

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

TRABAJO DE TITULACIÓN

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONCILIACIÓN, EN
RELACIÓN A LOS FINES ESPECÍFICOS DE LA PENA, EN
LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
MAGISTER EN DERECHO PENAL
MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL**

**JUAN PABLO GUANOPATÍN CHILQUINGA
FÉLIX FERNANDO SILDARRIAGA GASPAR**
Maestranteros de la Universidad de Otavalo

TUTOR: Ph.D. BARTOLOMÉ GIL OSUNA

Otavalo, diciembre 2022

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, **Juan Pablo Guanopatín Chilibingua y Félix Fernando Saldarriaga Gaspar**, declaramos que el Artículo profesional de alto nivel **Análisis jurídico de la conciliación, en relación a los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada** es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

En Otavalo, a los 20 días del mes de diciembre de 2022.



Juan Pablo Guanopatín Chilibingua

C.I. 0503067589

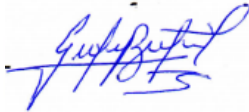


Félix Fernando Saldarriaga Gaspar

C.I. 0801583741

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el Artículo profesional de alto nivel titulado “**Análisis jurídico de la conciliación, en relación a los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada**” bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes **Juan Pablo Guanopatín Chiliqinga** y **Félix Fernando Saldarriaga Gaspar**, si cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.



Ph.D. Bartolomé Gil Osuna
CC. 1758922585

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA CONCILIACIÓN, EN RELACIÓN A LOS FINES ESPECÍFICOS DE LA PENA, EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

LEGAL ANALYSIS OF CONCILIATION, IN RELATION TO THE SPECIFIC PURPOSES OF THE PENALTY, IN PRIVATE ACTION CRIMES

Juan Pablo Guanopatin Chiliquinga^{*}

@mail.com

Félix Fernando Saldarriaga Gaspar[†]

@mail.com

Ph.D. Bartolomé Gil Osuna[‡]

3.- Resumen

La legislación ecuatoriana ha sido unánime al reconocer el arbitraje, la conciliación, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, en varias materias, pero, particularmente en materia penal, proporcionando al proceso penal ecuatoriano numerosas ventajas. Esto contribuyó a que el objetivo general de esta investigación consistiera en analizar la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, en relación a los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada, para evidenciar su utilidad en la praxis judicial. Para el logro del este cometido se empleó el enfoque cualitativo, con una profundidad descriptivo-documental, debido a que se detallaron las características fundamentales de la audiencia de conciliación en su aplicación en los delitos de acción privada, y se recurrió al método socio-jurídico y al lógico deductivo, con técnicas de investigación necesarias para validar los resultados como la revisión documental y la entrevista, que permitieron obtener diversas perspectivas sobre este constructo jurídico. Esta nueva forma de administrar justicia, que erige a la conciliación como alternativa de solución de conflictos privados, con una visión más humana, busca en realidad satisfacer a los afectados y apartarse paulatinamente de condenar a los imputados, dentro de una justicia punitiva obsoleta que privaba de la libertad a cualquier persona, de manera desmedida, sin necesidad de recurrir al Ministerio Público, sino directamente ante un juez de Garantías Penales y proporcionando los elementos necesarios para el impulso procesal de la causa. Pudiendo concluir que se ha establecido de manera firme dentro del proceso penal ecuatoriano y liberando de tanta carga laboral a los tribunales ordinarios.

Palabras clave: Conciliación, querrela, pena, delitos de acción privada, métodos alternativos para la resolución de conflictos.

^{*} Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo.

[†] Maestrante en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo.

[‡] Tutor Académico.

4.- Abstract

Ecuadorian legislation has been unanimous in recognizing arbitration, conciliation, mediation and other alternative procedures for conflict resolution, in various matters, but particularly in criminal matters, providing the Ecuadorian criminal process with numerous advantages. This contributed to the general objective of this research being to analyze conciliation as an alternative means of conflict resolution, in relation to the specific purposes of the sentence, in crimes of private action, to demonstrate its usefulness in judicial praxis. To achieve this goal, the qualitative approach was used, with a descriptive-documentary depth, due to the fact that the fundamental characteristics of the conciliation hearing were detailed in its application in crimes of private action, and the socio-legal method was used. and to the deductive logic, with research techniques necessary to validate the results such as documentary review and interview, which allowed obtaining different perspectives on this legal construct. This new way of administering justice, which establishes conciliation as an alternative for the solution of private conflicts, with a more humane vision, actually seeks to satisfy those affected and gradually move away from convicting the accused, within an obsolete punitive justice that deprived freedom to any person, in an excessive way, without the need to resort to the Public Ministry, but directly before a judge of Criminal Guarantees and providing the necessary elements for the procedural promotion of the case. Being able to conclude that it has been firmly established within the Ecuadorian criminal process and freeing the ordinary courts from so much workload.

Keywords: Conciliation, complaint, penalty, crimes of private action, alternative methods for conflict resolution.

5.- Introducción

La solución alternativa de conflictos, concebida como la corriente que trata de incorporar mecanismos de apoyo a la administración de justicia formal, tiene larga data en la República del Ecuador. La legislación procesal civil ha reconocido, desde su entrada en vigencia, la importancia de la conciliación como una etapa obligatoria de los diferentes procesos de conocimiento. Posteriormente, el área penal fue apreciando los valiosos aportes que esta institución proporciona al proceso penal ecuatoriano.

En retrospectiva histórica, se debe mencionar un antecedente legislativo, en 1963, en que se dicta la primera Ley especial sobre la materia, denominada Ley de Arbitraje Comercial, que regulaba el sistema arbitral como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. En la década de los '90, con el interés creciente de los gobiernos y la propia Función Judicial, empujados por la influencia de organismos bilaterales y multilaterales de crédito, se comprende la necesidad de incorporar una legislación renovada sobre la materia, a lo cual se suma el desarrollo de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCS).

Estos sistemas autocompositivos están integrados dentro de los llamados sistemas ADR (acrónimo de la denominación en inglés *Alternative Dispute Resolution*) de origen norteamericano. Se suele considerar como su partida de nacimiento un célebre artículo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Roscoe Pound, publicado en 1906 y titulado "Las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia". Como afirma Torres (2010),

... en los años 60 y 70 del siglo pasado, la situación de la Justicia norteamericana era verdaderamente insostenible. Puede señalarse como muestra que el montante económico de los gastos legales en Estados Unidos era superior a la facturación de toda la industria siderúrgica. Llegó a haber en un año más de 18 millones de pleitos civiles, uno por cada diez adultos. (...). Esta situación hizo que se pusieron en marcha los diferentes sistemas alternativos al proceso y, como más importantes, la conciliación, la mediación, la evaluación preliminar independiente, el mini-juicio, y el arbitraje". (p. 61)

En este contexto, en 1997 se aprueba la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), reconocida como una normativa que incorpora los conceptos doctrinarios y del derecho comparado que rigen la materia. Posteriormente, su reconocimiento se realiza en la Constitución Política del año 1998 y ratificados en la actual Constitución de la República de 2008, en su Art. 190 que expresa que se reconocerán el arbitraje, la conciliación, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En el Código Orgánico Integral Penal (en lo sucesivo, COIP) el libro segundo, título X, del "Mecanismo alternativo de solución de conflictos", regla la Conciliación Penal como método de acercamiento entre las partes en conflicto penal. Vale decir que, la conciliación está tipificada en los Arts. 663 al 665 del COIP. La conciliación penal es considerada, como sostiene Vintimilla (2020), una nueva manera de denominar lo que en el Código de Procedimiento Penal anterior se denominaba *Acuerdos Reparatorios*, en los cuales el procesado y el ofendido podían convenir acuerdos reparatorios debiendo presentar conjuntamente ante el Fiscal, como titular de la acción penal, la petición o solicitud escrita que contenga el acuerdo, se aceptaba la comisión del delito; lo que actualmente es contrario a la Constitución.

Es de advertir, siguiendo las ideas de Márquez (2008), que la conciliación en asuntos penales ha sido recomendada desde 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder”, al establecer la siguiente recomendación a los países miembros en cuanto a la conciliación:

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos 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. (Asamblea General en Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985).

El recurrir a la conciliación para dirimir también los conflictos penales viene dado por múltiples fundamentos que este mismo instituto jurídico ha dejado ver. En efecto, la búsqueda de soluciones alternativas, diferentes y paralelas a la justicia formal ha sido y sigue siendo bastante frecuente, por varias razones. Recientemente, se ha justificado recurrir a mecanismos informales para solucionar los diferendos, como la *conciliación*, debido a que son más simples, más precisos, más rápidos, más efectivos, en muchos casos, más económicos, directos, e incluso más transparentes que la justicia tradicional y formal, en virtud de la desconfianza que ha generado los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un elevado índice de corrupción, de descomposición, procedimientos formalistas cargados de trámites que congestionan y atascan la administración de justicia, donde los intervinientes en el proceso penal, muchas veces no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios (jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc.) han tomado para sí el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean las partes involucradas en el conflicto, según los procedimientos establecidos formalmente.

Con la finalidad de dar una solución a una controversia penal, se ha erigido uno de los mecanismos regulares como es la conciliación, la cual permite el ejercicio de una justicia restaurativa, por medio del diálogo sincero, diáfano entre la víctima y el procesado, por mutuo consentimiento, con el propósito de resolver de manera armónica su controversia, la cual será estudiada en la presente investigación fundamentalmente en los delitos de acción privada, debido a la frecuencia en que se suscitan en el territorio nacional, de los cuales un alto porcentaje de ellos, finalizan recurriendo a la conciliación como medio alternativo para resolver el litigio.

Al precisar el aporte a la sociedad de la presente investigación se debe señalar que consiste en proveer a la ciudadanía de información clara, veraz y verificable a cerca del grado de efectividad que posee la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, tanto en lo que respecta a la protección y garantía de los derechos de las partes procesales intervinientes, como en lo referente a la eficacia y celeridad de este mecanismo alternativo de solución al momento de zanjar causas relacionadas con los delitos de acción privada, tipificados dentro del ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, Zaffaroni y Slokar (2002), enuncia el proyecto de un *derecho penal humano* que consiste “en la profundización máxima de la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales” (p. 54). Por lo que Benente (2019) afirma que aquello que permite elaborar un *derecho penal humano* es la premisa que indica que “*todo ser humano es persona*” (p. 42). Este *derecho penal humano* se opone al derecho penal inhumano, que activa al poder punitivo “en relación inversa al poder real de las personas: a mayor poder social menor punición y viceversa” (p. 1). Lo que permite hacer la siguiente interrogante ¿Contribuye la conciliación a cumplir los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada?

Para lograr respuestas a esta interrogante, se ha establecido como *objetivo general* de esta investigación analizar la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos, en relación a los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada, para evidenciar su utilidad en la praxis judicial. El cual conlleva al desarrollo de los siguientes *objetivos específicos*: a) Determinar si el ordenamiento penal vigente tiene como finalidad de la pena 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; b) Delimitar teórica y jurídicamente a la conciliación en los delitos de acción privada para demostrar su eficacia jurídica; e, c) Impulsar la utilidad e importancia de la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos en los delitos de acción privada en el Ecuador al fomentar su utilidad como medio alternativo de solución de controversias.

Varias son las razones que conducen al desarrollo de este análisis científico, pero una que *prima facie* se aprecia es que en la actualidad los Juzgados y Tribunales de justicia ecuatorianos se encuentran congestionados debido a que el sistema de justicia es ineficaz y no proporciona resultados satisfactorios y efectivos a la comunidad; lo que conlleva a recurrir a métodos alternos de administrar justicia, ya que están establecidos constitucionalmente y han sido adoptados en casi todos los campos del derecho como el civil, administrativo, laboral, pero de manera particular en materia penal, en aquellos delitos de acción privada como lo establece el COIP, siendo uno de los más recurridos la conciliación, entendida como lo hace Couture (1979) “el acuerdo o avenencia de parte que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual” (p. 229).

El análisis de la conciliación y su relación con los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada, pueden enmarcarse dentro de la línea de investigación de la Maestría que abarca el estudio relacionado con el ejercicio de la acción penal, así como de las actuaciones propias de la fase de investigación de los procesos penales, incluyendo el abordaje de los derechos del imputado en el proceso penal, quien puede invocar la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos.

Como asevera Vintimilla (2020), lo que se pretende con este método alternativo de solución de conflictos en materia penal, es lograr instaurar una justicia restaurativa, con preeminencia a la compensación, a la reparación y a la indemnización de la víctima, por sobre el sufrimiento y la venganza como retribución del daño colegido. De lo que se deduce que la conciliación se erige como un medio alternativo de solución de controversias de significativa importancia en la sociedad ecuatoriana para contribuir a la mejora de la administración de justicia en el país, como lo acuerda el Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025, diseñado por el Ejecutivo Nacional, en el cual el eje institucional, tiene como prioridad la justicia, ya que el sistema judicial nacional es un pilar para la defensa de las libertades y las garantías de los derechos. Sistema judicial que, según estadísticas del gobierno nacional “en 2020 la tasa de congestión fue de 2,15, que representa una mayor congestión de los servicios de justicia en todo el país” (Secretaría Nacional de Planificación, 2021), lo que ubica a los medios alternos de resolución de conflictos en una posición estratégica frente a la justicia ordinaria.

