UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL, MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL

"IMPLEMENTACIÓN DE CONCILIACIÓN EN EL DELITO DE HURTO EN ETAPA DE JUICIO Y PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION PENAL"

TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL, MENCIÓN DERECHO PROCESAL PENAL.

VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO

MAESTRANTE DE LA UNIVERSIDAD DE OTAVALO

YAR CHANGUAN GABRIELA ELIZABETH

MAESTRANTE DE LA UNIVERSIDAD DE OTAVALO

TUTOR: PhD. Dr. MERCK BENAVIDES

OTAVALO, febrero 2022

DECLARATORIA DE AUTORIA Y CESACIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA y CESIÓN DE DERECHOS

Nosotros, YAR CHANGUAN GABRIELA ELIZABETH y **VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO,** declaramos que este trabajo de titulación: **"IMPLEMENTACIÓN DE CONCILIACIÓN EN EL DELITO DE HURTO EN ETAPA DE JUICIO Y PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION PENAL"** es de mi/nuestratotal autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional. Así mismo declaro/declaramos que dicho trabajo no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo como autores la responsabilidad ante las reclamaciones que pudieran presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de cualquier responsabilidad al respecto.

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

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

VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO
C.C. 0401461892

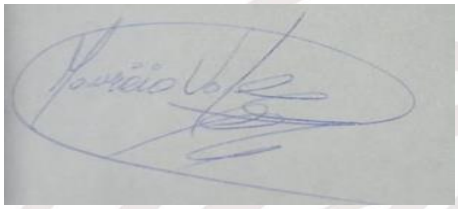
YAR CHANGUAN GABRIELA ELIZABETH
C.C. 0401448402

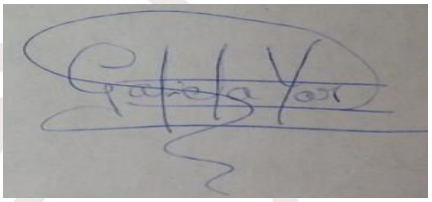
UNIVERSIDAD DE OTAVALO
Libres y unidos en la diversidad

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO y YAR CHANGUAN GABRIELA ELIZABETH declaro/declaramos que este trabajo de titulación es de mi/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 la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.





VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO
C.I. 0401461892

YAR CHANGUAN GABRIELAELIZABETH
C.I. 0401448402

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el trabajo de investigación titulado **"IMPLEMENTACIÓN DE CONCILIACIÓN EN EL DELITO DE HURTO EN ETAPA DE JUICIO Y PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION PENAL"** bajo mi dirección y supervisión, para aspirar al título de Magister en Derecho Penal, mención Derecho Procesal Penal, de los estudiantes VALENCIA FIGUEROA JOHN MAURICIO Y YAR CHANGUAN GABRIELA ELIZABETH, cumple con las condiciones requeridas por el programa de maestría.

PHD. DR. MERCK BENAVIDES BENALCAZAR

CC. 0400554606

DEDICATORIA

El presente trabajo de Investigación lo dedicamos a nuestros hijos Levikha, Arens y Rafael como ejemplo de superación y lucha por alcanzar cada día nuevos conocimientos que los conduzcan al éxito, a nuestros padres por la paciencia, comprensión y apoyo para la culminación de esta meta.

AGRADECIMIENTO

Queremos expresar nuestra gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre nuestra vida.

Nuestro profundo agradecimiento a la Universidad de Otavalo, a nuestros Docentes que con sus valiosos conocimientos hicieron que podamos crecer día a día como profesionales.

Finalmente expresar nuestro más grande y sincero agradecimiento al Dr. Merck Benavides, principal colaborador durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA ii
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR iii
DEDICATORIA iv
AGRADECIMIENTO v
ÍNDICE DE CONTENIDOS vi
INDICE DE TABLAS viii
RESUMEN EJECUTIVO ix
EXECUTIVE SUMMARY x
INTRODUCCION 11
CAPITULO I. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA 13
1.1. El principio de mínima intervención penal 13
1.1.1. Evolución histórica 13
1.1.2. Los principios intrasistemáticos de la mínima intervención penal 17
1.1.3. Carácter subsidiario. 27
1.1.4. Carácter fragmentario. 28
1.1.5. Elementos fundamentales del derecho en relación con la mínima intervención penal. 30
1.1.6. El garantismo penal 31
1.2. Los elementos constitutivos del delito de hurto en la legislación penal 35
1.2.1. Concepto del delito de Hurto. 35
1.2.2. El bien jurídico protegido. 37
1.2.3. La cuantía como elemento objetivo del delito de hurto. 38
1.2.4. Tipo objetivo. 39
1.2.5. Tipo subjetivo. 41
1.2.6. Antijuricidad. 42
1.3. La conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y sus consecuencias jurídicas. 45
1.3.1. Definición legal y criterios doctrinarios de conciliación. 45
1.3.2. Características y naturaleza jurídica 52
1.3.3. Requisitos y aplicabilidad. 53
1.3.4. Procedimiento de aplicación de la conciliación o acuerdo de reparación. 54
1.3.5. Consecuencias jurídicas de la conciliación 55

