa de referencia.

Se autoriza además a la Universidad de Otavalo para la digitalización de este trabajo y posterior publicación en el repositorio digital de la institución, de acuerdo a lo establecido en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior. Por lo anteriormente declarado, la Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes otorgados, por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.



**PLACENCIA MONTENEGRO JAIRO ROMAN**  
C.C. 100329957-3



**DELGADO SALAZAR RICHAH NELSON**  
C.C. 100268365-2

**ANEXO 3.**  
**SOLICITUD DE TIMBRE BLANCO**

**Lugar y Fecha:** Otavalo 07 de febrero del 2023

**Dirigido a:** MSc. Mónica Estrada Villacís

**Solicitante:** Richar Nelson Delgado Salazar

**Maestría:** EN DERECHO PENAL MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL

**Período académico:** Graduado

**Semestre:**

**Petición:** Entrega de CD de trabajo final de titulación

Por medio del presente documento solicito se reciba por parte de la biblioteca institucional de la Universidad de Otavalo los siguientes documentos:

1. CD de trabajo final de titulación con el tema:  
"LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DELITO DE  
PECULADO EN ECUADOR"
2. Factura por el valor de 2.40 por concepto de pago de solicitud de timbre blanco a nombre de: RICHAR NELSON DELGADO SALAZAR

Atentamente,

RICHAR NELSON DELGADO SALAZAR

C.I: 1002683652

Firma:



**Fecha:** 07 de febrero de 2023

**Dirigido a:** Ing. Mónica Elizabeth Estrada Villacis Msc.

**Solicitante:** Abg. Jairo Roman Placencia Montenegro Msc.

**Maestría:** Derecho Penal, con mención en Derecho Procesal Penal

**Periodo académico:** Graduado

**Semestre:**

**Petición:** Entrega del CD-RW de Trabajo final de Titulación

Por medio del presente documento solicito se reciba por parte de la biblioteca institucional de la Universidad de Otavalo los siguientes documentos:

1. CD de trabajo final de titulación con el tema:  
"La justicia restaurativa en el delito de Peculado en Ecuador"
2. Factura por el valor de 2.40 por concepto de pago de solicitud de timbre blanco a nombre de: Jairo Roman Placencia Montenegro



\_\_\_\_\_  
FIRMA

C.I.: 100329957-3

# ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESACIÓN DE DERECHOS .....</b>	<b>ii</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>v</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. METODOLOGÍA .....</b>	<b>3</b>
2.1 Enfoque de la investigación.....	3
2.2 Métodos .....	3
2.3 Nivel de investigación .....	3
2.4 Tipo de investigación.....	3
2.5 Técnicas e instrumentos de recolección de información .....	4
<b>III. PRESENTACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>4</b>
3.1 Tipos de justicia restaurativa .....	4
3.1.1 Mediación restaurativa .....	4
3.1.2 Círculos restaurativos .....	5
3.1.3 Sentencias en círculos.....	5
3.1.4 Discusión de resultados: Matriz de Categorización .....	7
3.2 Aplicabilidad en el Derecho Penal ecuatoriano .....	12
3.3 Intervinientes en el proceso .....	12
3.7.1 Requisitos de procedibilidad .....	13
3.4 Efecto procesal de la justicia restaurativa.....	15
3.5 Diferencias en el Derecho comparado.....	17
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>119</b>
<b>V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>20</b>

# **LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL DELITO DE PECULADO EN ECUADOR**

## **AUTORES**

Abg. Richar Nelson Delgado Salazar

**Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo**

Abg. Jairo Román Placencia Montenegro

**Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo**

## **RESUMEN**

La presente investigación tuvo como finalidad analizar la aplicabilidad de la justicia restaurativa en el delito de peculado en Ecuador, a raíz de la falta de eficacia demostrada por la justicia retributiva al momento de reparar al Estado como víctima en esta clase de delitos que atentan a su eficiencia, pese a existir en el país normativa jurídica suficiente que le permite a los órganos de justicia cumplir con este fin, sin embargo, su incapacidad en la recuperación de los fondos públicos dispuestos arbitrariamente hacen imperioso el planteamiento de nuevas formas alternativas al proceso ordinario que sean más eficientes para cumplir con el mandato constitucional de reparación del daño causado al Estado que ostenta el rango de sujeto pasivo en este tipo penal. El enfoque fue cualitativo, el tipo de investigación descriptivo y exploratorio, con empleo del método deductivo, analítico crítico, exegético entre otros. Se aplicaron dos entrevistas con cinco preguntas a profesionales de la Fiscalía General del Estado. Los resultados permitieron concluir que la justicia restaurativa es susceptible de ser aplicada dentro de la ejecución de la sentencia; así como su aplicación de un mecanismo alternativo que, mediante la voluntariedad plasmada en una negociación previa entre el Estado y el funcionario sentenciado, permitiría la recuperación de fondos públicos desde un enfoque distinto a la coerción estatal a cambio de beneficios reales a favor del sentenciado.

**Palabras clave:** Justicia restaurativa, aplicabilidad, Peculado, Justicia retributiva

## ABSTRACT

The purpose of this investigation was to analyze the applicability of restorative justice in the crime of embezzlement in Ecuador, as a result of the lack of effectiveness demonstrated by retributive justice at the time of reparation to the State as a victim in this class of crimes that threaten its efficiency, despite the existence in the country of sufficient legal regulations that allow the organs of justice to comply with this purpose, however, its inability to recover arbitrarily disposed of public funds makes it imperative to propose new alternative forms to the ordinary process that are more efficient in complying with the constitutional mandate to compensate for the damage caused to the State that holds the rank of taxable person in this criminal type. The approach was qualitative, the type of descriptive and exploratory research, with the use of the deductive, critical analytical, exegetical method among others. Two interviews with five questions were applied to professionals from the Attorney General's Office. The results allowed us to conclude that restorative justice is likely to be applied within the execution of the sentence; as well as its application of an alternative mechanism that, through the voluntariness embodied in a prior negotiation between the State and the sentenced official, would allow the recovery of public funds from an approach other than state coercion in exchange for real benefits in favor of the sentenced person.

**Keywords:** Restorative justice, applicability, Embezzlement, Retributive justice

## I. INTRODUCCIÓN

Los procesos restaurativos tienen su origen en las comunidades indígenas, quienes ancestralmente han basado los mismos en reparar el daño causado, más allá de buscar una sanción o pena para el infractor, la cual frecuentemente consistía en trabajar por un determinado tiempo para la familia afectada o simplemente reparando el mal provocado de manera integral. En este sentido, Howard Zehr, quien fue pionero en justicia restaurativa realizó varias investigaciones que fueran publicadas desde este enfoque, las cuales han sido recogidas por diferentes tratadistas. Así, Aguayo (2018), manifiesta: “Esta justicia atiende la causa-efecto del fenómeno de la infracción tanto para la víctima como para el victimario”. (p. 2).

En esencia, la idea de Zehr, radica en fomentar una contraposición a la justicia tradicional o retributiva que tiene como única finalidad dar una sanción por una infracción cometida, es decir dar un mal a cambio de otro. Según este enfoque, como bien lo dice Pesqueira (2014), la justicia restaurativa busca: “la satisfacción de las necesidades de las víctimas procurando llevar las cosas a su estado anterior, de la readaptación del victimario y del reconocimiento de sus responsabilidades para con las víctimas al igual que con la sociedad.” (p. 2).

Dentro de su evolución, la victimología, juega un papel preponderante, pues constituyó el inicio de una mirada hacia la víctima, obligando que el sistema penal no se centre únicamente en el castigo al infractor. Zuluaga (2018), mencionaba que la victimología: “marco un inicio importante en el cambio de enfoque que se dio a la resolución de los conflictos, la justicia restaurativa se nutrió de este conocimiento incorporándolo como una de sus aristas fundamentales”. (p. 6).