En este contexto, el Estado ecuatoriano está convocado a garantizar los derechos fundamentales previstos tanto en la legislación nacional como internacional, con la inclusión de los métodos alternos de resolución de conflictos, como la conciliación en materia penal, sin que su admisión signifique la privatización de la justicia penal, y mucho menos la

minimización del aparato judicial, que por el contrario debe incrementar su eficiencia; por lo que los *beneficiarios* de la investigación en desarrollo serán todas aquellas personas que infringen la ley y las víctimas que se configuran como sujetos procesales dentro de las causas penales relacionadas con los delitos de acción privado, ya que al identificar los beneficios que se adquieren al someter estas causas a la conciliación, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, los sujetos pueden acceder voluntariamente a esta posibilidad y dar por finalizado el proceso de forma más efectiva y, sobre todo, dotada de más celeridad; por del mismo modo, se consideran también como beneficiarios de este trabajo investigativo a los funcionarios judiciales, los profesionales del derecho, los estudiantes, y a toda la comunidad en general, debido a que los medios alternativos de solución de conflictos constituyen mecanismos convencionales, democráticos, expeditos y económicos de solución de litigios, lo que permitirá remplazar la cultura del conflicto por la de la conciliación penal.

El libre acceso a la justicia alternativa como derecho humano, con el ejercicio privado de la acción penal, debe garantizar los procesos de transformación social, cultural y judicial en los cuales predomina una cultura de pacto, de paz y de concordia basada en procesos de integración, participación e inclusión ciudadana en el proceso de administración de justicia, respetando y protegiendo la dignidad de todo individuo, como coligen Silva y Martínez (2019); de allí la importante que los delitos de acción privada tipificados el COIP, que pueden ser resueltos a través de un método alternativo como la conciliación, que permite que en trabajos de investigación, como éste, se analicen aspectos sobre su procedencia, su relación con los fines específicos de la pena, los sujetos procesales y la admisión por parte del juzgador y la extinción del ejercicio de la acción penal, que contribuirán a que en posteriores investigaciones sea referente y contribuya al desarrollo y proliferación de más indagaciones.

6. Metodología

Para el desarrollo de la presente investigación se empleó el *enfoque cualitativo* a los fines de determinar y analizar aquellos aspectos particulares contenidos dentro de los procesos de delitos de acción privada sometidos a conciliación, que contribuyen a la avanzada y aumento de este mecanismo alternativo de solución de conflictos en el proceso penal. La investigación por su profundidad fue *descriptiva documental*, debido a que se detallaron las características fundamentales de la conciliación en su aplicación en los delitos de acción privada, puntualizando información pertinente obtenida por medio de técnicas aplicables y describiendo, de manera general, la conciliación como medio alterno de solución de conflictos penales, como lo establece el COIP en su artículo 415.

De igual manera, el *nivel explicativo* fue elemental en la investigación debido a que no sólo persiguió describir o acercarse al problema jurídico de la conciliación, en relación a los fines específicos de la pena, en los delitos de acción privada, sino que intentó encontrar las causas del mismo, el por qué ocurre un fenómeno como éste dentro del proceso penal y en qué condiciones se da, a los fines de lograr una interpretación más precisa, tomando en cuenta los autores citados.

El método científico utilizado fue el *socio jurídico*, que tuvo como objeto de estudio la realidad social ecuatoriana frente a la praxis judicial de la conciliación como medio alternativo de solución de controversias, entendiendo la voluntariedad de los sujetos procesales para recurrir a ella, en estos delitos de acción privada, debido a que el derecho

busca transformar los acontecimientos sociales. Para la aplicación de esta metodología se recurrió a entrevistas, con un cuestionario abierto y estructurado que permitió conocer, de primera mano, la necesidad de la conciliación judicial para lograr los fines de la pena, que debe alejarse de la concepción tradicional del castigo inminente.

Como método científico general de investigación se tuvo también el *lógico deductivo* por el cual se extrajo conclusiones partiendo de los principios y normas de una manera jerárquica, así como del estudio de conceptualizaciones de diversos autores tanto nacionales como internacionales, pues, constituyó un proceso de pensamiento que va de lo general a lo particular, como son los delitos de acción privada, que de conformidad con el COIP admiten la conciliación judicial.

La técnica que se empleó en este trabajo investigativo fue la *revisión documental*, para lo cual se revisó la legislación ecuatoriana y la doctrina nacional que ha desarrollado la conciliación, según varias perspectivas, haciendo uso de artículos científicos y tesis, repositorios digitales, bibliotecas nacionales y textos de autores que previamente han examinado este tema, con la utilización de instrumentos metodológicos como la ficha documental, el reporte de páginas electrónicas y la ficha de trabajo, entre otras.

Del mismo modo, se recurrió a la *entrevista*, como técnica de investigación que consistió en el uso de instrumentos como el cuestionario de preguntas abiertas a fin de conocer la opinión de expertos y conocedores del tema a debatir “conciliación en materia penal en los delitos de acción privada” y, con ello, se analizó la información obtenida por parte de profesionales del derecho como jueces de Salas Multicompetentes de Cortes Provinciales, Jueces de Garantías Penales, abogados en el libre ejercicio quienes aportaron elementos indispensables para la obtención de resultados de esta investigación.

7.- Presentación y discusión de resultados

La concepción conciliar penal en la doctrina se ha entendido como una meta racional ofrecida como labor para el derecho penal, bajo dos condiciones: que no perjudique ni afecte, sino, por el contrario, que coopere con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no ocasione una nueva incautación de los derechos de las víctimas para dirimir el conflicto, por lo que la progresiva admisión de la reparación en el sistema del Derecho penal deben ser analizadas cuidadosamente, para que no fracasen sus objetivos principales: auxiliar realmente a la víctima o, en otros términos, cooperar en la tarea de restitución, que se corresponde con su naturaleza, y disminuir, al máximo, la violencia de la fuerza estatal frente a la comisión del delito, evitando la victimización. Desde esta visión, se pretende en este apartado obtener por medio de revisión documental precisa y veraz los criterios más acertados de la doctrina nacional y, de ser necesario, de la internacional, para lograr precisar la utilidad judicial de la conciliación como medio alternativo de solución de controversias en materia caracterizada por el ejercicio privado de la acción penal.

Concebida la conciliación como un medio alternativo de solución de conflictos legales en el cual las partes dirimen directamente un litigio, con la oficiosidad o participación de una tercera persona, que cumple las funciones de conciliador, Bustamante (2017) afirma que, en el campo penal, la conciliación tiene como finalidad una misión pacífica del conflicto;

es un mecanismo de la justicia restaurativa y tiene la misma naturaleza jurídica que la mediación, así como sus características que en lo principal se concretan en: voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, e imparcialidad, toda vez que el conciliador o el mediador debe ser imparcial, equidistante y objetivo, respecto de las partes. Se reconoce a la conciliación, como mecanismo previo a la vía judicial, que pone fin al conflicto o controversia, luego del arreglo entre las partes, quienes logran su propia solución sobre la base de la creatividad, promoviendo el entendimiento mutuo; y, minimizando de esta forma la participación en el sistema judicial penal del Estado. (p. 4)

Siendo la voluntariedad una de las características elementales de la conciliación, que puede invocarse dentro o fuera de un proceso penal, Bustamante (2017), en su obra “Aplicación de la conciliación en la legislación penal ecuatoriana”, hace referencia a dos clases: la *conciliación extrajudicial* que constituye “un medio alternativo al proceso judicial, donde las partes confrontadas, no acuden a los órganos judiciales para resolver sus diferencias” (p. 13). Siendo, en todo caso, un mecanismo flexible, con la intervención de un tercero, que puede ser cualquier persona natural, basada en el diálogo persuasivo, insta a las partes a tomar opciones idóneas para resolver sus controversias de manera voluntaria; y la conciliación judicial que es

aquella que se lleva a cabo dentro de un proceso judicial, con la participación de un tercero que la dirige, siendo un juez, quien expone los motivos y la conveniencia para las partes, con un corto y preciso argumento, insinúa la posibilidad de conciliar, mediante arreglos entre los confrontados, de existir aceptación, se logra poner fin a la contienda, así como también al proceso, sin la necesidad de resolver en sentencia a favor de una parte y en contra de otra. El juez la motivará convalidándola y otorgándole el valor de cosa juzgada bajo todos los presupuestos legales. (p. 14)

Siendo esta forma de conciliación la que se estudia en esta investigación, pues debe estar regulada por las normas determinadas en el Código Orgánico Integral Penal, en la que el juez, por medio de la sana crítica, aplicará las normas correctas y permitirá la producción de resultados de restablecimiento de la paz social y conseguir efectos positivos en cuanto a la pena.

Bernal (2017) en su trabajo intitulado “La conciliación dentro de los procedimientos penales especiales” hace una exposición de los diferentes procedimientos especiales en el COIP, deteniéndose en el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, que corresponde en todo caso, únicamente a la víctima, mediante querrela, como lo estatuye el Art. 410 del COIP; “es decir, la acción la tiene la parte afectada quien, posee la facultad de exigir se respete su derecho o se restituya su propiedad, etc., según sea el caso, es una acción voluntaria” (p. 33).

Esta autora, hace alusión a uno de los cambios más novedosos en el sistema de justicia penal acusatorio oral, en Ecuador, la finalización del monopolio del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal, que obedecía el mandato constitucional del Art. 21 que establece “El ejercicio de la acción penal ante los Tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial” (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008).

De esta manera, el ejercicio de la acción penal por particulares es procedente, tratándose de delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad pueda ser impuesta de manera alternativa, distinta de la privación de libertad o cuya punibilidad no exceda, en ningún caso, de 3 años de prisión como límite máximo. Con estas características, aportará los datos de prueba que

sustentan su acción, sin necesidad de recurrir al Ministerio Público, sino directamente ante un juez de Garantías Penales y proporcionando los elementos necesarios para el impulso procesal de la causa. Si el juez competente admite la querrela interpuesta al trámite, debe inmediatamente dictar sentencia.

Esta nueva forma de administrar justicia, con una visión más humana, busca, en realidad satisfacer a los afectados y apartarse paulatinamente de condenar a los imputados, dentro de una justicia punitiva obsoleta que privaba de la libertad a cualquier persona, de manera desmedida, lo que llegó a saturar el sistema de justicia ecuatoriano, las cárceles del país y una zozobra imperante en la sociedad.

Al estudiar los fines de la pena, Cabrera (2018) es partidario que, prácticamente este instituto jurídico ha evolucionado con la ideología de *prevenir*, valga decir, advertir al sujeto que trasgrede la ley, que se le impondrá una sanción, que puede consistir en la pérdida de la libertad que, en teoría, es lo que debería atemorizar a la persona, para detener su deseo de quebrantar lo que se encuentra tipificado en la ley penal. En tal sentido, la función específica de la pena, dentro del derecho penal, como expresa Mir-Puig (1982), que “bajo la vigencia del Derecho Penal Liberal se atribuyó a la pena tanto una función de prevención de delitos, como la de retribución” (p. 327), es decir, que debe concebirse a la pena como un mecanismo preventivo y, al mismo tiempo, retributivo, teniendo como dura función el amparo y protección de la sociedad a través de la prevención de delitos.

La pena dentro del derecho penal, ha sido objeto de numerosos estudios, entre ellos, filósofos como Beccaria, Hegel y Kant, quienes mantenían clara la idea de la pena, en cuanto a que ésta influía en la estabilidad de la sociedad, en el cumplimiento de la misma, es decir, para la cual fue diseñada y creada; por ello, para Hegel (citado por Cabrera (2018), “solo la pena justa trata al hombre como un ser –racional– y no como el palo al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un –derecho– para el delincuente” (p. 8). En consecuencia, al configurarse e imponerse una pena justa, instintivamente se tiene como resultado un derecho justo de castigo o sanción impuesta a los sujetos infractores.

La pena admitida desde esta perspectiva, da lugar a la querrela, que es impulsada en el ejercicio privado de la acción, en manos de la víctima, y como sostiene Calderón (2019), en su investigación intitulada “La conciliación como método alternativo de solución de conflictos en el delito de lesiones como acción privada en el año 2017”, esta responsabilidad puede representar una carga que lleve a dar por terminado el proceso por medio del abandono o desistimiento; no obstante, el COIP, ha adjuntado una nueva figura legal, *la conciliación*, que ofrece, una idónea oportunidad a las partes, para que resuelvan sus controversias por medio de un acuerdo justo, tanto para el querellante como el querellado. Subrayando que es aplicada en delitos considerados como transigibles, tales como la calumnia, usurpación, estupro, lesiones en acción privada y delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana, conforme lo tipifica el Art. 415 del COIP.

En estos delitos considerados transigibles, Vintimilla (2020) en su obra intitulada “La Conciliación en el Código Orgánico Integral Penal” señala que las prácticas restaurativas en el proceso penal permitirían a las víctimas, a los criminales y a los miembros implicados de las comunidades, anunciar y ensayar una reparación del daño causado por la comisión del delito; considerar, de esta manera, a la víctima como un miembro de la comunidad; y, suscitar la reconciliación y la reinserción y reintegración del delincuente dentro de la comunidad.