1.4. Estudio comparativo con otras legislaciones sobre “la implementación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y el principio de mínima intervención penal” 57
1.4.1. Generalidades.....57
CAPITULO II. DISEÑO METODOLÓGICO Y DIAGNÓSTICO.....62
2. Modalidad y tipo de investigación:.....62
2.1. Métodos, técnicas e instrumentos de investigación.....63
2.1.1. Métodos de investigación.....63
2.1.2. Técnicas e instrumentos empleadas en la investigación.....64
2.2. Población y muestra 65
2.2.1. Población.....65
2.2.2. Muestra 65
RESULTADOS OBTENIDOS.....67
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO DEL CASO 76
CONCLUSIONES 77
RECOMENDACIONES 78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 80
CUERPOS JURÍDICOS 82
ANEXOS.....84
Anexo 1 85

INDICE DE TABLAS

Gráfico 1. ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal?.....67

Gráfico 2. ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal en los delitos de hurto? 68

Gráfico 3. ¿Considera que la conciliación es un medio idóneo para disminuir la carga procesal en materia penal?.....69

Gráfico 4. ¿Cree Usted que con la conciliación en la etapa de juicio se repararían a la víctima por el agravio sufrido? 70

Gráfico 5. ¿En qué medida se aplica la justicia restaurativa en los delitos de hurto? 71

Gráfico 6. ¿Conoce usted si el proceso penal en el delito de hurto es eficaz? 72

Gráfico 7. ¿Usted tiene conocimiento si las víctimas del delito de hurto se han visto reparadas con tener privada de la libertad al procesado?.....73

Gráfico 8. ¿Considera usted que la conciliación judicial es un medio para solucionar un proceso de hurto en cualquier etapa del mismo? 74

Gráfico 9. ¿Cree usted que sería necesario implementar la conciliación en la etapa de juicio en los delitos de hurto? 75

Gráfico 10. ¿Usted cree que la falta de aplicación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio, vulnera el principio de Mínima Intervención Penal?.....76

RESUMEN EJECUTIVO:

En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la implementación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y el principio de mínima intervención penal; lo que constituye el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, en el presente estudio trataremos a la conciliación penal como una herramienta que garantiza la reparación eficaz a la víctima de un delito de hurto, al ser menos lesivo ante un trámite ordinario penal que desgasta a la víctima que termina sancionando al infractor y en muy pocos casos reparándola. Es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cual se busca el mayor bien social con el menor costo social. Aplicando los tipos de investigación jurídica, Histórico-Jurídico, Jurídico Comparativo y Jurídico - Propositivo, pues dentro de las conclusiones y recomendaciones se aspira llegar hasta Jueces, Fiscales y Abogados en libre ejercicio puedan determinar que la conciliación es un medio eficaz de reparación social como también es la respuesta lógica a las limitaciones que tiene el sistema penal y la administración de justicia penal, para dar soluciones adecuadas a todos los reclamos que son puestos en su conocimiento y que a falta de medios para cumplir con tales objetivos, y se pretende una mejor salida con el última ratio o de extrema ratio por razones de utilidad pública o interés social.

Descriptores: Conciliación, Mínima Intervención, delito de hurto, reparación, Delitos menores.

EXECUTIVE SUMMARY:

In the present work, a study is carried out on the implementation of conciliation in the crime of theft in the trial stage and the principle of minimal criminal intervention; what constitutes the foundation of the legal-criminal systems of the Rule of Law. It assumes that criminal law should only intervene in cases of very serious attacks on the most important legal assets, in this study we will treat criminal conciliation as a tool that guarantees effective reparation to the victim of a theft crime, as it is less harmful in the face of an ordinary criminal procedure that wears out the victim that ends up sanctioning the offender and in very few cases repairing it. It is the social economy requirement that must exist in the social State, through which the greatest social good is sought at the lowest social cost. Applying the types of legal research, Historical-Legal, Comparative Legal and Legal-Propositive, because within the conclusions and recommendations it is aspired to reach Judges, Prosecutors and Lawyers in free exercise can determine that conciliation is an effective means of social reparation as It is also the logical response to the limitations of the criminal justice system and the criminal justice administration, to provide adequate solutions to all the claims that are brought to its attention and that in the absence of means to meet such objectives, and a better exit with the last ratio or extreme ratio for reasons of public utility or social interest.

Descriptors: Conciliation, Minimum Intervention, crime of theft, reparation, Misdemeanors.

INTRODUCCION. –

La presente investigación se refiere a la implementación de la Conciliación en la Etapa de Juicio en los delitos de hurto y el principio de Mínima intervención penal, teniendo en consideración lo manifestado por la Constitución de la República en su art, 1 que establece en su parte pertinente "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia…"y siguiendo a la corriente finalista del derecho propuesto por sus representantes, se tiene al derecho penal como de última ratio, es decir debe ser utilizado únicamente para sancionar las conductas que no puedan ser subsanadas a través de los diversos medios alternativos de solución de conflictos.