En el marco internacional, la Organización de las Naciones Unidas a la par de este fenómeno, mediante el Consejo Económico y Social, sobre la elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia retributiva en materia de justicia penal (1999), hizo un llamado a los Estados miembros: “para que consideren, dentro de sus ordenamientos jurídicos, la posibilidad de formular procedimientos que representen una alternativa frente al proceso ordinario de justicia penal, así como políticas de mediación y justicia retributiva”. (p. 60).

En el año 2006 se publica el Manual sobre programas de justicia restaurativa, en el cual fortaleció la idea de que: “los programas de justicia restaurativa complementan en lugar de reemplazar el sistema de justicia penal existente. Una intervención restaurativa puede usarse en cualquier etapa del proceso de justicia penal”. (ONU, 2006, p. 13).

La Constitución de la República del Ecuador (2008), no se encuentra aislada a esta protección especial tanto a las víctimas como a la sociedad, tal es así que en el artículo 78 garantiza la adopción de: “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.” (p. 26). Es decir, convencional y constitucionalmente es viable la aplicación de este mecanismo alternativo, que viabiliza una atención diferente de parte del Estado tanto a la víctima como al infractor.



De la misma carta constitucional se establece en el artículo 233 la CRE (2008), que: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.” (p. 66).

El Código Orgánico Integral Penal (2014), tipifica en el artículo 278, el delito de peculado, estableciendo que:

Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. (p. 84).

Esta conducta se encuentra tipificada, en la norma penal, y busca la protección de un bien jurídico constitucionalmente protegido. Respecto a este bien, Soler citado por Castañeda (2017) refiere: “el bien jurídico protegido es la administración pública, en cuanto se refiere al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes.” (p. 343). Es decir, se concibe al funcionario público como un protector de los recursos públicos, confiando en él para que los use y distribuya de la manera que establezca la Ley, sin afectar los intereses económicos producto de irregularidades en su manejo y administración.

En Ecuador históricamente la ciudadanía ha sido testigo de la ineficacia de la justicia retributiva, al tratar de recuperar aquellos fondos públicos que fueron dispuestos de manera arbitraria en el cometimiento del delito de peculado. Esto hace imperioso la búsqueda de mecanismos alternativos que coadyuven a cumplir con uno de los derechos de las víctimas que es la reparación integral. Actualmente en el país, se contempla este tipo de justicia únicamente para infracciones de violencia contra la familia y miembros del núcleo familiar, de ahí la necesidad de que se analice la aplicabilidad en este tipo de infracción, no sólo priorizando la sanción sino buscando la posibilidad de recuperar de manera exitosa los fondos mal dispuestos, a través de acuerdos procesado – Estado que benefician a las dos partes.

La importancia que el presente estudio aportará al Derecho Penal, es una óptica distinta respecto a la viabilidad de su aplicación en el delito de peculado, pues por su naturaleza, provoca alto impacto en el orden social, más aún cuando en estado de emergencia sanitaria, se observa un brote respecto al cometimiento de este delito. El enfoque se centrará en la reparación eficiente a la víctima, y los estragos causados por el cometimiento de esta infracción, tomando en cuenta que históricamente ha sido nula la recuperación de los fondos públicos dispuestos arbitrariamente en perjuicio del Estado ecuatoriano, sin que su aplicación pueda afectar de ninguna manera al desarrollo normal del proceso penal ordinario, pues se plantea al proceso restaurativo en la fase de ejecución de la sentencia.

## **II. METODOLOGÍA**

### **2.1 Enfoque de la investigación**

Para cumplir con el mencionado propósito, la investigación se fundamentará en un enfoque cualitativo, el mismo que tiene como objetivo analizar la aplicabilidad de un fenómeno, buscando por lo general una conceptualización que pueda abarcar la realidad. Al respecto, Ruiz (2015), lo define como “aquel que estudia la realidad en su contexto natural y cómo sucede, sacando e interpretando fenómenos de acuerdo con las personas implicadas.” (p. 8).

### **2.2 Métodos**

Los métodos por emplearse serán el deductivo, analítico crítico, exegético, entre otros. De esta forma se obtendrá una conclusión basada en premisas principales, que abordarán la aplicabilidad de la justicia restaurativa en el delito de peculado.

### **2.3 Nivel de investigación**

La investigación será descriptivo y exploratorio. Según Cabezas (2018), el nivel descriptivo tiene como finalidad:

Especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de las personas, grupos, poblaciones, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Se centra en describir situaciones, eventos o hechos, recolectando datos sobre una serie de cuestiones y se efectúan mediciones en este tipo de investigación, además busca explicar minuciosamente lo que está sucediendo en un momento dado y lo interpreta (p. 69).

En cambio el nivel exploratorio, en aplicación a la temática planteada, permitirá definirlo claramente y así lograr un mejor entendimiento.

### **2.4 Tipo de investigación**

Se trata de una investigación factible como variante del enfoque a emplear, además de documental, pues contempla la recolección de datos a través de entrevistas a informantes clave, siendo el instrumento, la guía de entrevista. El análisis documental, según García (2014) lo considera como:

La esencia de la función de la documentación, ya que es el análisis el que pone en contacto al documento con el usuario por medio de una serie de operaciones intelectuales complejas cuyo resultado es la representación del documento de una manera condensada y distinta al original. Incide, en su concepción, en el análisis interno de los documentos en su doble vertiente de indización y resumen. (p. 54).

## **2.5 Técnicas e instrumentos de recolección de información**

Las técnicas a emplearse son la entrevista y la observación directa. Mediante la entrevista, se logrará obtener información de gran valía, aportada por los entrevistados. Así, Canales (2016), define esta técnica como: “La comunicación interpersonal establecida entre el investigador y el sujeto de estudio, a fin de obtener respuestas verbales a las interrogantes planteadas sobre el problema propuesto.” (p. 163).

La entrevista permitirá obtener información completa y profunda, además de la posibilidad de aclarar dudas durante el proceso, asegurando respuestas útiles; tendrá como herramienta el guion, aplicada en base a diez preguntas, dirigidas a especialistas en el área relacionado a esta clase de delitos.

Mientras que la observación directa, permitirá recolectar datos del objeto de estudio sin necesidad de alterar su ambiente. Así, Anguera, Blanco, Losada y Sánchez (2020), establecen que el objetivo “es el análisis de la realidad perceptible, en estudios en los cuales se respeta la espontaneidad del comportamiento y la habitualidad del contexto.” (p. 49).

## **III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

### **3.1 Tipos de justicia restaurativa**

Desde la concepción de la justicia restaurativa, se pueden evidenciar tres formas o tipos principales, que corresponden a) la mediación restaurativa (víctima - infractor), b) círculos restaurativos; y, c) sentencias en círculos.

#### **3.1.1.1 Mediación restaurativa**

Los programas de mediación restaurativa, son aquellos que tienden a buscar una conciliación entre víctima e infractor, este tipo constituye uno de los primeros intentos de la justicia restaurativa por buscar una salida alternativa al conflicto. Según lo establecido en el Manual de programas de justicia restaurativa (2006), la finalidad de este mecanismo: “están diseñados para abordar las necesidades de las víctimas del delito, asegurándose de que los delincuentes sean hechos responsables por sus delitos”. (p. 17).