Además, esta autora analiza el desarrollo, en Ecuador, de los métodos de solución de conflictos en el área penal, basados en la justicia restaurativa, de manera particular, la conciliación penal vista desde el COIP. Para ello, se estudian las disposiciones constitucionales y jurídicas existentes y procede a revisar, principalmente, la *conciliación penal*, con sus posibilidades y limitaciones en el COIP para que, de acuerdo con la ley, puedan desarrollarse nuevas proposiciones que busquen proteger la dignidad de las víctimas e introducir prácticas sociales innovadoras, que conduzcan a reparar el daño causado apoyándose más en la reparación de dicho daño que en la punición como objetivo final.

Dentro de la legislación nacional, asegura Chalán (2020), en la Constitución de la República, el Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código Orgánico General de Procesos, la Ley de Arbitraje y Mediación, El Código Orgánico Integral Penal, etc., se prevé la mediación, el arbitraje y la conciliación, ésta última alternativa concebida dentro del proceso judicial, mientras que las demás pueden ser objeto de aplicación antes y durante el proceso judicial. En esta vasta legislación, la autora indica que, “en el 2009 se promulgó el Código Orgánico de la Función Judicial, norma que regula las atribuciones y deberes de los órganos jurisdiccionales en la que se establece como una de las facultades jurisdiccionales de los jueces el convocar a las partes procesales a una audiencia de conciliación” (p. 50). Normativa judicial integral referida a todos los operarios de justicia que incorpora estándares internacionales de derechos humanos, reconocidos por Ecuador, y de administración de justicia, para el logro eficiente de acceso a una justicia, efectiva, imparcial y expedita para la defensa y garantía de los derechos de las personas y colectividad, en general.

Se quiere finalizar este apartado recordando lo que Beccaría (1764) en su obra titulada “De los delitos y las penas” libro que sentó las bases de nuevos principios éticos y de una política legislativa de vanguardia, sostenía que

el fin de las penas no es castigar al delincuente porque obró mal, sino que es impedir que el reo vuelva a hacer daño a sus conciudadanos y evitar que los demás cometan delitos, para ello se debe escoger aquellas penas y aquel método de infringirlas que, guardada la proporción, produzca la impresión más eficaz y más duradera sobre los ánimos de los hombres, y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo, es decir que no se trata tanto de aplicar la pena “merecida” sino la que es “eficaz o útil” desde el punto de vista preventivo ejemplificador, y para que una pena consiga ese efecto basta con que el mal de la pena, exceda al bien que nace del delito, y en este exceso de mal debe calcularse: la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. (p. 62)

Junto a lo anterior, éste es otro de los puntos fundamentales del pensamiento penalista de Beccaría. Para este insigne jurista la represión no es ni la única, ni la mejor manera de evitar que se cometan delitos en la sociedad, procura evitarlo por otros medios, indudablemente preferibles al castigo. Ya lo ratificaba “este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible” (p. 65). Caracterizada por el principio de proporcionalidad, de fidelidad a los conceptos de utilidad social y de eficacia jurídica o finalidad de la pena.

7.1.- La conciliación en el contexto normativo ecuatoriano

En la República del Ecuador la existencia de la solución alternativa a conflictos que se presenten entre los particulares, entendida como la tendencia que trata de incorporar

mecanismos y herramientas de apoyo a la saturada administración de justicia formal, tiene larga data, pues es un instituto jurídico de gran utilidad a nivel mundial. Además de ello, al hacer referencia a la conciliación, desde su etimología, que proviene del término latino *conciliatio*, que denota acción y efecto de conciliar o acuerdo entre los litigantes para evitar un pleito o desestimar uno ya iniciado, según Montoya y Salinas (2016), se le ha considerado como un mecanismo con un potencial enorme de transformación que debe mostrarse, de manera indudable, en el motor de cambio, dentro del derecho procesal penal, recurriendo a medios alternos que se alejen de la praxis adversarial, y en la conciencia del individuo, respecto de cómo dirimir sus controversias.

La legislación ecuatoriana, en general, prevé la conciliación, la mediación y el arbitraje, dentro de ella, la conciliación ha sido concebida dentro del proceso judicial, mientras que los otros medios alternos pueden ser objeto de aplicación antes y durante el proceso judicial, como se desprende de la Constitución de la República, del Código Orgánico de la Función Judicial, del Código Orgánico General de Procesos, de la Ley de Arbitraje y Mediación y del Código Orgánico integral Penal, que reconocen, de manera abierta, estos procedimientos alternativos para la solución de conflictos.

En una retrospectiva histórica, al Constitución Política de 1998, Art. 191, tercer inciso, reconocía el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos sujetos a la ley. Bajo esta misma perspectiva, la Constitución de la República del Ecuador (2008), Art. 97 estatuye que “todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley” (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008). Y, más adelante del mismo articulado, en el Art. 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 puedan transigir” (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, CRE, 2008).

Con esta Constitución de 2008, se inicia un proceso transformador, en el que se da protagonismo en los procesos a estos mecanismos alternos, por lo que se sanciona el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), en 2009, el cual según Chalán (2020),

pretende otorgar una normativa judicial integral para todos los operadores de justicia que incorpore estándares internacionales de derechos humanos y de administración de justicia, a fin de que se posibilite el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita para la defensa de los derechos de las personas y colectividad. (p. 51)

Sin duda, con esta visión, es de resaltar que, la administración de justicia nacional con normativas jurídicas que regulan las actuaciones administrativas y jurisdiccionales de los servidores judiciales, apegados a la conciliación como un servicio público elemental del Estado en pro del respeto y garantía de los derechos de los ciudadanos, permite que se logren los cometidos constitucionales en esta materia. Además, prevé un conjunto de principios procesales que se deben atender en el desarrollo de la conciliación como mecanismo alternativo a la solución de controversias como son: la uniformidad, eficacia, simplificación, inmediación, oralidad, economía procesal y celeridad, entre otros.

Este mismo Código, en su Art. 130, numeral 11, al establecer las facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces, hace referencia específica a la conciliación, así lo dispone:

Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto, deben: 11. Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, *procurar la conciliación de las partes*, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. —Subrayado propio— (Ecuador, Asamblea Nacional, COFJ, 2009)

Esta facultad jurisdiccional propia de juezas y jueces es elemental en la nueva administración de justicia, que permite recurrir, sin duda alguna, a este procedimiento, no adversarial, de administrar justicia, como lo es la conciliación, ya que le está permitido invocarla en cualquier estado y grado de la causa, convocando la audiencia de conciliación de oficio o a solicitud de parte para poder transigir y llegar a un acuerdo mutuo entre las partes. Además, las juezas y jueces están facultados también para disponer de oficio que el proceso sea remitido a un centro de mediación, siempre que se trate de materias transigibles.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en un proceso de avanzada, incorpora el Libro segundo, título X, “Mecanismo alternativo de solución de conflictos”, que tipifica la conciliación penal como forma de contacto entre los sujetos procesales que, en determinado momento se encuentran frente a un litigio, en los Arts. 663 al 665, que vino a sustituir lo que se denominaban –acuerdos reparatorios– en el otrora Código de Procedimiento Penal.

Institución que se circunscribe dentro de los métodos autocompositivos para dar solución a las controversias, como se evidencia en el Art. 415, de los delitos de acción privada, que son susceptibles de conciliación, Art. que ha sido modificado en la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal del 24 de diciembre de 2019, según el Suplemento de Registro Oficial 107, el cual ha quedado así:

El ejercicio privado de la acción penal. Procede el ejercicio privado de la acción en los siguientes delitos:

1. Calumnia
2. Usurpación
3. Estupro
4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.
5. Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana. (Ecuador, Asamblea Nacional, COIP, 2019)

Ya se tratará *in extenso* sobre estos delitos, en los que procede el ejercicio de la acción privada, ya que se debe tomar en cuenta qué se entiende por conciliación, para lo cual es menester recurrir a la Ley de Arbitraje y Mediación, que desde 1997 ha desarrollado los métodos alternos de solución de conflictos, siendo reformada en 2005, a través de Registro Oficial 532.

En el Ecuador, la instauración en el COIP de la conciliación como alternativa procesal responde, asevera Vintimilla (2020), a “la concepción de justicia restauradora, entendida como un justo equilibrio de pretensiones entre victimario y víctima” (p. 19), lo cual significa que la sanción que se impone al sujeto activo del delito es justa, seguida de una debida reparación a favor de la víctima, en la que se evidencia que el conflicto es devuelto y resuelto por los sujetos procesales en cumplimiento de lo establecido en la Constitución de 2008.

7.1.1.- Naturaleza jurídica de la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos

La conciliación como el acto de ajustar o componer los ánimos de las partes que tienen posturas distintas y opuestas entre sí, ayudados por un tercero neutral (el Estado interpone sus buenos oficios) para que, por sí mismos, alcancen un acuerdo que, de fin al conflicto, es vista desde varias perspectivas, que constituyen su naturaleza jurídica:

En relación a este tema, es interesante recordar lo que plantea Couture (1979) “en lograr resolver si la conciliación es un acto del proceso (o procesal), o, si se trata de un avenimiento entre los sujetos procesales o partes donde pueden darse las renunciaciones bilaterales y, en su caso, la transacción propiamente dicha” (p. 229). Por lo que la naturaleza del acto conciliatorio debe diferenciarse del acto resultante que puede generar respuestas distintas, tomando en cuenta lo dispuesto por los sujetos intervinientes. De allí que surjan varias teorías:

a.- Teoría procesalista: Considera que la conciliación tiene naturaleza procesal, debido a que es una etapa más dentro del proceso judicial, que cuenta con partes, con un órgano que tiene como función principal conciliar y lograr resultados útiles y efectivos que vayan en concordancia con los intereses de los comparecientes. El autor Guasp (1956) sostenía que el proceso de conciliación era “un proceso de cognición especial por razones jurídico procesales, por los que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes” (p. 1243).

De esta manera, la conciliación constituye un proceso particular debido a que existe un reclamo jurisdiccional que trae como consecuencia una verdadera intervención del órgano jurisdiccional, en la cual el juez o un tercer neutral orienta a las partes para llegar a una solución del conflicto de manera pacífica, teniendo presente el no vulnerar los derechos de las partes que intervienen.

b.- Teoría jurisdiccional: Este carácter viene dado porque el juez, quien está facultado para ejercer la función de administrar justicia, es quien promueve e insta a la conciliación para llegar a un acuerdo conciliatorio que lo aprueba en una sentencia que tiene carácter obligatorio para las partes; es de observar también lo que sucede con la conciliación extrajudicial, en la que los conciliadores, son quienes ejercen esta función jurisdiccional que les viene dada por la ley. No se menosprecia, según esta teoría, la actividad jurisdiccional ya que el juez, como director del proceso, tiene una participación activa y el arreglo se logra en sede tribunalicia; esto permite a Satta (1971) afirmar que la conciliación es fruto de la actividad jurisdiccional contenciosa” (p. 292).

Estas posturas jurídicas evidencian, en cierto sentido, el destino institucional que se asigna al derecho procesal y, particularmente, a la manifestación reciente de la función jurisdiccional. Por lo que analizar la naturaleza jurídica de este instituto lleva consigo la expresión de la voluntad de las partes intervinientes en el proceso que da lugar a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, el cual se presenta al juez para su aprobación y consideración, resolviendo el conflicto y tomando en cuenta la voluntad de las partes.

7.1.2.- Principios de aplicabilidad

El COIP en su Título X menciona el mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el Art. 662, expone de manera extensa las normas generales que regirán a la conciliación penal como método alterno de solución de conflictos, pero es en el Art. 664, en el que precisa cuáles son los principios de aplicabilidad de la conciliación, estos son: voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

a.- Voluntariedad de las partes: La participación de los sujetos en el proceso de conciliación deberá ser propia decisión, libre de toda coacción, sin que se considere una obligación. De cumplirse con ello, se evita que la aceptación de las partes se haga por medios ilegales, partiendo de la idea que las partes recurren al proceso debidamente informados de las consecuencias y efectos de este mecanismo. Es de señalar que, la voluntariedad como principio debe permanecer en todo el proceso, sin que esto signifique que las partes estén obligadas a permanecer en él hasta la conclusión de este mecanismo alternativo.