En la presente investigación vamos a analizar en primer término la corriente de la mínima intervención penal, que se está acogiendo en los cuerpos penales, mecanismos para devolverle al individuo la capacidad de resolver sus diferencias a través del dialogo, buscando por ende establecer una cultura de paz y constituir una justicia restaurativa en la que, el afectado por el cometimiento de una infracción penal queda resarcido en su derecho por el sujeto activo del hecho. Una herramienta eficaz para lograr una cultura de paz y en definitiva consolidar una justicia restaurativa, que a la vez permite descongestionar el aparato judicial, en el momento que se deja de gastar ingentes recursos en la investigación y sanción de conductas que no constituyen grave afectación al interés público, es la adecuación de la ley penal que permita la incorporación de disipaciones tendientes a que sean justamente los partícipes de un proceso penal es decir sujeto activo y pasivo del hecho presuntamente delictivo quienes, a través del dialogo le pongan fin al conflicto logrando el restablecimiento de las relaciones entre las partes y fundamentalmente resarciendo el daño causado por el agresor a la víctima u ofendido.

Analizaremos también los elementos constitutivos del delito de hurto en la legislación penal, el bien jurídico protegido, la cuantía como elemento objetivo del delito de hurto, tipo objetivo, tipo subjetivo y antijuricidad, considerando que el hurto es una forma de delincuencia, quizás menor, pero de todos modos significa la realización de un acto ilegal ya que implica obtener algo de un modo incorrecto o sin la aceptación de aquel a quien se le saca el objeto. Los hurtos pueden llevarse a cabo de maneras muy diferentes y variadas, aunque por lo general se trata de acciones que no requieren demasiada logística o preparación

sino que son aprovechamientos sobre descuidos momentáneos que las víctimas tienen, obviamente, sin darse cuenta. Estudiaremos a la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y sus consecuencias jurídicas. requisitos y aplicabilidad procedimiento de aplicación de la conciliación o acuerdo de reparación consecuencias jurídicas de la conciliación beneficios de la conciliación en la etapa de juicio. **E**n la cultura de la paz la conciliación, como un medio alternativo siempre será de suma importancia, pues siempre será mejor un acuerdo entre las partes que un litigio largo prolongado y costoso pues es siempre mucho más satisfactorio que las partes se pongan de acuerdo en vez de una sentencia la cual satisface solo a uno y se entiende que es el que gana por eso la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas y civilizadas pues la gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos al no abandonarlos en manos de un tercero, como es el juez.

Y finalmente realizaremos un estudio comparativo con otras legislaciones sobre la implementación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y el principio de mínima intervención penal, así Las Naciones Unidas en su resolución A/RES/53/243de 1999-A del texto (documento A/53/L.79), titulado declaración sobre una cultura de paz expresaría su profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo cuyo principal objetivo es que los gobiernos las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones para promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio.

Esta declaración establece que una cultura de paz es un conjunto de valores actitudes tradiciones y modos de comportamiento y formas de vida.

En vista de que la conciliación en la actualidad conforme lo determina el art. 663 del Código Orgánico Integral Penal se la aplica en el proceso penal hasta la etapa evaluatoria o preparatoria de juicio, y en base al principio de legalidad no se puede aplicar los medios alternativos de solución de conflictos; es decir sin aplicarse la justicia restaurativa, perjudicando de esta forma a la víctima que busca hasta el último momento la reparación del daño sufrido y así satisfacer la parte psicológica y económica afectada. Por lo que es importante estudiar la implementación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y el principio de mínima intervención penal en base a la doctrina, jurisprudencia, convenios internacionales de derechos humanos, la constitución y la ley.

CAPITULO I. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1.1. El principio de mínima intervención penal

1.1.1. Evolución histórica. -

Sobre el desarrollo evolutivo del método jurídico-penal, se observa en la doctrina una división en períodos según su grado de desenvolvimiento. Se distingue la etapa de venganza privada, de venganza pública hasta llegar a nuestros tiempos.

Respecto a la idea de irrogar un mal contra quien ha lastimado a un semejante, es remontable a las sociedades más antiguas, las cuales vienen adquiriendo ropajes jurídicos desde la introducción de la práctica del Talión. Donde quiera se encuentre un registro de civilización se contará alguna historia de la venganza de un crimen. En la etapa de venganza privada la propia víctima o sus parientes imponían el castigo al ofensor, no se atribuía valor a la intención del autor al cometer el hecho, por lo que se ha dicho constituía un derecho objetivo, bastaba la ocurrencia de la ofensa para que tomara sentido la venganza. Esta justicia de propia mano llevó a enfrentar linajes enteros.

Para el historiador MARC BLOCH, la compensación económica se extendió como una alternativa pacífica para componer la armonía en las sociedades primitivas, cuando se trataba de una simple ofensa, se estableció el uso, desde muy antiguo, de limitar la compensación al individuo ofendido, pago que aumentaba si había ocasionado la muerte o incapacidad del ofendido, subyaciendo en ello la idea de reparar a sus parientes más cercanos (2016, p.138) Es de notarse que reparar a la víctima de forma económica desde los inicios del derecho penal fue considerado como una de las formas de dar solución a una problemática social evitándose de esta forma los procesos judiciales largos, ya que lo principal era reparar a la parte ofendida claro está que, de acuerdo a la infracción cometida, se regulaba el monto económico de reparación.