Este tipo de mediación, se aplica en delitos de menor gravedad, se caracteriza por provenir de autoridades públicas, como la Fiscalía. En Ecuador, podemos reconocer a la conciliación regulada en el artículo 663 del COIP (2014), aunque también se contempla el servicio otorgado por las oficinas especializadas que fueran implementadas por el Consejo de la Judicatura. El ejemplo claro de este tipo de mediación la podemos encontrar en los delitos de tránsito, que, al ser netamente culposos, son susceptibles de su aplicación, para lo cual se requiere de un facilitador que es proporcionada por el Consejo, ante quien se redacta los acuerdos que posteriormente son aprobados en audiencia oral, pública y contradictoria ante el juez de la causa.

### **3.1.1.2 Círculos restaurativos**

Tiene su origen en Nueva Zelanda, pues se usaba como medio de solución de conflictos dentro del grupo aborigen maorí, siendo institucionalizado más tarde para ser usado en el sector educativo, como forma de prevención del delito en adolescentes. De la Rosa (2017), manifiesta que los círculos de paz se conceptualizan como: “una de las metodologías que utiliza la justicia restaurativa para reparar vínculos en las relaciones entre víctimas, ofensores, familiares y comunidad a través de la colaboración de facilitadores, para favorecer la construcción de la paz en la sociedad”. (p. 57).

El enfoque de este proceso se centra principalmente en reunir a la víctima y su grupo cercano como familiares, amigos, profesores, a la comunidad en sí, y por otro lado al victimario. Busca identificar los deseos que requieren alcanzar con este procedimiento, y plasmarlo en un acuerdo que será cumplido a cabalidad por el victimario. El Manual de programas de justicia restaurativa (2006), establece que el propósito de este mecanismo es: “confrontar al delincuente con las consecuencias del delito, desarrollar un plan reparador y, en casos más serios (en el modelo de Nueva Zelanda), determinar la necesidad de supervisión más restrictiva y/o custodia”. (p. 21).

Este tipo de justicia restaurativa, puede ser aplicado como un mecanismo previo al inicio de un proceso penal, el cual ha encontrado su mayor aceptación en caso de delitos cometidos por adolescentes, a quienes constitucionalmente se les está garantizado este tipo de justicia. Al respecto el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 255 establece una: “Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia, integrada a la Función Judicial, para el conocimiento y resolución de los asuntos relacionados con la protección de los derechos y garantías de niños, niñas y adolescentes”. (p. 67).

Es esta clase de justicia la aplicada en Ecuador relacionada a los adolescentes, pues la protección normativa, constitucional y convencionalidad, priorizan su protección especial, lo que conlleva a que tanto el Fiscal como el Juez de la causa, puedan aplicar a favor del adolescente figuras como la remisión, que se halla regulada específicamente para delitos de menor gravedad. Además, le faculta al fiscal de conformidad a sus atribuciones contempladas en el artículo 336 decidir si justifica en base a su investigación el inicio de un proceso penal, o en su efecto el aplicar las formas de terminación anticipada del proceso.

### **3.1.1.3 Sentencias en círculos**

Las sentencias en círculo, son uno de las mejores muestras de justicia participativa. Este se caracteriza por la participación además de la víctima, victimario, comunidad, de un facilitador y de autoridades judiciales que representan al Estado. Según Franco (2018): “El presupuesto de acceso a esta práctica restaurativa es que el delincuente se debe de haber declarado culpable de los delitos que se le imputan. Lo que hace a esta práctica exclusiva del sistema de justicia penal”. (p. 1).

En este tipo de justicia, se busca como objetivo el consenso entre las partes relacionado a la forma más viable de solucionar el conflicto. Para lo cual se debe en primera instancia realizar un filtro del caso, pues no todas las infracciones son susceptibles de su aplicación. Al respecto, el mismo autor nos identifica cuatro etapas que deben cumplir para determinar la pertinencia del procedimiento, las cuales son:

Etapa 1: Determinar si el caso es pertinente o adecuado para un proceso circular. Etapa 2: Preparar a las partes que van a participar en el círculo. Etapa 3: Buscar un acuerdo consensual en el círculo que atienda a los tres objetivos mencionados supra. Etapa 4: Proporcionar seguimiento y asegurarse de que el victimario-ofensor cumpla con todos los términos del acuerdo”. (Franco, 2018, p. 2).

En cuanto a la primera de las etapas, versa sobre la infracción cometida sea leve, además de verificarse la voluntad de la víctima y del victimario de someterse al procedimiento. Barrios (2020) establece que: “Sólo se ha de permitir la participación de aquel victimario que tenga un real interés en cambiar su vida, de pedir perdón, compensar y resocializarse”. (p. 76). Este hecho tiene relación con la segunda etapa, pues una vez que se cuente con el consentimiento el facilitador preparara a las partes que intervendrán en el círculo a fin de que comprendan la dinámica sobre la cual se desarrollara; llegando de esta forma a cumplir con la tercera etapa relacionada al cumplimiento de los objetivos básicos del círculo de sentencia, esto es la solución acordada debe proteger a la comunidad, satisfacer las necesidades de la víctima, y solventar lo requerido por el infractor en relación a su rehabilitación y cumplimiento del castigo impuesto.

### 3.1.1.4 Discusión de resultados: Matriz de Categorización

Objetivo	Categoría	Subcategoría	Pregunta orientadora	Fuentes	Técnicas
Señalar los criterios sobre la justicia restaurativa en el delito de peculado	Sistema Penal	Remisión fiscal: Víctima	<p>1.- En su criterio. ¿Qué se debería entender por justicia restaurativa? Fundamente su pregunta.</p> <p>2.- ¿Considera usted, que la justicia restaurativa puede ser aplicada en materia penal ordinaria en Ecuador? Si o No. Fundamente su respuesta.</p> <p>3.- ¿Considera usted que los mecanismos actualmente contemplados en el COIP, han sido eficientes para lograr reparar al Estado, respecto a la recuperación de los fondos públicos en el cometimiento del delito de Peculado?</p> <p>4.- En su opinión. ¿Es factible la aplicación de la justicia restaurativa en el delito de Peculado, como parte de la ejecución de la sentencia? Si o No. Fundamente su respuesta.</p> <p>5.- ¿Considera usted que la justicia restaurativa podría ser aplicada en el delito de Peculado con la finalidad de obtener acuerdos con el sentenciado como una forma alternativa de lograr recuperar los fondos arbitrariamente dispuestos por el funcionario público? Si o No. Fundamente su respuesta.</p>	Profesionales de la Fiscalía Provincial de Pichincha	Entrevista Guía de análisis documental

Por medio de la revisión exhaustiva de antecedentes, considerando como fuentes a Profesionales de la Fiscalía Provincial de Pichincha que cumplían los requisitos necesarios para ser integrados dentro de la entrevista, y finalmente habiendo escogido y hecho la recopilación de artículos científicos con mayor cercanía y aborde de la temática de estudio, es así que, se tiene presente y se explora esta investigación para el respectivo análisis y comentario. A continuación, estas se detallan de la siguiente manera:

Autores	Tipo de estudio	Métodos	Resultados
Profesionales de la Fiscalía Provincial de Pichincha	Cualitativo	Análisis teórico de la literatura	<p>1.- En su criterio. ¿Qué se debería entender por justicia restaurativa? Fundamente su pregunta.  <b>Entrevistado 1: R.</b> Es un método o proceso para resolver el posible daño causado a la víctima y que el responsable o responsables tengan su sanción.  <b>Entrevistado 2: R.</b> La figura de justicia restaurativa se entendería como la opción que tiene el infractor de un delito para restituir el daño causado a la víctima de manera directa o a quien sea perjudicado debidamente justificado.</p>
			<p>2.- ¿Considera usted, que la justicia restaurativa puede ser aplicada en materia penal ordinaria en Ecuador? Si o No. Fundamente su respuesta.  <b>Entrevistado 1: R.</b> Sí, es más en las comunidades indígenas han sido los pioneros en esta justicia, como, por ejemplo, el caso “La Cocha” esto en base al pluralismo jurídico reconocido en la Constitución.  <b>Entrevistado 2: R.</b> Si. En la actualidad existen mecanismos restauradores dentro del ámbito penal. En delitos culposos de tránsito, siempre que no exista muerte de uno de los participantes se puede generar un acuerdo a través de la mediación.</p>
			<p>3.- ¿Considera usted que los mecanismos actualmente contemplados en el COIP, han sido eficientes para lograr</p>