Son las partes, manifiesta Sánchez (2017), “quienes de mutuo acuerdo deciden poner fin a sus controversias, y la facultad de la jueza o juez es valorar, es decir, aprobar el acuerdo de los contendientes y declarar terminado el juicio” (p. 23), con lo cual se contribuye al establecimiento de la paz y armonía entre las partes que intervienen y la sociedad en general.

b.- Confidencialidad: Es, sin duda, uno de los principios esenciales en el procedimiento de conciliación, ya que genera éntrelas partes la confianza suficiente para lograr resultados esperados, contribuye, además, a garantizar la franqueza y la sinceridad en la comunicación que deben entablar las partes durante el proceso. Las partes al propiciar la confianza pueden expresar en un clima de confidencialidad sus necesidades y las prioridades de una solución amistosa, sin temor a que sus opiniones, documentos o pruebas aportadas puedan ser utilizadas posteriormente en su contra.

c.- Flexibilidad: Dejando de lado la rigurosidad procesal, la conciliación penal debe adaptarse a las necesidades de las personas que intervienen en el proceso, principio que la diferencia del proceso judicial. Aunque por lógica debe seguir unas etapas, un orden, son las partes las que llevan el ritmo, las que deciden qué puntos conflictivos tratar, cuándo terminar una etapa y comenzar otra y cuándo finalizar, con cierta flexibilidad. Es evidente que, la jueza o juez se encarga de canalizar el proceso a fin de que no se prolongue en el tiempo y debe tratar de limitar los puntos conflictivos para no perder el objetivo inicial.

d.- Neutralidad: Los principios y valores propios del fiscal quedan fuera y debe abstenerse de manifestarlos en el proceso de conciliación, debido a que el fiscal que interviene no forma parte del conflicto ni interviene en él; como asevera Pérez-Sibila:

Sólo se limita a conducir a las partes a comunicarse, buscar alternativas y llegar a un acuerdo. Vela por que el proceso de conciliación se realice según los principios que lo rigen. No opina, aconseja ni asesora ni tampoco decide. Se mantiene al margen y solo interviene para crear un ambiente positivo, relajado y de mutuo respeto; para ayudar a romper el muro de la incomunicación y la desconfianza. (2018, p. 13)

Ello significa que el fiscal, si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, no puede intervenir de manera directa, sólo debe remitirse a realizar el acta en la que se establecerá el acuerdo y sus condiciones, o si se realiza en la etapa de instrucción, el juez

que convoca a una audiencia en la que se escuchará a las partes, sólo debe aprobar la conciliación, manteniendo su neutralidad.

e.- Imparcialidad: Debe conllevar a mantener el proceso de conciliación sin diferencias de trato entre las partes que intervienen en el mismo, en virtud de lo cual el conciliador no debe mostrar interés en imponer soluciones a la controversia, mucho menos si van en contra de los ya conciliado. En materia penal, lo estatuye el Art. 665 del COIP, son los fiscales o jueces (de acuerdo al caso de que se trate) quienes deben velar que los acuerdos a que lleguen las partes se ajusten a lo establecido en la ley penal, sin intervenir en lo que las partes han acordado.

Por este motivo, tiene razón Suares (2021) cuando menciona que “el conciliador debe dejar a un lado sus valores, sus sentimientos y su necesidad de protagonismo” (p. 48). De esta manera, debe velar por que las partes en conflicto penal actúen equilibradamente, en igualdad de condiciones, no existan enfrentamientos, haya diálogo, cooperación y buena fe. El conciliador penal debe tratar, en este proceso que la solución sea beneficiosa para todos y no haya parte perdedora en el conflicto.

f.- Equidad: Consiste en permitir que las partes intervengan de manera equánime en el proceso, que tengan las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos y exigencias. De esta manera, en la audiencia de conciliación, el fiscal o juez deberá mantener el respeto por la justicia y el principio de igualdad entre las partes que han solicitado la conciliación como medio alternativo para solucionar su conflicto penal.

g.- Legalidad: Significa que el fiscal o el juez, dependiendo del momento en que las partes hagan la solicitud de conciliación, debe garantizar que los acuerdos a que lleguen las partes se hagan de conformidad con el marco legal, dando fiel cumplimiento a las reglas generales y a los principios que sustentan la conciliación, según los Arts. 664 y 665 del COIP.

h.- Honestidad: Conlleva a que las partes que solicitan al fiscal el proceso de conciliación procedan de buena fe, con probidad en sus actuaciones y, sobre todo, confiando en que el procedimiento conciliatorio es la mejor alternativa para la solución de sus controversias. Tal como expresa Sánchez (2019), involucra a abogados, asesores y representantes, lo cual tiene sentido en la medida que lo que se espera de las personas que intervienen en el procedimiento conciliatorio es que actúen sin aprovecharse o beneficiarse de su contraparte” (p. 23).

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia, en absolución de consultas, criterio no vinculante, Oficio N° 321-2018-P-CP JP, del 03 de agosto de 2018, determina, en relación al tema: Ejercicio privado de la acción penal, la conciliación debe regirse por las normas del COIP (662, 663), establece lo siguiente:

En el ejercicio privado de la acción penal, la conciliación a la que pueden llegar las partes, en la audiencia, no requiere una tramitación o debe estar sujeta a un procedimiento especial; para su aplicación basta que el juez observe los principios de esta institución determinados en el propio COIP, como son, voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad; además de aquellos, iremos a las reglas devenidas de otros principios generales, que nos hablan de capacidad, facultad para transigir, que los derechos no sean irrenunciables, que los términos no sean contrarios a la ley, etc. En observancia a estos principios, sin dificultad se podrá llegar a un acuerdo, sin que sea necesaria una regulación especial. (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Oficio N° 321-2018-P-CP JP, 2018)

Es importante tomar en cuenta que el COIP reconoce a la conciliación de forma general, y para el caso del ejercicio privado de la acción penal, la audiencia en donde se puede llegar al acuerdo conciliar está regulada en el mismo Código, en la cual se deben acatar los principios y las reglas generales que sustentan el procedimiento de conciliación como mecanismo alternativo a la solución de controversias.

7.2.- La conciliación, más allá de técnica o mecanismo de descongestión judicial

El proceso penal no siempre es ágil y efectivo o no responde eficazmente a su necesidad de solucionar las controversias en los delitos de acción privada, por lo que el COIP permite recurrir a los medios alternativos de solución de conflictos, consciente de las bondades que estos sistemas alternos han venido ofreciendo. Los pronunciamientos a favor de la conciliación en materia penal han sido numerosos, entre ellos, es significativa la de Correa-Molina (2018), quien expresa: “En el COIP, como respuesta al principio de mínima intervención y el suministro doctrinario especializado, se incluye la posibilidad de llegar a acuerdos conciliatorios, permitiendo al Derecho Penal cumplir un rol social diferente al tradicionalmente asumido como instrumento punitivo o de respuesta violenta del Estado frente al delito” (p. 5).

De igual manera se pronuncia García-Saltos (2018) al mencionar que:

Se trata de un procedimiento en donde tanto la víctima y el procesado dan su consentimiento en forma libre buscando soluciones a través de los acuerdos que se alcancen, que deberán contener obligaciones razonables y proporcionada con el daño ocasionado y la infracción, dándole mayor importancia a la víctima, a la reparación del daño y a la sociedad misma y, sobre todo, otorgándole al procesado la oportunidad de restaurar el vínculo social quebrantado por su conducta y su reintegro a la sociedad. (p. 6)

Los medios alternos de solución de conflictos han tenido recientemente una difusión significativa, y esto tiene una razón, en palabras de Amaya y Juanes (2020),

se explica por un lado en la deficiencia de juzgados o tribunales para tramitar los procesos sometidos a su conocimiento a la brevedad posible, es decir, cumpliendo con los principios procesales de celeridad y economía procesal, por otro, en la necesidad de encontrar causas de solución por la vía del compromiso consciente de las partes contrario al de la confrontación. (p. 521)

Sin duda, la conciliación tiene propósitos más amplios que servir únicamente como posibilidad de descongestionar los atribulados tribunales nacionales, uno de ellos es permitir que las partes puedan solicitar, dentro del proceso penal, al fiscal o al juez competente la posibilidad del procedimiento de conciliación, quien debe aprobarlo y acordar la suspensión del proceso hasta que se cumpla fielmente lo que las partes de manera voluntaria y sin coacción han acordado. El juez ante esta situación acordará también el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron y velará por el fiel cumplimiento del acuerdo de las partes a los fines de declarar la extinción del ejercicio de la acción penal.

7.3.- La conciliación como contribución al cumplimiento de los fines de la pena

Si la pena se consolida en el pensamiento penal actual como una alternativa racional que se diferencia de la inhumana expiación de las culpas que padece el victimario sufriendo de manera corporal sus consecuencias, se hace inminente dotar a la pena de una finalidad, una acertada justificación y una función social más humana, lo que se puede lograr conjugando esta idea con la aplicación de medios alternativos de solución a los conflictos en el contexto penal, en concordancia con la propuesta racional moderna del derecho penal.

Desde siempre la pena, y así lo señala Mejía-Gallego (2021),

es una de las características esenciales del llamado derecho penal; tanto es así, que su denominación 'penal' corresponde a este concepto que determina la consecuencia de una infracción y que sirve de diferenciación con otras clases de controles sociales. La pena, por ser la consecuencia más dramática que se le puede imponer a una persona, requiere de justificación o legitimación; pues en últimas, al determinarse la función de la pena se está determinando la función del derecho penal. (p. 6)

Ello, lleva consigo la necesidad de reconsiderar el sistema punitivo de un país, como sucede aquí en el Ecuador, tener otra visión más humana sobre la reclusión como pena meramente aflictiva que genera la subcultura carcelaria derivada del creciente hacinamiento en los centros de detención, la permanencia en estos lugares de personas de diversas culturas, niveles educativos distintos, personas que pertenecen a pueblos y nacionalidades distintas, e inclusive migrantes, la ociosidad obligada, este escenario debe ceder espacio, de manera inminente, a la vigencia de los derechos humanos, caracterizada por el principio de la dignidad humana, de conformidad con el Art. 4 del COIP.

La legislación penal ecuatoriana con este mecanismo de solución de conflictos, que se tipifica en los Arts. 662 al 665 del COIP, va más allá de la imposición de una pena o castigo, ya que este se funda en el diálogo entre los sujetos procesales; diseñando una propicia oportunidad para que se comunique, expresen sus intereses y requerimientos, con el propósito de lograr acuerdos que estén de conformidad con sus exigencias; tomando en cuenta que el victimario se comprometa al cumplimiento de obligaciones razonadas y proporcionales al daño ocasionado por la comisión del delito. Lo cual permite recurrir a lo que establece el COIP en su Art. 78, de los mecanismos de reparación integral. Por lo que Correa-Molina (2018) manifiesta:

Con ocasión de la conciliación, la víctima no solo consigue la reparación económica, sino además le permite restaurar aquella parte de su vida subjetiva que integra el patrimonio de sus convicciones íntimas, cuyo detrimento se expresa en sentimientos de frustración, odio, ira y otros que alteran los procesos psíquicos. (p. 5)

Para el logro de este cometido, se debe contar con un conciliador o facilitador que está obligado a sujetarse a la imparcialidad, para que el proceso esté ajustado a derecho y guarde relación con la justicia restaurativa, en contraposición a la mera justicia retributiva. En consecuencia, la aplicación de este medio alternativo de resolución de conflictos obedece a principios constitucionales que buscan, de manera clara, la mínima intervención penal, que según García-Saltos (2018) se refleja en "la búsqueda de medios menos drásticos para reprimir una conducta antisocial y solamente cuando estos mecanismos no resulten aptos ni suficientes o, bien sean ineficaces, es cuando finalmente debe acudir a resolver el conflicto mediante la intervención del Derecho Penal" (p. 6). Esto significa que la aplicación de este mecanismo conforme lo señala el COIP constituye una metamorfosis en la administración de justicia ecuatoriana direccionada al logro de una cultura del buen vivir o *sumak kawsay*.

La pena se ha caracterizado por estar presente al lado del ser humano, quien, por naturaleza viola la ley, tal como lo menciona Higgins-Clark “El crimen forma parte del ser humano. De nuestra esencia. Está ahí desde Adán y Eva, desde el Paraíso. No podemos evitar sentirnos atraídos por él” (2019, p. 12). Frente a esta realidad el Estado con su *ius puniendi* debe sancionar, pero debe justificar su aplicación. Es justo aquí, donde se incorpora el estudio de *las teorías de los fines de la pena*, compuestas por planteamientos derivados de la doctrina, de diversas sentencias y de normativa vigente que justifican la imposición de la pena.

No es labor trivial estudiar el fin de la pena, por lo que Roxin (1976) asevera que “el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas” (p. 20). Estos tres escenarios permiten estudiar las teorías de los fines de la pena. El primer escenario, de las amenazas, se evidencia en las teorías relativas de prevención general; el segundo, de la imposición de las penas, se refleja en las teorías absolutas y, la ejecución de las penas en las teorías de prevención especial. Y las teorías eclécticas contiene elementos de ambas teorías. Al decir de Farfán-Ramírez (2021), al momento de la imposición de la pena, las teorías absolutas miran al pasado, las teorías eclécticas ojean el presente y las teorías relativas observan el futuro” (p. 232).

Haciendo referencia *grosso modo* de estas teorías, debe señalarse que las *teorías absolutas o retribucionistas* le han conferido al concepto de pena una función retributiva en correspondencia a la noción tradicional de justicia: bajo el adagio, quien hace el mal debe recibir en retribución otro mal. La idea de retribución, amplía Mir-Puig (2006), “responde a la acostumbrada y enraizada convicción de que un mal acto no debe quedar sin ser castigado y, por ello, el culpable debe encontrar en este castigo lo que merece. Esto se ha cimentado en razones de índole religiosa, ética y jurídica” (p. 124). Por lo que con frecuencia se expresa que dentro de la justicia cabe el darle el mal a quien hace el mal, sin que importen otros fines o cometidos de la persona o de la sociedad en general.

A pesar de esta visión retribucionista, debe reconocerse dentro de su fundamentación teórica el hecho de considerar la retribución (pena) proporcional a la culpabilidad del sujeto activo del delito. Se evidencia de esta manera una limitación significativa al poder punitivo del Estado; la proporcionalidad, plasmada en el COIP, como principio procesal penal elemental que se convierte en un límite de garantía para el ciudadano.