En el periodo de venganza pública comienza a introducirse el instituto de la pena a erigirse la comunidad organizada para retribuir con violencia al ofensor. En este paso de lo privado a lo público, es la autoridad quien organiza la represión y relega la victima a un segundo plano. Como dice Raúl Zaffaroni, estima que esta usurpación hecha a la víctima, negándole

la posibilidad de su venganza y asumiéndola acto seguido alguna autoridad, caracteriza el nacimiento del poder punitivo (2012, p. 21)

Vemos en esta época el nacimiento de la Pena como tal, considerándose a la pena no como reparación a la víctima sino como castigo al victimario, claro esta esté castigo en ningún momento considera el sufrimiento o afectación de la víctima sino está dada para ejemplificar la acción realizada para la ciudadanía, cuya aspiración es que no se vuelva a repetir la comisión de dicho acto en la sociedad.

En cuanto a la época histórica en la Edad Media, según Barona, se asentará una forma inquisitorial de llevar a cabo el proceso penal, que se expandirá por toda Europa. Y en nuestro continente su procedimiento una necesidad de descubrir la verdad, razón que justificó las pesquisas judiciales de oficio y la tortura, las cuales eran vistas como garantías en favor de la veracidad (2017, p. 169 - 173)

Dentro de la evolución del Derecho penal encontramos que en la Edad Media, nace el proceso inquisitivo, es decir la investigación, averiguación o examinación sobre la comisión o no de una infracción punitiva estaba a cargo del juzgador tercero nombrado por las autoridades civiles el que para obtener la supuesta verdad solo le bastaba la confesión de la persona procesada es decir en ese afán esclarecedor de la veracidad material, la confesión del procesado fue la prueba que se estimaba de mayor relevancia, llamada por lo mismo, la madre de las pruebas. Para su obtención se incluyó la tortura, sufrimientos físicos que, como dice Barona evolucionaron en su ordenación

Además, es también característico de la época la conexión dada entre delitos y pecados. Habida consideración de la mezcla entre religión y poder político, “el crimen horrendo o atroz lo era porque implicaba una contravención a la ley y a un orden inspirado por Dios. El castigo combinaba en estos casos ambos planteamientos. La tortura punitiva, el tormento, asumía condiciones de martirio, una ocasión para evacuar parte de la culpa y alivianar la gravedad del pecado implícito al crimen cometido

Es así a finales del siglo XVII cuando la pena de muerte y la aplicación de torturas empiezan a tener detractores debido a que no se lograba detener la criminalidad en Europa. A principio del siglo XVIII, aparece la pena privativa de libertad como auténtica pena. La pena privativa de libertad servía para intimidar y corregir para hacer retroceder al delincuente o en todo caso encerrarlo entre muros.

Durante mucho tiempo la privación de libertad se ha considerado como un medio para castigar a los delincuentes e impedirles su escape para cometer nuevos delitos, también se ha considerado como un medio eficaz para la disuasión de la criminalidad, Muchos años, la determinación de las penas por cualquier delito cometido se realizaba mediante la aplicación de un Mandato Divino, las penas tenían un carácter severo, que abarcaban los destierros, fuertes penas pecuniarias y corporales, incluso la pena de muerte. El Derecho penal era utilizado como forma de coaccionar a las personas a la obediencia al soberano. Así, el liberalismo surgió exaltando la libertad como forma de reacción a este escenario, y fue la Revolución Francesa el momento culminante de esa oposición al Estado absoluto, que tuvo como ideales los propuestos por el liberalismo. Ese movimiento de la clase burguesa inauguró una nueva concepción política y jurídica, que transformó el panorama del siglo XVIII, hoy considerado un marco histórico en la evolución del Derecho. La ideología resultante de este cambio está, esencialmente, basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes y de la defensa de la libertad. Tales fundamentos son las estructuras del modelo de Estado originado por la Revolución: el Estado Liberal de Derecho.

“El primer estadio de su regulación implicó su incorporación como medio fundamental empleado en el procedimiento inquisitivo, para dar paso, La responsabilidad penal del juzgador, posteriormente, a su delimitación, fijando condiciones o elementos que la restringían”. (2017, p.170)

Para Asúa, hacia 1764, Cesare de Bonesa, Marqués de Beccaria, publica en el anonimato su libro “Tratado de los derechos y las pena”. Esta será la primera vez en que un texto recoge un programa político criminal basado en una intervención mínima. (1990, p. 9)

Conforme la sociedad fue evolucionando, también fueron evolucionando sus derechos y garantías, conllevando también la responsabilidad del juzgador dentro del proceso sancionatorio, es decir, se limitó las funciones de éste con relación a los métodos de investigar una determinada infracción, estableciéndose los parámetros de la investigación, con respeto de los derechos del procesado, tiempos de investigación y la víctima, con lo que se buscaba llegar a determinar la existencia y aplicación de la sanción a través de una mínima intervención político criminal

Las principales proposiciones de este autor y que lo enmarcan con este principio se relacionan al establecimiento estrictamente legal de la pena y la utilidad de imponerla; la clasificación de los delitos; y la moderación del castigo. Respecto al establecimiento legal de los delitos y sanciones, si bien se incluyen someramente en la Carta magna de 1215 (2016)

En vista de la universalización del derecho penal y de la adecuación de las normas jurídicas, recogiendo la corriente de la mínima intervención penal, se está acogiendo en los cuerpos penales, mecanismos para devolverle al individuo la capacidad de resolver sus diferencias a través del dialogo, buscando por ende establecer una cultura de paz y constituir una justicia restaurativa en la que, el afectado por el cometimiento de una infracción penal queda resarcido en su derecho por el sujeto activo del hecho. Una herramienta eficaz para lograr una cultura de paz y en definitiva consolidar una justicia restaurativa, que a la vez permite descongestionar el aparato judicial, en el momento que se deja de gastar ingentes recursos En la investigación y sanción de conductas que no constituyen grave afectación al interés público, es la adecuación de la ley penal que permita la incorporación de disipaciones tendientes a que sean justamente los partícipes de un proceso penal es decir sujeto activo y pasivo del hecho presuntamente delictivo quienes, a través del dialogo le pongan fin al conflicto logrando el restablecimiento de las relaciones entre las partes y fundamentalmente resarciendo el daño causado por el agresor a la víctima u ofendido.