		<p>reparar al Estado, respecto a la recuperación de los fondos públicos en el cometimiento del delito de Peculado?</p> <p><b>Entrevistado 1: R.</b> No debe existir normas complementarias como son la Ley de extinción de dominio, la cual está en la Asamblea para análisis y posterior aprobación.</p> <p><b>Entrevistado 2: R.</b> Hay que considerar que en la actualidad y conforme legislación no se puede transar cuando hay perjuicio estatal. Sin embargo, las sentencias en procesos de Peculado en cuanto a la restitución de los fondos públicos no son eficaces.</p> <hr/> <p>4.- En su opinión. ¿Es factible la aplicación de la justicia restaurativa en el delito de Peculado, como parte de la ejecución de la sentencia? Si o No. Fundamente su respuesta.</p> <p><b>Entrevistado 1: R.</b> Al buscar la justicia restaurativa, subsanar lo afectado y al existir una afectación al servicio público, desde mi punto de vista sería efectivo la justicia restaurativa.</p> <p><b>Entrevistado 2: R.</b> Podría ser útil, por cuanto como lo manifesté en líneas anteriores las sentencias por peculado, en cuanto a la restitución de los fondos públicos afectados no son restaurados.</p> <hr/> <p>5.- ¿Considera usted que la justicia restaurativa podría ser aplicada en el delito de Peculado con la finalidad de obtener acuerdos con el sentenciado como una forma alternativa de lograr recuperar los fondos arbitrariamente dispuestos por el funcionario público? Si o No. Fundamente su respuesta.</p> <p><b>Entrevistado 1: R.</b> Sí, puede ser de manera pecuniaria o puede realizarse a través de prestación de sus servicios profesionales a favor del Estado, quien es el directamente afectado.</p> <p><b>Entrevistado 2: R.</b> Si, por cuanto al hablar del delito de peculado su esencia se funda en beneficios económicos públicos. Si se consideran acuerdos dentro de este tipo penal, se llegaría a una verdadera justicia restaurativa y de restitución.</p>
--	--	--



El objetivo general de las entrevistas es señalar los criterios de cada uno de los entrevistados sobre la justicia restaurativa en el delito de peculado, quienes, desde la experiencia en su calidad de funcionarios de la Fiscalía Provincial de Pichincha nos explican lo siguiente:

Que a la justicia restaurativa se debería entender, como un método o proceso para resolver el posible daño causado a la víctima y que el responsable o responsables tengan su sanción; así mismo la figura de justicia restaurativa se entendería como la opción que tiene el infractor de un delito para restituir el daño causado a la víctima de manera directa o a quien sea perjudicado debidamente justificado.

Complementando con lo expuesto vale señalar la definición según (Rey, 2018) quien reconoce que “la justicia restaurativa obedece a un modelo de justicia muy práctico y racional dado que procura no la pena o la sanción, sino el acuerdo entre las partes para poner fin al conflicto penal” (p.9).

Sobre lo expuesto dentro del Código Orgánico Integral Penal se establece a la Justicia Restaurativa como todo proceso en que la víctima y el procesado sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas de la infracción en busca de un resultado restaurativo. El tema de Justicia Restaurativa es un tema que ya tiene una relevancia jurídica, social y humanística dentro de nuestra sociedad, demostrándose lo indicado en el conocimiento que radica en los profesionales de derecho sobre este tema y el cual ha sido demostrado en las entrevistas aplicadas. Todos coinciden bien en que es nuevo pero muy útil para la vida de nuestros procesados por el delito de peculado y que han infringido la ley penal.

Si la justicia restaurativa puede ser aplicada en materia penal ordinaria en Ecuador, los entrevistados exponen que; Sí, es más en las comunidades indígenas han sido los pioneros en esta justicia, como, por ejemplo, el caso “La Cocha” esto en base al pluralismo jurídico reconocido en la Constitución; y que en la actualidad existen mecanismos restauradores dentro del ámbito penal. En delitos culposos de tránsito, siempre que no exista muerte de uno de los participantes se puede generar un acuerdo a través de la mediación.

Como aporte a lo manifestado, es importante señalar que (Beristain, 2009), afirma que:

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen solo a un grupo de partes interesadas primarias, el proceso solo puede llamarse parcialmente restaurativo; cuando un procedimiento como el de mediación incluye partes interesadas principales, pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es “mayormente restaurativo”; el proceso es “plenamente restaurativo” solo cuando los tres grupos de partes interesadas participan activamente, es decir, cuando el proceso es plenamente comunicativo. (p. 23).

De estos aportes, diríamos que la justicia restaurativa si debería ser aplicada en materia penal, por cuanto la practicidad de la justicia restaurativa es un elemento que se puede estimar como una de las principales razones por las que este tipo de justicia se ha abierto o ha ganado mayor terreno en la praxis del derecho procesal penal. Dado que, el sistema penal busca minimizar su actividad en ciertas ocasiones y circunstancias, lo cual depende de los funcionarios u operarios de justicia, lo lógico sería que se promueva y se practique en mayor medida un tipo

de justicia que abone a los consensos antes que al fortalecimiento de las pugnas y las discusiones propias del conflicto.

Al considerar si los mecanismos actualmente contemplados en el COIP (2014), han sido eficientes para lograr reparar al Estado, respecto a la recuperación de los fondos públicos en el cometimiento del delito de Peculado; los funcionarios señalados en líneas anteriores manifiestan que; No debe existir normas complementarias como son la Ley de extinción de dominio, la cual está en la Asamblea para análisis y posterior aprobación; y, que hay que considerar que en la actualidad y conforme legislación no se puede transar cuando hay perjuicio estatal. Sin embargo, las sentencias en procesos de Peculado en cuanto a la restitución de los fondos públicos no son eficaces.

Se entiende desde la perspectiva del garantismo de acuerdo con el análisis de lo propuesto por (Castro, 2017) que el texto de la Constitución de la República del Ecuador debe procurar la disposición (...) “de mecanismos que mejor contribuyan a la tutela de derechos, en especial cuando estos se puedan ver afectados por controversias jurídicas donde las partes tengan un interés por arribar acuerdos que las resuelvan con la mayor prontitud y eficiencia posible.” (p. 90).

Estos mecanismos tienen un carácter garantista por cuanto buscan favorecer la tutela efectiva de los derechos donde se fomenta iniciativas, se realizan los esfuerzos por los que prevalezcan los acuerdos por sobre las sanciones donde se deja de lado las posibilidades que el infractor pueda redimirse y pagar su deuda social y reparar a la víctima sin tener que ser sancionado como por ejemplo con la privación de la libertad. Del mismo modo, como intención se juzga que la víctima pueda tener a su favor una reparación más rápida y oportuna por medio de la conciliación en comparación con el proceso penal convencional.

Si es factible la aplicación de la justicia restaurativa en el delito de Peculado, como parte de la ejecución de la sentencia; las respuestas están en que, al buscar la justicia restaurativa, subsanar lo afectado y al existir una afectación al servicio público, desde mi punto de vista sería efectivo la justicia restaurativa, y además podría ser útil, por cuanto las sentencias por peculado, en cuanto a la restitución de los fondos públicos afectados no son restaurados.