Al lado de estas teorías, se erigen también las *teorías relativas o de prevención*, cuya fundamentación es bastante diversa a la visión retributiva de la pena. Estas nuevas teorías, conciben el fin de la pena apegado a prevenir la comisión de delitos protegiendo, de esta manera, determinados intereses y bienes sociales. Como afirma Mejía-Gallego (2021), “la pena no encuentra justificación en un mero castigo del mal cometido; es decir, no es una respuesta retributiva frente al delito consumado, sino una herramienta dirigida a la prevención de delitos futuros” (p. 16).

Al respecto Roxin (1997), sostiene que el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial). Se habla según esta interpretación de la prevención especial como fin de la pena. Afirma que:

Esta teoría se remonta a los orígenes del pensamiento penal. Ya en Séneca (65 d.C.), evocando la idea de Protágoras (aprox. 485-415 a.C.) que fue transmitida por Platón (427-347 a.C.), se encuentra la formulación clásica de todas las teorías preventivas: “*Nam, ut Plato ait: ’nemoprudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...’*” (Pues, como dice Platón: ‘Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque...’). (p. 85)

Esta tesis, tal como la expone Platón, tuvo gran acoplo en Alemania, en su portavoz Franz v. Liszt (1851-1919) quien consideraba que la prevención especial puede actuar de tres maneras: *asegurando* a la comunidad frente a estos delincuentes, mediante la privación de libertad, *intimidando* al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante la *corrección*.

La confrontación y críticas que se han planteado entre estas dos corrientes doctrinarias, la de retribución y de prevención, han dado lugar a una *corriente ecléctica, intermedia o mixta* que se caracteriza por la mixtura entre los fines retributivos y de prevención de la pena. Esta postura ha ganado muchos adeptos, pues, señala que la retribución y la prevención general y especial, como integrantes de un fenómeno recurrente, deben complementarse y/o excluirse mutuamente. Es importante imprimir que el legislador ecuatoriano, en el contenido del COIP, en su Art. 52, de la finalidad de la pena, sostiene

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 neutralidad de las personas como seres sociales. (Ecuador, Asamblea Nacional, COIP, 2014)

Sin duda, esta teoría progresista, si se le puede denominar de esta manera, asigna al Derecho penal y, por ende, a la pena, el fin ineludible de protección y defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos) que bien se puede lograr con los mecanismos alternos de solución de conflictos, como la conciliación en los delitos de acción privada, que ciertamente, se refiere al fin del Derecho penal que se encuentra detrás (algo que con frecuencia no se toma en consideración).

Lo establecido en el COIP, en cuanto a la finalidad de la pena, sobre todo, en lo referente a la reparación de la pena no es, una cuestión meramente jurídico civil, sino que contribuye esencialmente también a la consecución de los fines de la pena. Tiene, al decir de Roxin (1997) “un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima” (p. 109). Pudiendo también conducir a reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable; objetivos que se pretenden con esta investigación.

7.3.1.- El derecho penal humano ¿límite al poder punitivo?

En el pensamiento jurídico-filosófico posterior a la Segunda Guerra Mundial, después de la ley Fundamental de Bonn de 1949, se han debatido conceptos como el derecho penal humano o el de dignidad humana como límites al *ius puniendi* del Estado. Y han sido tan acertados que se han incorporado como valores preponderantes o principios constitutivos de los ordenamientos constitucionales, a los fines de mitigar los efectos exacerbados de la pena sobre los individuos que delinquen, quienes por “esa cualidad de ser humano que ostentan los hacen acreedores siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados” (Ovalle, 2019, p. 45).

Los conceptos que muchas veces se manejan de la pena conllevan a conferirle un carácter negativo, sin asignarle ninguna función positiva, que, en la mayoría de los casos, se obtiene

a través de la exclusión, además de un marcado carácter agnóstico en cuanto a la función de la pena. Esto hace que se incline hoy la balanza de la pena a favor de una limitación del poder punitivo, contexto en el cual Zaffaroni (2005) enuncia, con voz clara e inteligible, el proyecto de un *derecho penal humano* que consiste “en la profundización máxima de la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales” (p. 232). Idea que se cobija bajo la premisa que —todo ser humano es persona—; de allí que el derecho penal humano se contrapone al derecho penal inhumano, que activa progresivamente el poder punitivo del Estado, en el cual los mecanismos alternativos de solución de conflictos tienen poca cabida o ninguna.

Los criterios de justificación de la pena son muy necesarios en la sociedad moderna, en el que las necesidades del Estado de prevención del delito, sea general o especial, tiene su base en el grado de culpabilidad del sujeto que comete el delito, a quien después debe rehabilitársele e insertarlo en la sociedad, como fines de la pena. Por lo que Bacigalupo (2005) ha expresado que “el principio de culpabilidad se vincula de una manera decidida con uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: el respeto de la dignidad de la persona” (p. 112).

7.4.- La conciliación en el sistema judicial ecuatoriano

El sistema judicial ecuatoriano está siempre atento a las recomendaciones que a nivel internacional se hagan, como la realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1985), que recomienda, en cuanto a la conciliación: “Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidas la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctona, a fin de facilitar la conciliación y la reparación de las víctimas” (ONU, Asamblea General, Resolución 40/34 del 29-11-1985).

La institución conciliar es una especie dentro de un género más amplio y diverso. Desde el punto de vista general, válido en todas las ramas del derecho, la conciliación es un mecanismo alterno de solución de conflictos; mientras en el campo del Derecho penal, es un mecanismo de justicia restaurativa o restitutiva que atiende a la particularidad del conflicto que se presente, debido a que este se ha generado en la comisión de un delito. Desde esta perspectiva:

No se puede colegir que la conciliación penal no consiste en una especie de renuncia del Estado a la titularidad exclusiva del *ius puniendi*. No se trata de otorgar a los particulares un poder omnímodo de disposición como el que les está atribuido en los estrictos supuestos del delito privado. Al contrario, la conciliación penal ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando esta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima. (Tintín, 2021, p. 64)

De esto se colige que la conciliación penal como meta racional propuesta como tarea del Derecho penal debe erigirse para no perjudicar sino, al contrario, servir de cooperación con los fines que se propone la pena estatal, al no provocar una nueva expropiación de los derechos y garantías de la víctima en la solución de la controversia. De esta manera, la conciliación debe contribuir a que no se frustren los objetivos de la pena, como son el

coadyuvar con el auxilio de la víctima, colaborando con su restitución y reinserción en la sociedad y reducir, en la medida de lo posible, la violencia de la reacción estatal frente al delito.

La conciliación como herramienta judicial, antes de 2014, fecha en que entra en vigencia el COIP, ya estaba debidamente regulada y se aplicaba en la solución de controversias originadas por determinados delitos de naturaleza privada, debido a que la Constitución de 2008 consagró los medios alternos de solución de conflictos, lo que trajo como consecuencia favorable que, se emplearan las nuevas y transformadoras formas de justicia restaurativa como herramientas para solucionar de manera extrajudicial las controversias.

De esta manera, se logra en el Ecuador, que la conciliación como nueva forma a ser aplicada en la administración de justicia, aproxime al ciudadano que ha incurrido en la comisión de un delito a una solución pacífica y de consenso para dirimir su controversia, bajo el estricto cumplimiento de parámetros de justicia y paz social, como lo establece el ordenamiento penal nacional. Lo cual, permite el *acuerdo conciliatorio* como resultado de la conciliación penal caracterizada por un mecanismo de justicia restaurativa.

La conciliación penal, como asevera Vintimilla (2020), ha sido regulada, de manera muy particular, por el legislador penal nacional, dada la naturaleza sui generis de la acción, que no sólo refiere intereses de tipo privado, como en otras ramas del Derecho, sino también de carácter público, lo cual le imprime gran importancia dentro de la sociedad, tomando en cuenta el conflicto que la genera y las consecuencias jurídicas que tiene frente a los derechos fundamentales de las personas involucradas, como su libertad, el derecho al debido proceso, entre otros.

Para mayor abundamiento, autores como Lobo (2016) y Tintín (2021), sostienen que la aplicación de la conciliación en un contexto de justicia restaurativa significa replantear, de manera muy objetiva, la concepción de los fines de la pena respecto al infractor y sus derechos, a los derechos de reparación de la víctima, a la verdad y a la justicia como pilares del proceso y a la vigencia y al respeto ineludible de los derechos humanos de estos sujetos que intervienen en el proceso penal. Esto conduce al justo equilibrio de pretensiones entre los actores, en búsqueda de la imposición de una pena justa para el infractor y de la reparación debida para la víctima, en el cual la sociedad tiene un protagonismo especial al servir de intermediaria, al crear los mecanismos integrales de acercamiento entre ellos.

7.5.- Entrevista a Jueces y Fiscales de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas

7.5.1.- Entrevistas a Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas

Entrevistados: Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez y Dr. Alex Rubén Román Robalino. Jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas

<p>Pregunta 1 ¿Considera Usted, que la conciliación como método alternativo de solución de conflictos en materia penal, permite el cumplimiento de principios como la celeridad procesal, eficacia e igualdad?</p>

Juez	Respuesta
<p>Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez.</p> <p>Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.</p>	<p>Sí, ya que con este método alternativo de solución de conflictos en materia penal permite la concentración en un solo acto de las etapas procesales, lo cual le confiere celeridad al proceso penal, que por naturaleza tiende a retrasarse.</p>
<p>Dr. Alex Rubén Román Robalino.</p> <p>Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.</p>	<p>Definitivamente, ya que con este método alternativo se concentra en un solo acto las etapas procesales, contribuyendo de manera veraz el cumplimiento de la celeridad procesal, de la eficacia y de la igualdad, que con el proceso penal, en general, es más cuesta arriba lograrlo.</p>
<p>Pregunta 2 ¿Según su criterio, la aplicación de la conciliación en materia penal, presenta ventajas (resultados positivos) o desventajas a las partes procesales y al órgano judicial?</p>	
Juez	Respuesta
<p>Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez.</p> <p>Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.</p>	<p>Personalmente considero que la aplicación de la conciliación en el proceso penal, es positiva, debido a que las partes quedan satisfechas con los acuerdos a los cuales puedan llegar para reparar el daño causado y el órgano judicial logra cumplir con la finalidad de hacer justicia por medio de la aplicación de este medio alternativo de solución de conflictos.</p>
<p>Dr. Alex Rubén Román Robalino.</p> <p>Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.</p>	<p>Sin duda que este medio alterno de resolución de conflictos trae consigo efectos positivos para la aplicación del derecho penal, ya que las partes que intervienen son favorecidas por el acuerdo que se suscribe, por ello, la conciliación facilita la protección de las partes y mejora las relaciones entre ellos, debido a que la solución al conflicto fue ofrecida por ellos mismos.</p>
<p>Pregunta 3 ¿Piensa Usted, que el ordenamiento penal vigente tiene como finalidad de la pena la prevención general para la comisión de los delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de las personas, brindando una reparación restaurativa y permitiendo una mejor reparación integral a la víctima, al ser un mecanismo alternativo de solución?</p>	
Juez	Respuesta
<p>Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez.</p> <p>Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.</p>	<p>No, para poder obtener ese resultado, considero que debe existir una política de Estado en la cual se eduque a la sociedad, en general, sobre el ordenamiento jurídico penal, así también, una vez cometido el delito y ante el cumplimiento de la pena correspondiente, debe existir una metodología de plena reinserción social, lo que no sucede actualmente, es decir, se debe educar al sentenciado en diferentes tipos de oficios y también debería existir tratamientos de índole</p>

	psicológicos que ayuden a los sentenciados en el objetivo de su reinserción social.
Dr. Alex Rubén Román Robalino. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Tal como lo establece el contenido jurídico del COIP esa es la finalidad de la pena en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano ya que en ningún momento la pena tiene como finalidad el aislamiento y la neutralización de las personas como entes sociales. La realidad penal en Ecuador, lastimosamente es otra, debido a la carencia de políticas públicas adecuadas.
Pregunta 4 ¿Es frecuente en la conciliación penal el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado para recurrir a este medio alternativo de resolución de conflictos o viene dado por otros factores?	
Juez	Respuesta
Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Considero que una vez que los sujetos procesales (víctima y procesado, especialmente) tienen conocimiento del beneficio que conlleva acogerse a este proceso conciliatorio, su decisión es libre y voluntaria, ya que implica una satisfactoria de ambas partes.
Dr. Alex Rubén Román Robalino. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Sin duda, el consentimiento libre y voluntario de las partes procesales es indispensable para lograr la conciliación penal, a la cual se recurre siempre y cuando las partes estén de acuerdo en basarse en la conciliación para solucionar el problema y estar de acuerdo en admitir el acuerdo al cual se llegue.
Pregunta 5 ¿La conciliación como medio alternativo de solución de controversias contribuye al logro de los fines específicos de la pena?	
Juez	Respuesta
Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	En el sentido estrictamente literal de la normativa penal, considero que no cumple con esa finalidad; sin embargo, al acogerse el procesado a este beneficio y bajo el consentimiento o aceptación de la víctima, primero que nos encontramos ante el hecho de aceptar su participación (procesado) en el cometimiento de la infracción penal, estableciendo un resarcimiento económico a favor de la víctima, lo cual nos llevaría a entender que nos encontramos ante una pena netamente moral.
Dr. Alex Rubén Román Robalino. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Es el deber ser de la normativa penal, que la conciliación y cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos contribuya a que se cumplan cabalmente los fines específicos de la pena, debido a que la pena o sanción no sólo se refiere a la privación de libertad de una persona, en este caso se busca una forma alterna de solución.