“En la cultura de la paz la conciliación, como un medio alternativo siempre será de suma importancia, pues siempre será mejor un acuerdo entre las partes que un litigio largo prolongado y costoso pues es siempre mucho más satisfactorio que las partes se pongan de acuerdo en vez de una sentencia la cual satisface solo a uno y se entiende que es el que gana por eso la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas y civilizadas pues la

gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos al no abandonarlos en manos de un tercero, como es el juez.

El ser humano desde que se levanta y empieza a interactuar se encuentra con situaciones que no son muy agradables y esos desencuentros que tenemos con nuestros compañeros de trabajo con nuestros familiares con cualquier gente que al igual que nosotros realiza sus actividades cuando los vemos desde el punto de vista negativo lo primero que nos hacen es estresarnos y generar una adversa relación Lo que al fin hace que se generen los conflictos por malos entendidos o por la diferente forma de ver estos hechos". (Cabrera, 2014, pág. 84)

1.1.2. Los principios intrasistemáticos de la mínima intervención penal. -

Para desarrollar este tema recurriremos en primer lugar a Luigi Ferrajoli. Este autor construye un modelo denominado garantista en el cual a través de axiomas o principios se enuncian diez garantías necesarias para fincar la responsabilidad penal.

Los seis primeros son garantías sustantivas penales:

1. Nulla poena sine crimine.- Ninguna pena sin delito'. La imposición de una pena exige la previa realización de la conducta sancionada como delito en la ley penal. Segundo elemento del principio de legalidad penal de Feuerbach.

2. Nullum crimen sine lege.- la garantía criminal, el nullum crimen sine lege, es decir que ninguna conducta, por reprobable que parezca, puede ser considerada delictiva si no lo establece previamente una ley que pueda, de tal manera, garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.- no ha ley sin necesidad.

4. Nulla necessitas sine injuria. . no hay necesidad si no hay injuria/daño

5. Nulla injuria sine actione. . no hay daño sin acción

6. Nulla actio sine culpa. no hay acción sin culpa, ninguna persona puede ser condenada por un delito sino existe dolo o culpa, en la acción antijurídica que causó un daño

Los últimos cuatro son garantías procesales.

7. Nulla culpa sine iudicio.- no hay culpa sin indicio

8. nullum iudicium sine acusatione. - nulo es el juicio sin acusación

9. nulla acusatio sine probatione. (principio de la carga de la prueba)

10. nulla probatio sine defensione. nula es la prueba si no hay defensa, principio de contradicción de la prueba

Es necesario aclarar que según Ferrajoli debe distinguirse entre garantías primarias o derechos fundamentales como límites al poder público y garantías secundarias, los recursos necesarios para hacer efectivas las primeras.

El modelo incluye once términos: delito, ley, necesidad, lesión, conducta, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada uno designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro de un modelo de derecho penal. Si se dan todas las condiciones estaremos en presencia de un modelo de estado garantista, también denominado cognitivo, de estricta legalidad o de derecho penal mínimo. Enunciarían esos términos condiciones de la responsabilidad penal. Axioma es la implicación entre cada término y los posteriores que prescriben lo que debería ocurrir. Es un modelo ideal. Cada axioma constituye una garantía. La función específica de las garantías en el derecho penal no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular, o sea deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.

Luigi Ferrajoli es filósofo del derecho, por ello remite a términos que conviene recordar en esta parte. AXIOMA. Es un principio que, por su dignidad misma, por ocupar cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe estimarse como verdadero. Según Aristóteles principios evidentes que constituyen el fundamento de una ciencia. Proposición 2 Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trota, 3ª ed, Madrid, 1998, en especial pp. 91-115. irreductible que no necesita ser demostrada. En cambio, el TEOREMA es una Proposición que puede ser demostrada y no es evidente. TESIS. Es la proposición o afirmación de una doctrina sostenida con argumentos, por lo general es contraria a lo aceptado por la teoría dominante. CONNOTACIÓN. Alude al significado, comprensión o intención de los términos y DENOTACIÓN es sinónimo de extensión. A través de los conectores básicos, negación, conjunción, disyunción e implicación de los diez axiomas se derivan muchas tesis y teoremas en la construcción de ese autor.