La postura de los autores refleja una clara determinación en destacar la justicia restaurativa en el delito de Peculado en favor de un sistema penal garantista, conciliador, en pro de la reparación integral y de la práctica o ejercicio del derecho penal mínimo. En este sentido, el sistema de justicia penal puede a través de este tipo o modelo de justicia el evitar conflictos innecesarios por lo que se escatiman esfuerzos de los operadores de justicia y las partes en conflicto logran arribar a propuestas de soluciones que mejor se encaminen en favor de sus intereses.

Finalmente, si la justicia restaurativa podría ser aplicada en el delito de Peculado con la finalidad de obtener acuerdos con el sentenciado como una forma alternativa de lograr recuperar los fondos arbitrariamente dispuestos por el funcionario público; los involucrados en la entrevista manifiestan que: Sí, puede ser de manera pecuniaria o puede realizarse a través de prestación de sus servicios profesionales a favor del Estado, quien es el directamente afectado;

por cuanto al hablar del delito de peculado su esencia se funda en beneficios económicos públicos. Si se consideran acuerdos dentro de este tipo penal, se llegaría a una verdadera justicia restaurativa y de restitución.

En este contexto, desde las premisas garantistas, el conflicto a nivel penal puede ser solucionado sin tener que recurrir a la privación de la libertad de la persona procesada, sino que bien se da cabida a que en delito de peculado al tratarse de conducta penal relevante, bien puede existir un diálogo, negociación y consenso entre las partes, por lo que se reafirma la conciliación penal como un método válido para subsanar el daño al Estado, redimir la conducta punible del infractor y extinguir el delito. Esta posibilidad justamente se debe a los preceptos que emergen del principio de mínima intervención penal que es parte del derecho penal mínimo y el garantismo, de lo cual se manifiesta que la privación de la libertad solo procederá en casos de delitos que resulten graves para el ordenamiento jurídico y donde por el tipo y magnitud del daño no haya cabida alguna para transigir entre la víctima y la persona procesada.

### **3.2 Aplicabilidad en el Derecho Penal ecuatoriano**

La finalidad de la presente investigación se basa precisamente en el análisis de la factibilidad de aplicación de este tipo de justicia al tipo penal de peculado, con la intención de que logre servir como una alternativa para la recuperación de fondos públicos arbitrariamente dispuestos en perjuicio de la víctima que es el Estado. En este contexto, como se mencionó anteriormente existen sujetos intervinientes indispensables para que se desarrolle un proceso restaurativo, los cuales se pasa a individualizar.

#### **3.2.1 Intervinientes en el proceso**

Para que se pueda desarrollar un proceso restaurativo, se requiere la presencia de sujetos indispensables para su realización, como lo son la víctima, el infractor, un facilitador y de ser aplicable al caso la presencia de miembros de la comunidad. Al respecto, el artículo 651.6 en su numeral 1 del COIP (2014) establece:

Las partes involucradas dentro del proceso de la fase restaurativa son: víctima o víctimas, familia inmediata o personas que están a cargo de la víctima, persona sentenciada, comunidad local e instituciones judiciales; la comparecencia de la comunidad local no es obligatoria, dependerá de cada caso. (p. 208).

En cuanto a la víctima, su papel en el proceso restaurativo es fundamental, pues el mismo se centra principalmente en ella. Bolívar & Vanfraechem (2015), manifiestan: “es una práctica estrictamente voluntaria que permite a la víctima entablar un diálogo con el ofensor y confrontarlo con el impacto del delito, expresar emociones, hacer preguntas para entender la experiencia vivida ¿Por qué yo?”. (p. 1439). Evidentemente estos síntomas no se presentan en el Estado como víctima del delito de peculado, sin embargo, si puede proyectar la percepción en la ciudadanía de impunidad, de despilfarro de fondos públicos y falta de control en su uso, irrespeto a la norma, debiendo enfocarse su reparación en la restitución del perjuicio económico causado.

Otro de los pilares fundamentales de este proceso, es sin duda alguna la persona sentenciada o procesada, quien al igual que la víctima debe participar en este procedimiento de manera voluntaria, no puede ser obligado bajo ninguna causa o naturaleza. Este proceso restaurativo puede beneficiar al infractor en lo que refieren Macedonio & Carballo (2020): “en lograr una mayor efectividad en lo que refiere a la rehabilitación del delincuente frente a la víctima, frente a la comunidad y frente al Estado”. (p. 312). Es decir, al infractor, por medio de este procedimiento, puede reparar el daño causado, lograr una rehabilitación frente a la víctima, a la ciudadanía y al Estado, quitándose la etiqueta de delincuente, lo que se traduciría a un bienestar psicológico para el mismo, que le permitirá con mayor facilidad buscar una reinserción social.

Por facilitador, debemos entender aquella persona especialista en efectuar este tipo de procesos. En la legislación ecuatoriana, se expidió por el Consejo de la Judicatura, la resolución 209-2013, la cual contenía el reglamento del centro de mediación de la función judicial (2013), la cual en su artículo 3 establecía como ámbito de aplicación: (...) “la resolución de conflictos que versen sobre materia transigible, entre personas naturales o jurídicas, públicas o privadas”. (p. 3). La cual tenía como objetivo y obligación el promover u difundir la utilización de este mecanismo para solucionar los conflictos de manera alternativa. Este reglamento al mediador o facilitador requisitos mínimos referentes a su formación profesional, conocimiento o experticia en el área.

De igual forma la presencia del facilitador, la tenemos en el artículo 662 numeral 5 del COIP (2014), mismo que establece: “los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto”. (p. 214). Su papel esencialmente se limita a realizar las funciones de un moderador entre las partes procesales, con la finalidad de orientar la reunión, y viabilizar los acuerdos a los que puedan llegar entre víctima y procesado.

La comunidad o familiares de la víctima según el caso también forman parte de este proceso restaurativo, puesto que la comisión del delito no sólo afecta de manera directa al ofendido, sino también lo hace a su grupo familiar cercano. El papel de la comunidad de los familiares de las partes juega un papel secundario que en ciertos casos llegan a ser importantes, ya que pueden participar en conjunto para presentar propuestas sujetas a discusión. Como lo bien lo dice Mazzeo & Maris (2019): “el ofensor y su familia elaboran una propuesta que será presentada a la víctima y a los demás participantes de la conferencia”. (p. 5). La participación de la comunidad y la familia buscan potencializar los acuerdos a los que se pueda llegar entre infractor y víctima.

### **3.2.2 Requisitos de procedibilidad**

La regla general comúnmente aceptada de procedibilidad de justicia restaurativa se centra en el aspecto de la gravedad de la infracción. Es decir, pueden ser sujetos de este procedimiento aquellas infracciones consideradas doctrinariamente como leves lo que se contrapone al delito de Peculado que jamás podría considerarse de esta forma. En nuestro ordenamiento jurídico tenemos requisitos previos establecidos respecto aquellos delitos que son susceptibles de una conciliación, los cuales se hallan en el artículo 663 del COIP (2014).

En este caso se puede observar que este parámetro establecido doctrinariamente ha sido aceptado y plasmado en la norma, pues se establece como uno de requisitos que la infracción tenga una pena privativa de libertad que no supere los cinco años, es decir se realiza un primer filtro. Luego la normativa nos establece como segundo parámetro, la posibilidad de aplicar conciliación a delitos culposos, a excepción de aquellos en los que se ha producido la muerte de una persona, extendiéndose además el alcance a delitos cometidos contra la propiedad que no excedan de treinta salarios básicos unificados.