Pregunta 6 ¿En su experiencia de Juez Penal, con qué frecuencia, ha emitido una resolución que apruebe el acuerdo conciliatorio ordenando la suspensión del proceso penal hasta que se cumpla con lo acordado, en delitos de acción privada?	
Juez	Respuesta
Dr. Óscar Andrés Corozo Cortez. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Realmente son escasas las resoluciones provenientes de los acuerdos conciliatorios, entre otras cosas por ser una zona fronteriza marcada por aspectos sociales que sobrepasan el normal actuar de una sociedad, lo que impide el recurrir, con frecuencia, a este tipo de acuerdos.
Dr. Alex Rubén Román Robalino. Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Si, en una oportunidad se logró gracias al consentimiento libre, voluntario y expreso de la víctima y del procesado un acuerdo, en virtud del cual se ordenó la suspensión del proceso penal hasta que se cumplió lo acordado por las partes, de conformidad con el COIP.

Fuente: Los entrevistados (2022).

Autores: Guanopatín y Saldarriaga (2022).

7.5.2.- Entrevistas a Fiscales de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas

Entrevistados: Dr. Garky Ortiz Ortiz y Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscales de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.

Pregunta 1 ¿Considera Usted, que la conciliación como método alternativo de solución de conflictos en materia penal, permite el cumplimiento de principios como la celeridad procesal, eficacia e igualdad?	
Fiscal	Respuesta
Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Si, sin ninguna duda, la conciliación como método alternativo de solución de conflictos en el quehacer del proceso penal, que se ha establecido de manera sólida, pues así lo considera el COIP, contribuye a que el proceso penal sea más expedito, que se decida con mayor celeridad, contribuyendo con la eficacia procesal, que en definitiva es el objetivo de todo proceso.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Sí, constituyéndose como un mecanismo de desahogo de los operarios de justicia en el Ecuador; permitiendo que el carácter adversarial del proceso penal se mitigue y se logren resoluciones extrajudiciales igualmente efectivas.
Pregunta 2 ¿Según su criterio, la aplicación de la conciliación en materia penal, presenta ventajas (resultados positivos) o desventajas a las partes procesales y al órgano judicial?	
Fiscal	Respuesta

Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Las ventajas y bondades de este mecanismo alternativo de aplicación de justicia son innegables. Aunque es un método al cual se recurre con cierto temor, o desconocimiento por parte de los abogados en ejercicio.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Sin duda son más las ventajas que las desventajas de la conciliación, pues, como medio alternativo de resolución de conflictos juega un rol preponderante en la nueva forma de ver la justicia, que no es inquisidora, sino preventiva y reparadora.
Pregunta 3 ¿Piensa Usted, que el ordenamiento penal vigente tiene como finalidad de la pena la prevención general para la comisión de los delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de las personas, brindando una reparación restaurativa y permitiendo una mejor reparación integral a la víctima, al ser un mecanismo alternativo de solución?	
Fiscal	Respuesta
Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	La legitimación de la sanción penal, en el contexto penal, tiene que ver mucho con los fines y objetivos que persigue en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro. Y esta legitimación debe abarcar tanto la pena como la medida de seguridad impuesta con la finalidad de prevenir el delito y contribuir, de manera desmedida, en la progresividad de los derechos y capacidades de las personas privadas de libertad.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Aún existen vestigios de juzgadores que consideran que los fines de la pena deben consistir en la imposición de penas privativas de libertad y someter de la manera más acentuada al delincuente. En las teorías penales modernas esa visión ha sido superada y así lo estatuye el COIP.
Pregunta 4 ¿Es frecuente en la conciliación penal el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del procesado para recurrir a este medio alternativo de resolución de conflictos o viene dado por otros factores?	
Fiscal	Respuesta
Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Normalmente no intervienen otros factores ajenos a la voluntad y consentimiento de los sujetos procesales, pues, son ellos quienes solicitan, sin coacción alguna, el que se recurra a la conciliación penal.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	La conciliación tiene como requisito establecido en el COIP que provenga del consentimiento expreso de las partes, sin coacción, y son ellos quienes lo solicitan en la fase de investigación o en la etapa de instrucción fiscal.

Pregunta 5 ¿La conciliación como medio alternativo de solución de controversias contribuye al logro de los fines específicos de la pena?	
Fiscal	Respuesta
Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Si, al menos en uno de sus fines como es la reparación integral de la víctima y la prevención del delito, en los otros fines de la pena, se logra poco, pues se requiere de grandes cambios en la administración de justicia en general.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	En cierto modo sí, porque parte del objetivo o finalidad de la pena es lograr la reparación integral de la víctima, que se consigue más rápido y de manera más efectiva con la conciliación.
Pregunta 6 ¿En su experiencia como Fiscal Penal, la petición de conciliación que hacen la víctima y la persona investigada o procesada, la hacen en la fase de investigación o en la etapa de instrucción? Y ¿cuál ha sido su rol en este caso?	
Fiscal	Respuesta
Dr. Garky Ortiz Ortiz. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	Lastimosamente, pocas veces. No es tan frecuente el recurrir a la conciliación penal como medio alternativo de solución de controversias. Considero que falta mucha cultura jurídica en cuanto a los medios alternativos de solución de conflictos, porque prima la cultura adversarial.
Dr. Christian Rivadeneira Medina. Fiscal de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas.	La petición de conciliación que hacen las partes con consentimiento libre y voluntario lo hacen, con mayor frecuencia, en la etapa de instrucción fiscal, en la que nosotros como fiscales, solicitamos al juez que convoque a una audiencia en la que se escucha a las partes y que debe aprobar la conciliación. Y el juez, una vez aprobada la conciliación con su respectivo acuerdo ordena suspender el proceso para dar tiempo a las partes que cumplan con lo acordado por ellos mismos.

Fuente: Los entrevistados (2022).

Autores: Guanopatin y Saldarriaga (2022).

Esta técnica de investigación consistente en entrevistas, con preguntas abiertas formuladas de manera personal, contó con la colaboración de jueces y fiscales de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón San Lorenzo, Esmeraldas, quienes con su experticia en materia de conciliación dieron sus opiniones de manera muy objetiva, identificando en sus respuestas que este medio alterno de solución de conflictos está claramente reconocido en el COIP, por lo que los juzgadores, en materia penal y los fiscales, están obligados a aplicarla y a recurrir a ella, cuantas veces sea necesaria a los fines de lograr acuerdos entre las partes y, de esta manera, lograr uno de los fines del Estado constitucional de derechos y justicia, la recta y eficaz administración de justicia.

Entre las varias preguntas formuladas es de subrayar la que señala que: ¿el ordenamiento penal vigente tiene como finalidad de la pena la prevención general para la comisión de los

delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de las personas, brindando una reparación restaurativa y permitiendo una mejor reparación integral a la víctima, al ser un mecanismo alternativo de solución?, de manera precisa, señalan los entrevistados que la legitimación de la sanción penal, en el contexto penal, tiene que ver mucho con los fines y objetivos que persigue en un Estado constitucional de derechos y justicia como el nuestro. Y esta legitimación debe abarcar tanto la pena como la medida de seguridad impuesta con la finalidad de prevenir el delito y contribuir, de manera desmedida, en la progresividad de los derechos y capacidades de las personas privadas de libertad, lo que coincide con autores que se han analizado como Mejía-Gallego (2021), Correa-Molina (2018) y García-Saltos (2018), entre otros.

Otra de las interrogantes de interés para esta investigación es la que pregunta si la conciliación como medio alternativo de solución de controversias contribuye al logro de los fines específicos de la pena. A lo cual responden los entrevistados que, en cierta medida sí coadyuva a que se logren los fines específicos de la pena, establecidos en el COIP, como 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” (Asamblea Nacional, COIP, 2014, Art. 52). No obstante, advierten que se requiere de políticas públicas precisas para este cometido.

7.6. Requisitos de la conciliación penal, en delitos de acción privada

Las reglas o requisitos necesarios para que prospere la conciliación como herramienta útil en la solución pacífica de controversias están establecidas en el COIP en su Art. 665, que establece:

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. (Asamblea Nacional, COIP, 2014)

Si bien la conciliación es un novedoso mecanismo de solución de conflictos en materia penal, ha sido objeto de varias objeciones, como la que señala que vulnera el principio de oralidad, establecido en la CRE, en su Art. 168, numeral 6, en concordancia con el COIP que en sus Arts. 5 y 560 disponen que el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia, debido a que en el numeral 1 de este Art. se exige que los sujetos procesales deben presentar ante el fiscal la petición escrita de conciliación contentivo de los acuerdos a los que se haya llegado. Este acuerdo debe hacerse ante el Notario Público debidamente suscrito por los sujetos en conflicto para que surta efectos jurídicos.

Como segundo requisito se refiere a la conciliación cuando es solicitada en la fase de investigación, por solicitud de las partes, de ser así, la o el fiscal estará obligado a elaborar un acta que contenga todas las condiciones señaladas por las partes, de conformidad con el Art. 662, ordinal 2, acto inmediato la o el fiscal suspenderá su actuación, por el tiempo acordado entre las partes para cumplir lo pactado. De ello, se desprenden dos posibilidades ciertas:

- a) Que el investigado cumpla con lo acordado en cuanto a la fecha y condiciones establecidas, lo que conlleva a la o al fiscal a archivar la investigación; y,
- b) Que el investigado incumpla el acuerdo de conciliación y sus condiciones, sobre todo en lo referido al plazo pactado para el cumplimiento, la o el fiscal deberá revocar el acta de conciliación suscrita entre las partes y, en este mismo acto, solicita continuar con su actuación, hasta que el juez de la causa dicte sentencia.

La regla 4 del COIP hace referencia a la conciliación solicitada o invocada, por las partes, en la etapa de instrucción fiscal, por lo que la o el fiscal debe dirigirse al juez competente para que sea este quien fije día y hora para la audiencia de conciliación, en la cual las partes procesales expondrán su disposición para someterse formalmente a la conciliación como medio alternativo de solución de su controversia y, el juez, una vez escuche la versión de las partes, aprobará la conciliación y sus condiciones y dispondrá la suspensión del proceso hasta que se cumpla fielmente con lo acordado por las partes. Siendo un momento en el cual esta herramienta procesal desahoga, en gran medida, la vasta actividad de los jueces penales en el Ecuador.

Del mismo modo que en el caso anterior, aquí se presentan dos posibilidades ciertas:

- a) Que el procesado cumpla cabalmente con el acuerdo que han suscrito, en cuyo caso el juez deberá declarar de inmediato la extinción del ejercicio de la acción penal; y,
- b) Que el procesado incumpla el acuerdo que han suscrito o transgreda los plazos pactados, que no deben exceder de ciento ochenta (180 días o 6 meses). En este caso, se faculta a la víctima, a la o al fiscal o al mismo juez para que convoque a una audiencia para determinar, con fundamento jurídicos, que se ha incumplido con el acuerdo de conciliación, lo que dará lugar, a la revocatoria de la resolución de conciliación y la irrestricta suspensión del

procedimiento. Lo que sin duda le imprime a la conciliación la seriedad necesaria para evitar su incumplimiento. El juez en esta audiencia con convencimiento de causa ordenará que se continúe con el procedimiento penal de acuerdo al procedimiento ordinario.

Es importante subrayar que, si el juez aprueba el procedimiento conciliatorio, este trae como consecuencia la suspensión del tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal, así como los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente, lo que indica la absoluta inserción de este mecanismo alternativo dentro del proceso penal ecuatoriano.

7.6.1. Límites establecidos en la conciliación penal

El COIP en su Art. 662, señala la necesidad de facilitadores quienes deben intervenir en el proceso de conciliación, de manera imparcial, y velar porque la víctima y el procesado actúan con mutuo respeto, a lo cual Narváez (2017) agrega:

Para que pueda darse la conciliación es necesario destacar que se necesita de un tercero neutral (conciliador o facilitador) quien debe, por característica esencia, ser imparcial, es decir, no tener ningún lazo de avenimiento con las partes a fin de que pueda guiar el proceso conciliatorio. En nuestro medio se ha creado la Oficina de Mediación dependiente del Consejo de la Judicatura, Oficina en la cual se resuelven varios procesos a través de la figura de la conciliación. (p. 3)

De este modo, en el proceso penal ecuatoriano el o la fiscal y el juzgador son funcionarios encargados de conocer la conciliación, mientras que los acuerdos previos corresponde guiarlos a los facilitadores imparciales. Sin embargo, pareciera contradictorio, pues la o el fiscal tiene potestad para conciliar durante la etapa de investigación y la de instrucción, siendo parte procesal, como lo establece el mismo COIP en su Art. 439, según el cual carecería de neutralidad e imparcialidad para actuar en la solicitud de conciliación solicitada por las partes en conflicto.

De esta manera, el conciliador, como lo estatuye el COIP, debe ser un tercero imparcial y ajeno al proceso penal; pues convertir a la o al fiscal en un tercer imparcial, que haga las veces de conciliador, es una indebida ampliación de sus atribuciones que vienen dadas desde la CRE (2008) y del COIP (2014). La exigencia de conciliadores o mediadores debidamente capacitados y habilitados para desarrollar sus funciones, es una exigencia del actual sistema de conciliación penal pre procesal y procesal, que se ha constituido en el Ecuador en un servicio público de gran demanda social, “en el campo penal es, sin duda, uno de los campos que mayor interés despierta, pues, relaciona un entramado de aspectos que hay que apreciar y estudiar, todo con el fin último de restablecer la paz social” (Vintimilla, 2020, p. 32).