El modelo garantista define las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Provienen dichas reglas del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que lo concibe como principios políticos morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Han sido incorporadas a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno estado de derecho. Los principios A1, A2 y A3 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo castigar? Expresan las garantías relativas a la pena. Los A4, A5 y A6 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo prohibir? Y expresan las garantías relativas al delito. Los principios A7, A8 A9 y A10 responden a las preguntas ¿Cuándo y cómo juzgar? Y expresan las garantías relativas al proceso. El principio A3 es el que caracteriza el modelo garantista. El axioma A2 es el principio de mera legalidad, vigencia o existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sea su contenido. El principio A3 es, en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes. Se dirige al legislador, el otro se dirige a los jueces. En este punto es necesario preguntarse ¿a quién se dirigen las normas? Con posterioridad volveremos a este punto.

Los modelos teóricos del derecho penal resultan de la inclusión de todos o parte de estos principios, siendo el sistema garantista aquel ordenamiento penal concreto que incluya todos los términos de esa serie, enunciados en esos diez axiomas, máximas o principios axiológicos. Sin embargo, el modelo es un límite ideal, solo tendencial y nunca perfectamente satisfecho. Por eso es posible elaborar teóricamente una tipología de los sistemas punitivos según los axiomas garantistas que adopten o supriman. La palabra Garantismo tiene varias acepciones, una de ellas es la de modelo normativo de derecho o modelo de estricta legalidad, propio del Estado de Derecho

Para Rawls “la autonomía racional de los ciudadanos se modela Mediante los aspectos estructurales de esta manera en una sociedad bien ordenada en su vida pública son quienes gozan de una plena autonomía y ésta se ve reflejada cuando no sólo cumplen con los principios de Justicia entendiendo que para ellos en su interactuar son justos que son guiados por el sentido efectivo de la justicia en la protección en los derechos y libertades básicos” (Rawls, 2003, pág. 91).

El Principio de Contradicción o Principio Contradictorio.

En el Derecho procesal, es un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno, que implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes. El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción.

La garantía de defensa en juicio y el debido proceso, exige que las sentencias de los jueces sean fundadas. La imparcialidad es un criterio de justicia que sostiene que las decisiones deben tomarse atendiendo a criterios objetivos, sin influencias de sesgos, prejuicios o tratos diferenciados por razones inapropiadas.

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho.

Entre todas las ramas del ordenamiento jurídico, al Derecho penal le incumbe la función de atribuir las sanciones más gravosas, porque hay un grave ataque de bienes jurídicos tutelados penalmente. Por ello, el Derecho penal debe ser considerado como la última ratio del sistema, lo que significa que, "cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado, con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquéllas las aplicables.

El Derecho penal no puede ser tenido como prima o única ratio para la solución de los problemas sociales, que muchas veces son perfectamente filtrables por otras ramas del ordenamiento jurídico. De esta forma, como sustenta (Bustos Ramírez,1997) a norma penal debe ser considerada como "un recurso excepcionalísimo frente al conflicto social", donde el Derecho penal no sólo es la última, sino también la extrema ratio, es decir, interviene solamente cuando hayan fracasado todos los demás controles, formales o informales.

Aunque el Derecho penal prevé las sanciones más gravosas (pena privativa de libertad), no es el único instrumento sancionatorio del ordenamiento jurídico. Así, para que la subsidiariedad del derecho penal sea llevada a efecto, primeramente, deberá preferirse la

utilización de los medios desprovistos del carácter de sanción; en seguida, las vías que atribuyen sanciones no penales, como la civil o administrativa; en la hipótesis de fallo de esos medios, sólo entonces se apela al Derecho penal para sancionar el hecho.

Es posible plantear la cuestión de que, si la sanción penal puede coexistir con una sanción de naturaleza no penal, como la civil o administrativa. La respuesta está en definir la finalidad de la sanción, así que, si la sanción penal y la otra no penal tuvieren fundamentos distintos, es perfectamente posible la coexistencia.

Por otro lado, si el fundamento fuera el mismo, no será posible la incidencia de las dos, por quiebra del principio de non bis in ídem. De la concepción de Binding procede la afirmación de que el Derecho penal tiene carácter fragmentario, empleándolo para distinguir entre las conductas que el legislador alemán ha convertido en descripciones de delito y aquellas que no han entrado en el Código penal; el carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes.

La protección de la sociedad justifica la actuación del Derecho penal en un Estado social, es expresada a través de la tutela por el Derecho penal de bienes jurídicos (principio de protección de bienes jurídicos), que son los de interés social y que merecen la protección penal en razón de su importancia. Por lo que, si una ley penal no protege un bien jurídico, hay infracción del principio de intervención mínima, acarreando la nulidad de esa norma, porque la misa deviene en arbitraria.

No toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal. Se impone la presencia de dos elementos para que el Derecho penal actúe a saber que el bien jurídico posea importancia y que la lesión a este sea violenta.

El desvalor de la acción es el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos. Por ello, en el ejemplo del bien jurídico patrimonio, hay conductas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito, así el pago de una deuda o el cumplimiento de un contrato.

Tomando el ejemplo mencionado, en razón del valor del bien jurídico patrimonio, la conducta sólo será delictiva sí es especialmente peligrosa o lesiva para el bien jurídico. En

este sentido Roxin (2000) afirma que, "... la realización del tipo presupone en todo caso y sin excepción tanto un desvalor de la acción como un desvalor del resultado".

La sociedad va experimentando, muchos cambios en el Derecho penal la tendencia natural es que el Derecho acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo o buscando ofrecer respuestas a los problemas que surgen con estos cambios.