Así mismo contempla el artículo 663 inciso final del COIP (2014), que no se podrá aplicar la conciliación en:

infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. (p. 215).

De esta normativa se puede establecer que en la legislación ecuatoriana se imposibilita la aplicación de justicia restaurativa a través de una conciliación, mientras se encuentre en trámite el proceso penal, en lo referente a los delitos en contra de la eficiente administración pública entre ellos el peculado, además de existir prohibición expresa en delitos relacionados con violencia cometidos en el ámbito familiar, lo que sin lugar a duda pretende evitar una normalización de la violencia, y de manera indirecta establecer una política de erradicación de la misma.

Así es que la justicia restaurativa ha sido implementada en el COIP (2014) como parte de la ejecución de la sentencia, es decir la propuesta normativa que rige en nuestro país, se centra en la parte final del proceso, cuando se procede ya a su ejecución, de esta forma se evita dejar las infracciones penales en la impunidad, se responde a la necesidad estatal de sancionar la conducta prohibida, cumpliendo con todos los fines de la pena. No deja de ser interesante la propuesta realizada por el legislador, pues no se afecta de ninguna forma a la justicia retributiva, ya que se ha desarrollado el proceso penal de manera completa y con normalidad.

El segundo de los requisitos para su procedencia es la voluntariedad de las partes, puesto que, si una de ellas no muestra interés en someterse a este procedimiento, el mismo no podría llevarse a cabo. Rodríguez (2016), respecto a este requisito establece: “La mejor estrategia es la negociación asistida de la buena voluntad de las partes para concluir el enfrentamiento, dando paso al reconocimiento de la común interdependencia”. (p. 6). Motivo por el cual, el proceso restaurativo necesita que tanto víctima como infractor deseen resolver el conflicto que los une poniendo fin al mismo.

La voluntad de las partes, también se haya contemplado en el artículo 651.6 en el numeral 7 del COIP (2014), que establece: “El juez o jueza previo iniciar el diálogo, tomará consentimiento de las partes e informará el objetivo, proceso y el tiempo de la fase restaurativa, esto con el fin que las partes involucradas conozcan cómo se desarrollará la fase restaurativa”. (p. 208). Ninguna de las dos personas esenciales puede ser obligada de ninguna forma a participar en este tipo de proceso, pues de hacerlo, se desnaturaliza la esencia misma de la justicia restaurativa.

El último de los requisitos es que exista un conflicto, un proceso, sea que este en curso o el mismo haya finalizado, pues de lo contrario no sería procedente aplicar justicia restaurativa.

Debemos recordar que la finalidad que busca el Estado de justicia, como lo dice Jacho (2020) es “la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho”. (p .140). Es decir, que una vez que se haya ejecutado una conducta considerada penalmente relevante que lesione un bien jurídico constitucionalmente protegido de una persona, genera un conflicto entre la víctima y el infractor, siendo este el motivo para que nazca la oportunidad de que mediante este tipo de justicia se pueda reparar el daño causado sin necesidad de acudir al sistema de justicia convencional.

### **3.3 Efecto procesal de la justicia restaurativa**

Como se mencionó con anterioridad, en nuestro sistema procesal penal, la justicia restaurativa está pensada normativamente para ser aplicada dentro de la ejecución de la sentencia, es decir una vez que se ha obtenido una sentencia condenatoria. Tal como se encuentra reglamentado en el artículo 651.6, rige exclusivamente para delitos de violencia intrafamiliar, sin embargo, no se contempla beneficios reales a favor del sentenciado, sino únicamente la adquisición de compromisos con la víctima, es decir deja de lado el bienestar del infractor centrándose únicamente en la víctima, lo que se contrapone de manera directa a la finalidad de la justicia restaurativa.

Este hecho se verifica en el contenido del numeral 5 del artículo 651.6 del COIP (2014), que establece:

El objetivo de esta fase es dar a la víctima una oportunidad para expresar el impacto que la infracción ha tenido en su vida; frente a esto la persona infractora debe tener la oportunidad de reconocer su responsabilidad y señalar los compromisos que puede asumir”. (p. 208).

Según lo dispuesto por la Constitución de la República del Ecuador (2008): “El Ecuador en un Estado constitucional de derechos y justicia” (p. 1). Esto significa que la protección de los derechos fundamentales se encuentra por encima de la Ley. En este sentido, su protección no sólo abarca a la víctima de una infracción penal, sino también les reconoce derechos a las personas privadas de la libertad, a quienes se los reconoce como grupo de atención prioritaria, por su grado de vulnerabilidad.

Para garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad, se ha implementado un Sistema Nacional de Rehabilitación Social, el cual tiene como finalidad: “La protección de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad reconocidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la presente Ley, con atención a sus necesidades especiales”. (COIP, 2014, p. 218). Es decir, para que se lleve a efecto un verdadero proceso restaurativo, requiere que la legislación vigente no se enfoque en una sola de las partes, sino que busque el bienestar de las dos partes principales en conflicto, es decir afectado e infractor.

Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, más conocidas como las reglas de Tokio (1990), establece: “10.4 Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social”. (p. 127). Uno de estos medios de garantizar este derecho de la persona sentenciada, es precisamente el poder acceder a un

acuerdo restaurativo, con la finalidad de reparar al Estado el daño causado, tomando en cuenta que al presentarse como víctima en el delito de Peculado la incidencia o daño generado no es igual al que se ocasiona a una persona natural en el cometimiento de un delito, por lo cual su tratamiento debe ser diferenciado.

Un primer acercamiento a esta diferenciación que se refiere, la realizó la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia 282-13JP/19 (2019), en la cual estableció:

Los jueces y juezas que conozcan acciones de protección presentadas por organismos del Estado deberán tener presente que el Estado, así como las instituciones y personas jurídicas públicas que lo conforman, no son titulares del derecho al honor. Reconocer al Estado, sus funciones y órganos, como titulares de derechos que son inherentes a la dignidad humana, implica una desnaturalización de la noción de derechos constitucionales. (p. 31).

Es así que, para efectos de reparación integral, se debe tratar al Estado, de manera diferente al trato recibido por una persona natural afectada por un delito, pues según lo dispuso en esta jurisprudencia vinculante la Corte Constitucional del Ecuador, no se le puede atribuir al Estado derechos fundamentales propios de la dignidad humana. Este parámetro normativo entregado por la Corte nos permite entrar a una negociación directa con el sentenciado sin restricción alguna, pues lo que interesa es olvidarse de la pena impuesta, y centrarse en recuperar los fondos arbitrariamente dispuestos, pues se pensaría que en el delito de Peculado lo que interesa a la sociedad es la devolución de estos valores, en vez de mantener a un funcionario sentenciado privado de la libertad.

Según nuestra normativa actual, los efectos que causaría la aplicación de este proceso se basan centralmente en alcanzar acuerdos a favor de la víctima. No se permite que la aplicación de la justicia restaurativa sea usada como medio para rebaja de la condena impuesta. Es así, que tal como se encuentra planteada la justicia restaurativa, no tiene ningún otro efecto a favor del sentenciado, es decir es una normativa incompleta la que se incorporó en el artículo 651.6 del Código Orgánico Integral Penal.

Entonces, que es lo que debería contemplar la norma para que la justicia restaurativa en el delito de peculado pueda ser aplicable. En primer momento diríamos que se legisle y se la contemple como un mecanismo alternativo para recuperar estos fondos dentro de la ejecución de la sentencia, es decir cuando ya se ha cumplido la finalidad de la justicia convencional, que es sancionar a quien lesiona un bien jurídico protegido, adecuando su conducta a una acción típica, antijurídica y culpable.