No obstante, haciendo una interpretación axiológica del COIP (2014), en garantía del cumplimiento cabal del proceso de conciliación en materia penal, se asume que, como señala Tintín (2021), en la conciliación en materia penal, tanto la o el fiscal como el juzgador son los funcionarios encargados de conocerla, mientras que los acuerdos serán previos y corresponderán a los facilitadores imparciales, cumpliendo roles diferentes cada uno.

El COIP es claro al expresar que los acuerdos a que lleguen las partes deben ser razonables y proporcionales con el daño ocasionado y de acuerdo a la infracción, deben realizarse frente al Notario o frente a un Centro de Mediación debidamente autorizado por la Judicatura para

que surtan efecto y se advierte que el incumplimiento del acuerdo conciliatorio no debe ser tomado como fundamento para una condena o como agravante de la pena.

a. Tiempo en que se puede proponer la conciliación en materia penal

Tal como lo señalan las reglas generales que rigen la sustanciación de la conciliación Art. 665 del COIP, esta se puede presentar en la fase de investigación y en la etapa de instrucción fiscal. Pero el Art. 663 del mismo cuerpo legal es preciso al indicar que:

la conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, en los casos señalados en el mismo Código.

- 1.- Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.
- 2.- Delitos de tránsito que no tengan como 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. (Asamblea Nacional, COIP, 2014)

De conformidad con el contenido jurídico de este Art. la conciliación no procede en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, lo cual no es compartido por expertos del derecho, quienes señalan que la solicitud de conciliación debe hacerse en cualquier momento, valga decir, desde el inicio del proceso, tal como está previsto en el COIP, hasta el momento mismo del juzgamiento por parte del juez. Esta situación limita considerablemente la actuación del juzgador en el proceso de conciliación, pues su actuación se reduce a fijar la audiencia dentro de la etapa de instrucción fiscal, que tiene como finalidad última aprobar o no la conciliación y con ello dar fin al proceso penal. Del mismo modo, se ven limitadas las posibilidades de las partes procesales para recurrir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, debido a que sólo pueden hacerlo hasta el momento previo a la finalización de la instrucción fiscal, debiendo ampliarse a cualquier estado y grado del proceso penal.

Es importante señalar que *la conciliación tiene aplicación en los diversos procedimientos penales especiales* establecidos en el COIP, en su Art. 634, estos son: el procedimiento abreviado, el procedimiento directo, el procedimiento expedito y el procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal. Es de advertir, que el procedimiento unificado, especial y expedito no es procedente. Estas nuevas formas de juzgamiento, previstas por el legislador penal ecuatoriano, son consideradas un medio idóneo para lograr la calificación jurídica del hecho punible y la sanción que corresponda imponer; abreviando el procedimiento en aquellos casos en que el presunto responsable del hecho punible acepte la responsabilidad. Siendo, sin duda de gran utilidad para el proceso penal ecuatoriano.

7.7. Conciliación en los delitos de acción privada

Existen dos formas de ejercicio de la acción penal, siendo uno el ejercicio público de la acción penal, y otro, el ejercicio privado de la acción penal. El COIP recoge esta distinción, señalando en el Art. 410 que el ejercicio de la acción penal pública le corresponde a la Fiscalía, sin necesidad que exista denuncia previa. Por su parte, el ejercicio de la acción penal privada le corresponde únicamente a la víctima, y se ejerce mediante querrela. Posteriormente, se establece en el art. 411 del COIP que la titularidad de la acción penal pública corresponde a la Fiscalía. Esto significa que la Fiscalía es la encargada de investigar las infracciones que lleguen a su conocimiento, manteniendo de esta forma, el Estado su monopolio en cuanto a la persecución penal.

Respecto al ejercicio privado de la acción penal, el COIP posee un sin número de infracciones en las que la víctima tiene la potestad de denunciar y de iniciar el proceso penal si desea. Estas infracciones, taxativamente establecidas, conforme el art. 415 son:

calumnia (tipificada en el art. 182),

usurpación (art. 200),

estupro (art. 167),

aquellas lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito,

así como los delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana, agregado en la Ley N° 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 107 de 24 de diciembre de 2019.

Tal como menciona Vintimilla (2020), al tener una norma en la cual se establece cuáles son los delitos de ejercicio privado, “lo que se busca es evitar confusión, ya que cualquier otro delito que se encuentre fuera de esta clasificación, no se podrá sustanciar dentro del procedimiento establecido en el artículo 647 para el ejercicio privado de la acción (p. 61).

La *querella* podrá ser utilizada en los cinco delitos establecidos en el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal, a los que ya se ha hecho mención, para lograr así dar inicio al procedimiento especial determinado para esta clase de delitos; de este antecedente, la querella se presentará exclusivamente con la finalidad de perseguir dichos delitos, así como de informar al juzgador del cometimiento de aquellos. Es la única forma en la que el juzgador puede conocer sobre la comisión de un delito de este tipo, por lo cual, es indispensable la intervención activa de la víctima, quien inicia o da a conocer la información respecto de la perpetración del delito de ejercicio privado, logrando así dar inicio al procedimiento fijado para sustanciar dichos delitos.

De esta manera, el querellante podrá *presentar la respectiva querella* personalmente o por medio de un apoderado, en dicho caso necesitará de un poder especial; la querella se presentará ante el juez de primer nivel, es decir, ante el juez de las unidades judiciales penales, y esto sucede porque en el ejercicio privado de la acción el juez que es designado por sorteo, es el que llevará todo el proceso hasta su conclusión, lo cual, genera una clara diferencia con el procedimiento ordinario que se sigue en los delitos de ejercicio público de la acción, donde existe una instrucción fiscal para luego de ahí, pasar a una etapa intermedia, y solo luego de aquello tener un auto de llamamiento a juicio, y es, donde en su última etapa se conformará un tribunal para la toma de la decisión en torno al caso, ya que en las dos etapas previas si se encontrará únicamente a cargo un solo juez de la Unidad Judicial de lo Penal.

El querellado una vez que ha sido citado con la querella, tendrá un plazo de diez días para contestar la misma y una vez, que el querellado haya contestado, se tiene que solicitar un *plazo de prueba*, ya que en el ejercicio privado de la acción el proceso se realiza a petición de parte y se van cumpliendo con las diligencias a petición de dicha parte interesada, y es por aquello, que el juez a esta solicitud concederá un plazo de seis días para que las partes anuncien y *presenten pruebas necesarias* para su teoría del caso.

Cumplidos como han de ser los requisitos en cuanto a la citación y la contestación que se da dentro del procedimiento de ejercicio privado de la acción, se procede a la *celebración de la audiencia*, donde se promoverá como primera cuestión la *conciliación* entre las partes, y en el caso de no poder llegar a dicho acuerdo o consenso, pasar al juzgamiento de la persona querellada, en base a las pruebas aportadas por ambas partes, ya que solo practicando la prueba por parte del actor así como de la defensa, y contradiciendo la misma por la contraparte, se podrá llegar a desentrañar la verdad procesal.

Todo lo referente y concerniente a la *audiencia de conciliación y juzgamiento* se encuentra en el artículo 649, el cual tipifica:

Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos o peritos, la o el juzgador señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso.

La audiencia se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Si no se logra la conciliación, se continuará con la audiencia y la o el querellante formalizará su querrela, la o el defensor público o privado presentará los testigos y peritos previamente anunciados, quienes contestarán al interrogatorio y conainterrogatorio.
2. La o el juzgador podrá solicitar explicaciones a los declarantes para tener una comprensión clara de lo que dicen.
3. Luego la o el querellado o la o el defensor público o privado procederá de igual forma con sus testigos presentados y pruebas.
4. A continuación, se iniciará el debate concediendo la palabra, en primer término, a la o al querellante y luego a la o al querellado, garantizando el derecho a réplica para las partes.
5. Si la o el querellado no acude a la audiencia, se continuará con la misma en su ausencia.
6. Luego del debate, la o el juzgador dará a conocer su sentencia siguiendo las reglas de este Código.
7. La o el juzgador que dicte sentencia en esta clase de procedimiento, declarará, de ser el caso, si la querrela ha sido temeraria o maliciosa.
8. La persona condenada por temeridad pagará las costas procesales, así como la reparación integral que corresponda.
9. En caso de que la o el juzgador la califique de maliciosa, la o el querellado podrá iniciar la acción penal correspondiente. (Ecuador, Asamblea Nacional, COIP, 2022)

Es elemental señalar, que en este proceso, en particular, el juzgador antes de dar por instalada la audiencia debe señalar a las partes que pueden llegar a un *acuerdo*, ya que este procedimiento y, en todos en general, se debe promover imperativamente la conciliación u otros mecanismos alternos de solución de conflictos, con excepción del procedimiento de violencia intrafamiliar; por tanto, si las partes indican que no pueden llegar a un acuerdo, se debe, de manera obligatoria, hacer constar de que el juez promovió la conciliación como un mecanismo de solución de conflictos entre las partes involucradas.

7.8.- Discusión

La población de muestra para llevar a cabo esta técnica de investigación de encuesta fue de 10 reclusos que gentilmente, a pesar de las dudas y temores, respondieron en base a su experiencia y vivencia carcelaria, lo cual, sin duda, enriquece este estudio y análisis sobre el

acceso a los privados de libertad que están incurso en los delitos tipificados en los Arts. 698 y 699 del COIP. Quienes, de igual manera, dicen, a viva voz, que no se les garantiza el derecho de igualdad dentro de los Centros Penitenciarios del país, y el hecho de ser un grupo vulnerable, con prioridades sobre los demás, sólo queda en la letra, porque la realidad carcelaria es inimaginable, hay que estar aquí adentro para darse cuenta de los atropellos y vejaciones de las que somos sujetos todos los días y a toda hora.

Una de las interrogantes clave en esta encuesta es la que les pregunta si ¿consideran Ustedes que la denegación de acceder a beneficios penitenciarios afecta el derecho a la igualdad de las personas privadas de libertad condenadas por los delitos graves que constan en el art. 698 y 699 del COIP? De manera coincidente, todos manifestaron que sí, que vulnera el principio de igualdad, así como el principio de reinserción social que tienen todos por estar privados de libertad.

Las opiniones dadas por los entrevistados y los encuestados, aunadas a las analizadas en el estado del arte o fundamentación teórica, permiten expresar que en la Constitución de 2008 no se señala finalidad alguna que motive la exclusión de las personas sentenciadas de su derecho innegable a acceder al régimen de rehabilitación social plasmados en la norma constitucional en sus Arts. 201 y 220. El hecho cierto de haber cometido un delito grave, de los establecidos en la reforma, como categoría sospechosa, constituye, más bien, la consideración de un trato arbitrario que, se evidencia mediante un trato jurídico injustificado y no ponderado, como señala Alexy (2004), de los sentenciados que están incurso en la comisión de los delitos establecidos en los Arts. 698 y 699 de la Ley Orgánica Reformatoria del COIP, frente a otro grupo de privados de la libertad que ocupan un mismo espacio y tienen esperanza de lograr su libertad, antes de cumplir su tiempo de pena, tomando en cuenta los beneficios penitenciarios.

De esta manera, se evidencia que los Arts. 698 y 699 del COIP son discriminatorios e inconstitucionales, al decir de Bustamante y Vázquez (2020), al no tipificar la protección debidamente consagrada en los Arts. 201 y 202 de la Constitución de Montecristi extensible a todos los privados de libertad; constituyendo, además, estos Arts. reformados una indudable contusión al principio de igualdad, debido a que la Constitución en su Art. 11, numeral 2, garantiza este principio, lo que hace imposible la creación de privilegios y prebendas favorables a ciertos sujetos y un trato discriminatorio respecto de otros. De esta manera:

Las personas privadas de la libertad también están dotadas de igualdad, sin distinción por el tipo de delito que hayan cometido, por lo tanto, todos son comparables frente al ejercicio de poder acceder a un beneficio penitenciario, que no es un derecho automático, pero sí subjetivo, siempre y cuando cumplan con las exigencias legales. (Pinos, 2021, p. 64)

Con reformas como ésta, hacen presumir el continuo poder punitivo del Estado, para el logro de sus fines, excluyendo a la persona de la esfera de protección jurídica y de velar por su integridad como persona, considerándola como un riesgo, un peligro que quebranta la tranquilidad social en general, lo que conduce a que la actividad normativa penal se encamine a endurecer las penas y establecer limitaciones injustificadas a los derechos de los privados de la libertad. Con razón Zaffaroni (2020) menciona que:

El punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes opera como factor de racionalización inconsciente en el penalismo, pero impide caer en la cuenta de que el silencio doctrinario frente a la realidad del ejercicio punitivo concede razón a la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes. (p. 4)

Este escenario permite señalar que la reforma legislativa a los beneficios penitenciarios semiabierto y abierto, que limita el acceso a los mismos por parte de un grupo de personas, vulnera el principio de igualdad y progresividad previstos en la Carta Magna, modificación normativa que no reverencia la supremacía constitucional ni las obligaciones contractuales derivadas de los diferentes instrumentos internacionales a los cuales se ha adherido el Ecuador.