El surgimiento cotidiano de nuevas situaciones hasta entonces inéditas para el Derecho, bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito protegido por el Derecho penal, ahora la sociedad clama por su tutela, como el medio ambiente o la economía. Son bienes jurídicos universales y no individuales, y su protección se refiere no a una lesión o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino, a un peligro abstracto.

Así, el legislador ha actuado de manera incesante, fundamentalmente en la parte especial de los Códigos penales, creando tipos nuevos o ampliando la gravedad de los ya existentes. La consecuencia es que, en conjunto, el Derecho Penal de los últimos años ha aumentado significativamente su capacidad, eliminando de paso algunas garantías específicas del Estado de Derecho que se habían convertido en un obstáculo para el cumplimiento de sus nuevas tareas Frente a las transformaciones ocurridas, parece que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas.

De acuerdo con (Muñoz Conde,2001) ese Derecho penal "carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños".

El Derecho penal moderno, con sus características propias, actúa en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones. Su actuación ha generado problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Constitucional.

El Derecho penal moderno presenta tres características propias a saber: la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias.

La primera considera la protección de bienes jurídicos una exigencia para la penalización de determinadas conductas, desvirtuando, de esta manera, la concepción clásica del principio

de mínima intervención penal pues utiliza la protección de bienes jurídicos como un mandato para penalizar, y no como una limitación a la protección de bienes jurídicos.

Así, por ejemplo, es lo que ocurre con el bien jurídico medio ambiente: frente del deseo de la sociedad de protección de ese bien jurídico del cual no se discute su importancia, el Derecho penal intervino como prima ratio, incluso frente a la posibilidad de protección por otras vías menos gravosas que el Derecho penal, como el propio Derecho administrativo.

La segunda característica consiste en que el Derecho penal moderno convirtió la prevención, antes considerada como una meta secundaria del Derecho penal, en su principal finalidad. Para lograr esta nueva meta, el Derecho penal moderno utiliza herramientas contundentes frente al sistema de garantías del Derecho penal clásico, como la agravación de las penas.

Es cierto que la finalidad de prevención debe existir en el Derecho penal, pero no constituir su primordial meta. Se impone que haya un equilibrio entre la prevención general y la especial, para que, tanto los intereses de la sociedad como los de la persona considerada individualmente, sean satisfechos.

Para lograr la armonía entre estas dos caras de la prevención, sin que haya cesión a favor de una de ellas, se debe considerar que la sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes recurriendo a la pena si ello es necesario; pero, por otro lado, el delincuente, por su parte, tiene derecho a ser respetado como persona y a no quedar separado definitivamente de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

Se debe tener en cuenta que el Derecho penal es un medio de control social, es decir, cumple una función primordial en cuanto ordenamiento que protege la paz y las condiciones sociales indispensables para el ser humano en la convivencia en sociedad.

Sin embargo, no es el único medio de control social que existe. Hay otras formas que, incluso, deben preceder al Derecho penal, lo cual, por la gravedad de sus consecuencias, es, como ya afirmamos, la última ratio del sistema. Así que, son formas de control social extrajurídico que lo anteceden la familia, la escuela etc.; luego de estos filtros, aparecen también los métodos de control jurídicos, que son las otras ramas del ordenamiento jurídico, como el Derecho civil, administrativo o mercantil.

Se observa que el derecho penal moderno ha tomado consideraciones de un derecho expansionista, en contra posición del principio de mínima intervención penal, principalmente, en las partes especiales de los Códigos penales y de las legislaciones especiales creando nuevas figuras penales o ampliando los tipos ya existentes, principalmente en sectores antes no abarcados por el Derecho penal, o, si abarcados, no con tanto rigor; es el caso del medio ambiente, la economía, mercado exterior y criminalidad organizada. Este actual derecho penal propone proteger bienes jurídicos universales y no individuales, y, para llevar a efecto esta tutela de bienes jurídicos institucionales o universales, es necesaria la utilización por el legislador de los delitos de peligro abstracto y de normas penales en blanco.

En estos casos de protección de bienes jurídicos universales por el Derecho penal es prácticamente imposible la constatación de la existencia del daño, y es ésta la razón por la cual se recurre a la utilización de la técnica de tipificación de delitos de peligro abstracto. En este sentido señala (Sánchez García de Paz, 1999): “La mayoría de los nuevos delitos de peligro abstracto son figuras orientadas a la tutela de bienes jurídicos de carácter supraindividual - colectivos o universales -, como la salud o la seguridad públicas, fenómeno que se sitúa también en el contexto de la denominada 'sociedad de riesgo'. Precisamente el carácter difuso e impreciso del objeto de tutela y la consecuente dificultad de comprobar la lesión o el peligro en estos bienes jurídicos de difícil aprehensión contribuye decididamente a la construcción de figuras de peligro abstracto” p.19.

En este contexto, destacando la activa actuación del Derecho penal en sectores como el medio ambiente (bien jurídico universal), la utilización de delitos de peligro abstracto para la tutela de ese bien jurídico es inevitable. A través de esa técnica legislativa, se castiga por una conducta que no sólo no ha lesionado, sino que tampoco ha puesto a nadie en peligro concreto. Así, no se produce la sanción de conductas concretas lesivas, sino de construcciones de relaciones de peligro entre conductas abstractamente peligrosas y fuentes sociales de peligro.