En segundo término, diríamos que se requiere de parte del Estado, que funge como víctima, ofrecer verdaderos beneficios al sentenciado, con la finalidad de estimular en él la posibilidad de que voluntariamente desee entrar en un proceso de negociación el cual se desarrollará con el único objetivo de recuperar los fondos públicos, a cambio de una concesión inmediata de la pena, o el cumplimiento de su condena en centros carcelarios de mínima seguridad.

Es necesario un cambio en cuanto a lo que se busca como finalidad por parte del Estado en esta clase de delitos, es decir pensar en un derecho penal humanitario, que como lo dice Benente (2019), citando a Zaffaroni: “un derecho penal humano consiste en la profundización máxima de la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales”. (p. 550). Es decir, sin olvidarnos que todo ser humano es persona, y pese a que haya sido sancionado penalmente a cumplir una condena, la misma debe ser aplicada en proporción y en condiciones adecuadas que le garanticen su rehabilitación y reinserción social.

Hay que notar, que la justicia retributiva, tiene normativa suficiente que debería en teoría demostrar ser suficiente para recaudar el perjuicio ocasionado al Estado, entonces por qué no se lo hace, o porque no se ha logrado a través de estos mecanismos reparar exitosamente al Estado. Lo que se podría decir se ha manifestado como conducta reiterada del intraneus y extraneus en este delito, es que deciden asumir su conducta, cumplir la pena, beneficiarse de los derechos penitenciarios que les asisten, y al cabo del cumplimiento de un porcentaje de la misma, recuperar la libertad, quedando el daño al Estado plasmado en una sentencia que no cumplió con la finalidad integral de la pena.

En cuanto al infractor, podemos observar que una vez que el mismo ha sido sentenciado, y como parte de la ejecución de la sentencia, se le ofrecería acuerdos que denoten beneficios claros e inmediatos, con el único fin de recuperar de manera ágil y eficiente los fondos del Estado. En cuanto a la rehabilitación del funcionario sentenciado se debería estructurar programas que tiendan a prevenir la concurrencia de este tipo penal, a través de un acompañamiento psicológico y la obligatoriedad de recibir cursos que refuercen los valores y la ética moral, partiendo siempre de los ejes principales de la reinserción social.

### **3.3.1 Diferencias en el Derecho comparado**

La justicia restaurativa tiene sus inicios por los años setenta en Canadá como lo manifiesta Zehr citado por Martínez (2018): “El primer programa de reconciliación entre víctima y delincuente se establece en el año 1974, en la comunidad Mennonite Central Committee, en la ciudad de Kitchener Ontario”. (p. 2). Este conflicto que fuere resuelto de manera alternativa versó sobre la participación de dos jóvenes que realizaron conductas vandálicas bajo los efectos de sustancias estupefacientes, en la cual el Juez de la causa, acepto que los menores repararán a cada uno de las víctimas dentro del plazo de seis meses, siendo el mediador de dicho acuerdo el oficial que se encontraba a cargo del caso.

En Estados Unidos de América por otra parte, en 1978 se establece el primer programa de justicia denominado Victim- Offender Mediation (VOM), y un año más tarde el Center for Community Justice. El primero de los programas buscaba una reconciliación entre víctima e infractor; mientras que el segundo, se preocupa exclusivamente por la reinserción del delincuente a la comunidad, mediante la reparación del daño causado.

En América Latina, Colombia mediante la Ley 96/2004 incorpora a su legislación este modelo de justicia, como dice Blanco (2015):



es aplicada como un tipo de justicia urbana más que una trasgresión a la ley, es decir, profundiza la importancia del resultado restaurativo, bajo la responsabilidad de reintegrar a la víctima e infractor a la comunidad en fortalecimiento de sus relaciones y servicio a la comunidad. (p. 4).

En dicha norma se contempla procesos de mediación y conciliación antes del inicio del proceso, o de manera paralela al mismo, los cuales tienen como función principal reparar el daño. Este esfuerzo normativo realizado por Colombia encuentra un desarrollo aún más profundo, pues siguiendo esta línea también fueron incorporados estos avances en la Ley 1098/2006 relacionado al Código de la Infancia y la Adolescencia

En el caso brasileño, la justicia restaurativa normativamente se encuentra incorporada mediante el Estatuto de Niños y Adolescentes designada Ley 8.069/90 y el Sistema Nacional de Asistencia Socioeducativa Ley 12.594/2012. Las cuales, según manifiesta Diehl, Carvalho y Baracho (2020): “son las principales políticas protectoras y socioeducativas dirigidas a niños y adolescentes, ya sea que sean autores de una infracción o víctimas de violaciones de los derechos fundamentales”. (p. 223). En este contexto, se contempla por primera vez las medidas socioeducativas dictadas en contra de adolescentes en conflicto con la Ley.

Este aspecto de aplicación en justicia juvenil se extendió también al área penal ordinaria, es así que la resolución 225 del año 2016 emitida por el Consejo Nacional de Justicia, establece una política nacional de justicia restaurativa dentro del poder judicial. Como afirma Achutti y Leal (2017): “ofrece a los magistrados y a la comunidad algunas nociones sobre el tema, sus principios y procedimientos, y proporciona pautas sobre cómo desarrollar proyectos de justicia restaurativa con los Tribunales de Justicia”. (p. 84).

En el caso boliviano, “la justicia restaurativa se constituye en uno de los pilares del actual sistema penal juvenil, tal como lo establece el Código de la Niña, Niño y Adolescente (Ley No. 548)”. (Acha, 2014, p. 5). La incorporación de este sistema paralelo de justicia es desjudicializar y especializar la justicia para adolescentes con conflictos con la Ley. Se contempla en la legislación figuras como la remisión, la cual también se encuentra regulada por la normativa ecuatoriana, la que da paso directo a prácticas restaurativas.

Como puede observarse, la justicia restaurativa ha tenido mayor desarrollo en la especialización de la justicia juvenil, sin embargo, se va introduciendo en el ámbito ordinario de la ley penal su aplicación, lo que ha marcado una tendencia en América Latina de buscar alternativas a la justicia retributiva mediante el fomento de los mecanismos alternativos a la solución de conflictos.

En Ecuador, pese a que este tipo de justicia se ha normado de manera reciente en el COIP (2014), su aplicación en justicia juvenil se viene dando en aplicación directa de los instrumentos internacionales en favor de los adolescentes en conflicto con la Ley. De forma paralela se ha incorporado instituciones como la conciliación, a la par de la incorporación de centros de mediación que permiten otorgar a la ciudadanía la solución de los conflictos legales de manera alternativa afianzando de esta forma el principio de mínima intervención penal.