Entre las limitaciones o dificultades para acceder a los beneficios penitenciarios del régimen semiabierto y abierto en este Centro de Privación de la Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley Penal de Tulcán se encuentra la centralización en Quito para la verificación de los requisitos cumplidos por parte de la Comisión, los reclusos no entregan a tiempo las sentencias y las certificaciones de las causas penales, sobre todo en aquellos casos que son traslados, no presentan las declaraciones juramentadas de las viviendas, lo que imposibilita que el proceso avance, notándose la débil red de apoyo familiar, los actos de indisciplina en el Centro de Privación, entre otros.

Es evidente que, frente a estas posturas, existe también la de quienes consideran que las reformas que se dieron a los Arts. 698 y 699 del COIP, son acertadas y, además, necesarias para dar frente a la peligrosidad inminente. Frente a las nacientes debilidades de un ideal rehabilitador en instituciones de castigo, y frente a una inocuidad disuasiva de la pena; “se diagraman una serie de reformas dentro del propio régimen penitenciario, retroalimentando de esta manera, el sistema erigido en torno a la pena (Sozzo, 2019).

Por ello, en la legislación penal, en la actualidad, se reparten y se identifican los riesgos potenciales de los sentenciados, se evalúan y se regulan las posibles reincidencias, se nivelan los comportamientos de aquellos que pueden obrar como ciudadanos, al lograr una rehabilitación social adecuada y quienes deben considerarse como enemigos de la sociedad por su conducta delictual gravosa. Esta visión jurídica es expuesta por el catedrático Jakobs (2003) que, al hacer señalamientos de la persona en el Derecho, sostiene:

Si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de conducta, de un comportamiento personal –determinado– por derechos y deberes, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y, en su lugar, aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. (p. 14)

Esta posición que adopta Jakobs, quien presenta la propuesta en Alemania de separar en los Centros de Privación de Libertad, el trato que reciben las personas que obran erróneamente en lo que denomina Derecho Penal del Ciudadano, del trato que debe dársele a las personas consideradas peligrosas quienes serán reguladas por el Derecho Penal del enemigo. Es posible que los legisladores ecuatorianos hayan leído equivocadamente a éste y otros autores que se inclinan por este derecho. Del mismo modo, Bernal y Forero (2016), consideran que:

Aquel que ha cometido un delito es, al mismo tiempo, alguien que psíquicamente necesita estar segregado de la sociedad por su conducta peligrosa y jurídicamente razonable en calidad de imputable. Así, la persona privada de libertad debe permanecer en el depósito carcelario, el mayor tiempo posible, hasta tanto no revierta sus comportamientos que lo convierten potencialmente en enemigo social y/o en amenaza estatal (32).

Esto hace pensar que la realidad en la que se pretende exponer la ciencia penal es una realidad dividida; de un lado, la realidad utópica o de un sistema penal convocado a satisfacer los deseos de quienes persuadidos por la eventualidad de lograr un Estado con un sistema penitenciario que da protección absoluta a toda la sociedad y a los privados de libertad, garantizándoles los derechos humanos inherentes a su dignidad humana. Y de otro, la realidad que suele no ser palpable a simple vista, es decir, la naturaleza, políticamente instrumental de la ciencia penal. Muñoz-Conde (2009), señala “la existencia de un ‘Derecho penal del enemigo no es un invento del Sr. Jakobs, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante, que amenaza con extenderse como un huracán, favorecido por el viento del miedo y la inseguridad ciudadana...” (p. 19).

Frente a este discurso, que pudiera ser convincente, se encuentra la línea moderna del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, de conformidad con el Art. 1 CRE, pues constituye el nacimiento de estas medidas garantistas de los derechos fundamentales que ha sendereado al sistema penitenciario ecuatoriano, en el que se puede apreciar que Zaffaroni (1998), al hacer alusión al Estado Social de Derecho, insiste en que es el que debe realizar el derecho íntegramente, como garantía, garantía de las necesidades humanas –material y espiritualmente–, dirigidas a la realización y desarrollo de las personas.

8.- Conclusiones

La conciliación en materia penal se presenta como una solución al problema que caracteriza al sistema judicial ecuatoriano como lento e ineficiente, además se ha erigido como un mecanismo alternativo a la solución de conflictos penales al cual se recurre con bastante frecuencia, pues, al buscar la paz social, ha contribuido a que la administración de justicia penal sea eficaz, eficiente, con soluciones en tiempo razonable y, sobre todo, en la aplicación de penas más justas, que contribuyen a que en el Estado se acabe la cultura de conflicto manteniendo la paz social y la armonía entre los ciudadanos y restableciendo la confianza en la administración de justicia.

Se ha determinado que el ordenamiento penal vigente tiene como finalidad de la pena 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, como se desprende del Art. 52 del COIP. Sin duda, esta teoría progresista, asigna al Derecho penal y, por ende, a la pena, el fin ineludible de protección y defensa de la sociedad –protección de bienes jurídicos– que bien se puede lograr con los mecanismos alternos de solución de conflictos, como la conciliación en los delitos de acción privada, que ciertamente, se refieren al fin del Derecho penal que se encuentra detrás –algo que con frecuencia no se toma en consideración–. Por lo que, las propuestas que enriquecen los métodos autocompositivos en el derecho penal, en la práctica están resultando más eficaces y satisfactorios para las partes en el proceso y, no está demás decirlo, más económicos para

los propios Estados que están padeciendo el grave problema del crecimiento de la población carcelaria.

Al delimitar teórica y jurídicamente a la conciliación en los delitos de acción privada, se precisó que estos delitos pueden ser resueltos a través de un método alternativo como la conciliación, sancionados en el art. 415, los cuales son: calumnia, usurpación, estupro, aquellas lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito, así como los delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana, agregado en la Ley N° 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 107 de 24 de diciembre de 2019. En estos delitos, admitida la querrela a trámite se procede a la citación y a la contestación y acto seguido el juez señala día y hora para la audiencia de conciliación y juzgamiento. Siendo un proceso con gran celeridad que permite a las partes dirimir su controversia de conformidad con lo acordado.

Después de revisar, con detenimiento, el desarrollo de esta temática, no queda sino impulsar la utilidad e importancia de la conciliación como medio alternativo de solución de conflictos en los delitos de acción privada en el Ecuador, de manera que los abogados en ejercicio, las o los fiscales e inclusive los juzgadores, como directores del proceso penal, deberían fomentar su utilidad como medio alternativo de solución de controversias.

El estudio de este tema conciliar en materia penal ha permitido que, en trabajos de investigación, como éste, se analicen aspectos sobre su procedencia, su relación con los fines específicos de la pena, los sujetos procesales, la admisión por parte del juzgador y la extinción del ejercicio de la acción penal, que contribuirán a que en posteriores investigaciones sea referente y asista al desarrollo y proliferación de más indagaciones como esta.

Referencias bibliográficas

Amaya, C.; Juanes, B. (2020) “Descongestión del sistema judicial en Ecuador. Método alternativo de solución de conflictos en la mediación en primera instancia en materia laboral”. En *Revista Universidad y Sociedad*, vol. 12, N° 5, Cienfuegos, sept.-oct. 2020, pp. 518-524. Recuperado de: shorturl.at/qwzGQ

Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008) *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial número 449 de 20-oct-2008, última modificación: 25-ene-2021

Asamblea Nacional del Ecuador. (2009) *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo 2009.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014) *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 175-S de 05-feb-2018, última modificación: 17-feb.-2021.

Bacigalupo, E. (2005) *Derecho penal y el Estado de derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Beccaría, C. (1764) *De los delitos y las penas*. Madrid: Editores: Alianza (1968).

- Benente, M. (2019) “Derecho penal humano, de Eugenio Raúl Zaffaroni. Los límites del poder y los límites del humanismo”. En *Ius et Praxis versión on-line*, vol.25 N° .2 Talca, ago. 2019. Recuperado de: shorturl.at/zGJU4
- Bernal, M. (2017). *La conciliación dentro de los procedimientos penales especiales* Tesis de pregrado, Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador. Recuperado de: <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/7207/4/13154.pdf>
- Bustamante, H. (2017) *Aplicación de la conciliación en la legislación penal ecuatoriana*. Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Recuperado de: shorturl.at/xAJKW
- Cabrera, J. (2018) Análisis jurídico de la conciliación como método alternativo de solución de conflictos en relación a los fines específicos de la pena en los delitos contra la propiedad. Tesis, Puyo, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado de: shorturl.at/bnO19
- Calderón, J. (2019) *La conciliación como método alternativo de solución de conflictos en el delito de lesiones como acción privada en el año 2017*. Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de: shorturl.at/bpDLM
- Chalán, M. (2020) *La conciliación como mecanismo para la solución de conflictos entre la Administración y los administrados dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: shorturl.at/mrC46
- Correa-Molina, A. (2018) “La conciliación y la mediación en el COIP”. En *Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia*, Edición N° 17, mayo-junio 2018. Recuperado de: shorturl.at/hHRS2
- Corte Nacional de Justicia, Oficio N° 321-2018-P-CP JP, del 03 de agosto de 2018. Recuperado de: shorturl.at/eoyKP
- Couture, E. (1979) *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Palma.
- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder*, adoptada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.
- Farfán-Ramírez, F. (2021) “Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana”. En *Revista Ius et Veritas*, N° 62, junio 2021, pp. 230-252. Recuperado de: shorturl.at/cdAIO
- García-Saltos, C. (2018) “Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el COIP”. En *Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia*, Edición N° 17, mayo-junio 2018. Recuperado de: shorturl.at/hHRS2
- Guasp, J. (1956) *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos.

- Higgins-Clark, M. (2019) El crimen es nuestra esencia desde Adán y Eva. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/cultura/2013/11/08/527d378a63fd3d423c8b4570.html> El Mundo.
- Lobo, A. (2016) “La mediación penal como programa de justicia restaurativa en el procedimiento penal colombiano”. *Cuadernos de Derecho Penal*, I(16), pp. 51-87. Recuperado de: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/681/577
- Márquez, A. (2008) “La conciliación como mecanismo de justicia restaurativa”. En *Prolegómenos - Derechos y Valores*, Volumen XI - N° 22 - julio - diciembre 2008, pp. 57-74. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602205.pdf>
- Mejía-Gallego, M. (2021) Fines y función de la pena. Colombia: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de: shorturl.at/vCGM2
- Mir-Puig, S. (1982) *Función de la Pena y Teoría del Delito*. Barcelona: BOCSH, Casa Editorial S.A.
- Mir-Puig, S. (2006) *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: IBdeF.
- Montoya, M.; Salinas, N. (2016) “La conciliación como proceso transformador de relaciones en conflicto”. En *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 15, N° 30, pp. 127-144, julio-diciembre 2016. Colombia: Universidad de Medellín. Recuperado de: shorturl.at/dHMW7
- Ovalle, M. (2019) “La dignidad humana como límite al ius puniendi, La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”. En *Revista Dikaion*, año 33, Vol. 28, Núm. 1, Chía, Colombia, junio 2019, pp. 35-68. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v28n1/0120-8942-dika-28-01-35.pdf>
- Pérez-Sibila, S. (2018) “Análisis de los principios de la mediación”. *A Mediar News*. Madrid; Blogs, Artículos, noticias. Recuperado de: shorturl.at/dgLSU
- Roxin, C. (1976) *Sentido y límites de la pena estatal*. Madrid: Reus.
- Sánchez, A. (2017) *La conciliación como mecanismo de solución de conflictos y la voluntariedad de las partes*. Ecuador: Universidad Regional de los Andes. Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6078/1/TUBAB071-2016.pdf>
- Sánchez, L. (2019) *La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos y la violación de los principios de flexibilidad y neutralidad*. Ecuador: Universidad Regional de los Andes. Recuperado de: shorturl.at/gikr3
- Satta, S. (1971) *Manual de derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Ejea.
- Secretaría Nacional de Planificación, del Ecuador (2021) Plan de Creación de Oportunidades 2021-2025. Recuperado de: shorturl.at/flqx8

- Silva, F. y Martínez, G. (2019) “La justicia alternativa como derecho humano”. *En Jurídicas CUC*, vol. 15 no. 1, pp. 263-284. Enero-diciembre, 2019. Recuperado de: shorturl.at/duG56
- Suares, M. (2021) El modelo circular narrativo en Mediación Familiar, en *Proyecto Hombre. Revista de la Asociación Proyecto Hombre* (Nº 66), pp. 45-49.
- Tintín, Á. (2021) *Aplicación de la conciliación en el derecho procesal penal ecuatoriano*. Tesis de maestría. Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/27623/1/FJCPS-CPO-TINTIN%20ALVARO.pdf>
- Torres, S., (2010) “Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos”. En *El notario del siglo XXI*, revista online del Colegio Notarial de Madrid, nº 32 (julio-agosto 2010) pp. 53-79.
- Vintimilla, X. (2020). *La conciliación en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de: shorturl.at/bAYZ3
- Zaffaroni, E.; Alagia, A., y Slokar, A. (2002) *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. (2005) “Culpabilidad y vulnerabilidad social”. En Zaffaroni, Eugenio, *En torno a la cuestión penal*. Buenos Aires: Euros Editores, pp. 229-251.