## CONCLUSIONES

- Para que la justicia restaurativa sea aplicable en el delito de peculado, se requiere de una iniciativa legislativa a través de la creación de una disposición legal que permita la aplicación en la etapa de ejecución de la sentencia de este procedimiento, para lo cual con fundamento en lo establecido en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, que le faculta a la Asamblea Nacional del Ecuador, a expedir, codificar, reformar y derogar las leyes vigentes en el territorio ecuatoriano.
- La justicia retributiva, plantea como primicia principal el dar un mal a cambio de otro, para ello en Ecuador se ha desarrollado normativa suficiente para que cumpla con este fin de imponer una pena, sin embargo, la misma invisibiliza a la víctima respecto a su derecho a una reparación adecuada, dejando además a un lado la reinserción del infractor, quedando únicamente en postulados normativos que no se centran en los actores principales de una infracción, el ofendido y el infractor, entregando una solución poco eficaz en cuanto a la restauración, satisfacción, reinserción social y bienestar social.
- La justicia restaurativa planteada como un mecanismo alternativo, para que el Estado en su calidad de víctima en el delito de peculado, pueda recuperar en parte o en su totalidad los fondos públicos mal usados o arbitrariamente indispuestos, para lo cual dentro de los acuerdos que se podría llegar con el sentenciado, es la devolución de estos fondos a cambio de reducciones en el tiempo de su condena, o a cambio de que la misma se cumpla en cárceles de mínima seguridad con mayores beneficios para su reinserción social. Posibilidad real que pretende lograr a través del acuerdo de voluntades restaurar de manera eficiente el daño causado al patrimonio público. Objetivo que requiere de una reforma legal a fin de que se establezcan los parámetros claros a seguirse garantizándose así el derecho a la seguridad jurídica.
- La aplicabilidad de la justicia restaurativa en el delito de peculado presenta varias ventajas. La primera de ellas en cuanto al sentenciado, ya que su aplicación no entra en conflicto con ninguno de los principios que constitucionalmente lo protegen como la presunción de inocencia y la autoincriminación, ya que al existir una sentencia condenatoria en firme se ha desvirtuado este estatus, lo que contribuye a la posibilidad de entablar una negociación directa sin vulneración de derecho alguno. La segunda ventaja, se aprecia en cuanto a la posibilidad de entregar al Estado como víctima de esta clase de delitos, la posibilidad de conocer de mano del funcionario sancionado, la posibilidad de conocer las razones por las cuales se ejecutó la conducta, información que podría ser analizada y corregida a través del fomento de una política pública que tienda a evitar se cometa nuevamente este tipo penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Achá, R. (2014). Los mecanismos de la justicia restaurativa en el sistema de justicia penal para adolescentes. Defensa de niñas y niños internacional DNI Bolivia. Recuperado de <http://www.dni-bolivia.org.bo/wp-content/uploads/2020/02/losmecanismosdelajrenelsistemadejpadollescentes.pdf>
- Aguayo, G & Astudillo, L. (2018). “La justicia restaurativa ¿Una herramienta eficaz para prevenir la delincuencia juvenil?”, Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana, recuperado de <http://www.eumed.net/2/rev/oel/2018/02/prevenir-delincuencia-juvenil.html>.
- Anguera, M. T., Blanco-Villaseñor, A., Losada J. L., & Sánchez-Algarra, P. (2020). Integración de elementos cualitativos y cuantitativos en metodología observacional. Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación 49, pp. 49-70. Doi: 10.12795/Ambitos. 2020.i49
- Achutti, D.; & Leal, M. (2017). Justiça Restaurativa no Centro judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática. *Revista de Criminologia e Políticas Criminais*.
- Barrios, R. (2020). La justicia restaurativa a tenor del artículo 15 del Estatuto de la víctima y la necesidad de incluir otras prácticas: Los círculos restaurativos. *Revista de victimología | journal of victimology*. Doi 10.12827/rvjv.10.03
- Benente, Mauro. (2019). Derecho penal humano, de Eugenio Raúl Zaffaroni. Los límites del poder y los límites del humanismo. *Ius et Praxis*, 25(2), 549-560. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000200549>
- Bolívar, D., & Vanfraechem, I. (2015). Víctimas en justicia restaurativa: ¿sujetos activos o en necesidad? Un estudio europeo desde la perspectiva de operadores sociales. *Univer-sitas Psychologica*, 14(4), 1437-1458. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.up14-4.vjrs>
- Blanco, E. (2015). Servicio Penitenciario Federal. Instituto de Criminología. *Revista de Criminología*.(I), 43-127
- Cabezas, A. (2018). Introducción a la metodología de la investigación científica . Guayaquil, editorial ESPE, recuperado de <http://repositorio.espe.edu.ec/handle/21000/15424>
- Canales, M. (2016). Metodologías de la investigación. Santiago: LOM Ediciones.
- Carnevali, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. DOI: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v13i1.1529>
- Castañeda, M. (2017). Bienes jurídicos en delitos de peculado. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas (Cusco)*. <https://doi.org/10.51343/rfdcp.v4i9.130>
- Código Orgánico Integral Penal. (2021). Registro oficial 180, de 10 de febrero del 2014.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2021). Registro oficial 737, de 3 de enero de 2003.
- Constitución de la República del Ecuador(2008). Registro oficial 449, de 20 de octubre de 2008.

- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia 282-13-JP719. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/archivostemporales/665-casoun%20BA-282-13-jp/file.html>
- De la Rosa, C. & Cabello, P. (2017). El desarme emocional en los círculos de paz. Tratado de justicia restaurativa. Un enfoque integrador, recuperado de <http://eprints.uanl.mx/13267/1/LIBRO%20Tratado%20de%20justicia%20restaurativa.%20Un%20enfoque%20integrador.pdf>
- Diehl, R; Carvalho, R. & Baracho, B. (2020). La justicia restaurativa en el sistema penal juvenil: Las experiencias de Brasil y Chile. DOI <http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.221-232>.
- Franco, D. (2018). Las sentencias en círculos en la justicia restaurativa. Recuperado de <https://www.lawandtrends.com/noticias/penal/las-sentencias-en-circulos-en-la-justicia-restaurativa-1.html>
- García, A. (2014). Análisis documental: El análisis formal. Revista General de Información y documentación.
- Jacho, D. (2020). La revisión como garantía normativa y recurso extraordinario en el Código Orgánico Integral Penal. Ensayos penales Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Recuperado de [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas\\_penales/Ensayos12.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayos12.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1999). Recomendación No. 26 para la elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal. Recuperado de [https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/1999/99\(SUPP\)](https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/1999/99(SUPP))
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). Manual sobre programas de justicia restaurativa. Recuperado de [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)
- Macedonio, C. & Carballo, L. (2020). La justicia restaurativa como uno de los fundamentos para la reparación del daño por el delito causado a la víctima u ofendido. *Revista IUS*, 14(46), 307-328. Recuperado en 01 de diciembre de 2021, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472020000200307&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472020000200307&lng=es&tlng=es).
- Martínez Pérez , Y. B. (2018). Evolución de la justicia restaurativa en el sistema penal con aplicación al derecho comparado. *Revista Ciencias Jurídicas y Políticas*, 12-28.
- Pesqueira, J. (2014). El concepto de justicia penal restaurativa en la construcción del marco teórico. *Revista Logos Ciencia & tecnología*. <http://dx.doi.org/10.22335/rlct.v6i1.127>
- Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial (2013). Recuperado de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/images/documentos/209-2013%20reglamento.pdf>
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Asamblea General resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2168716/13+-+Reglas+de+tokyo.pdf>

Rodríguez Zamora, María Guadalupe. (2016). La justicia restaurativa: fundamento sociológico, psicológico y pedagógico para su operatividad. *Tla-melaua*, 9(39), 172-187. Recuperado en 08 de diciembre de 2021, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-69162016000100172&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162016000100172&lng=es&tlng=es).

Roxin, C. (2014). Derecho Penal Parte General Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Civitas-Thompson Routers.

Ruiz, M. (2015). El Enfoque Cualitativo. Buenos Aires: Eliasta.

Sulbarán, H. (2019). Aproximación a una conceptualización de la Supremacía Constitucional a partir de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los E.E.U.U. DOI <https://doi.org/10.17081/just.24.35.3396>

Tonche, J., & Umaña, C. (2017). Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición: un acuerdo de justicia ¿restaurativa? \*. *Revista Derecho del Estado*, (38), 223-241. <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.09>

Zuluaga, G. (2018). Evolución y desarrollo del concepto de justicia restaurativa en Colombia. Recuperado de [https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/6962/1/2018\\_evolucion\\_desarrollo\\_concepto.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/6962/1/2018_evolucion_desarrollo_concepto.pdf)