Estos hechos llevan a establecer que el carácter de mínima intervención, así como de fragmentariedad y subsidiaridad del derecho penal en el cual el mismo se convierte en forma de política de seguridad y que enfrenta la realidad del estado constitucional de derechos y de justicia.

El legislador tiene en su responsabilidad la libertad de configuración en materia penal, pero dicha libertad debe responder de manera obligatoria a los principios de necesidad de dicha intervención penal, he ahí la debida vigencia y respeto al carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del derecho penal; en segundo lugar, debe regirse por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con lo cual, el derecho penal esta instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos; en tercer lugar debe responder de manera eficaz al principio de legalidad entre las que se debe comprender a la taxatividad; se debe atender a que se sancionan conductas no condiciones o personalidades (derecho penal de acto mas no derecho penal de autor) y finalmente efectuar el debido test de racionalidad y proporcionalidad.

Conforme al principio de legalidad es el Estado quien ejerce el poder punitivo siendo por medio de la función legislativa la vía por la cual se estatuyen las debidas tipificaciones que conllevaran la tutela de los bienes jurídicos de tal relevancia e importancia que merecen la protección del derecho penal, para ello se recurre a la descripción hipotética de las conductas delictivas.

Principio de Oportunidad

Para (Claus Roxin ,2000), el principio de oportunidad “autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayan en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”.

(Julio B.J. Maier, 2004) lo concibe como “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales”.

Para (Gimeno Sendra,1987) el principio de oportunidad consiste en una “facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.

Según el principio de oportunidad, es la respuesta lógica a las limitaciones que tiene el sistema penal y la administración de justicia penal, para dar soluciones adecuadas a todos los reclamos que son puestos en su conocimiento. Hay en verdad una falta de medios para cumplir con tales objetivos, y se pretende una mejor salida con aquello que destacado como un derecho penal (o sistema penal) de última ratio o de extrema ratio. A lo dicho agregamos razones de utilidad pública o interés social.

De acuerdo con la legislación alemana, se pueden acordar sobreseimientos con base a la escasa lesión social producida por la comisión de un delito y por ello la falta en el interés público de la persecución penal.

El principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar, según los casos previstos por la forma, el sobreseimiento por razones de oportunidad no persecución de asuntos de poca importancia, archivo del asunto en el caso de cumplimiento de determinadas condiciones, abstención de la persecución de hechos punibles accesorios no esenciales, etc., y ello a pesar de que su actuación está sujeta al principio de legalidad, ya que con la reforma de 9 de diciembre de 1974, Gran reforma del proceso penal, el Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, sin que sea posible el ejercicio de la acusación particular ni la acción popular, aunque la víctima podrá adherirse a la acción formulada por el MF. Ello produce una gran descongestión judicial, al eliminar, en gran medida, infracciones menores o faltas. En este país, el MF goza de tales potestades y funciones con base en una absoluta confianza jurídico-política en la institución, a pesar de que depende del Poder ejecutivo y está estructurado bajo los principios de unidad y jerarquía.

En Italia, para evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, se instauró el denominado ¨pateggiamento¨, recogido en el actual art.444 del CPPI (Códice de Procedura Penale) de 22 de septiembre de 1988, introducido por Ley de 24/11/1981, mediante el cual, si el imputado no reincidente lo solicitaba, al juez, previo acuerdo del Ministerio Fiscal podía aplicar alguna pena sustitutiva (semi-prisión, multa) a la de privación de libertad, extendiéndose con la nueva regulación a aquellos supuestos de criminalidad medio-graves, siendo aplicable por tanto, a la mayor parte de los procedimientos penales.

En los Estados Unidos de Norte América, ciertos Estados existe el denominado ¨pleabargaining¨, que se utiliza para evitar que jóvenes delincuentes se conviertan, tras su

estancia en prisión, en más peligrosos, por lo que el MF, tras recabar los oportunos dictámenes, puede llegar a solicitar el sobreseimiento, si bien de manera generalizada en aquel país, supone un proceso de negociación que conlleva discusiones entre la acusación y la defensa en orden a obtener un acuerdo por el cual el acusado se declarará culpable, evitando así la celebración del juicio, a cambio de una reducción en los cargos o de una recomendación por parte del propio MF.

En la actualidad, se encuentran a cargo del Asesor de Menores, quien resuelve si es que habrá mediación, aunque la aceptación y adhesión es voluntaria para quienes resulten víctimas y victimarios…que el mayor número de casos juveniles que reciben tienen que ver con daños a la propiedad y vandalismo por peleas, amenazas y en menor proporción problemas de familia y robos a comercios.

El Plea Bargaining, es una forma especial o alternativa de procedimiento procesal donde el denunciado pide al Juez, previo acuerdo con el denunciado, una reducción de hasta un tercio de la probable sanción, aceptando el hecho delictivo, siempre y cuando el delito sea de baja gravedad. Es una negociación a través de la cual el procesado puede negociar con el ofendido y con el Estado, es decir, con quienes están inmersos en el proceso penal por las imputaciones penales y la responsabilidad. El Plea Bargaining ayuda a que mediante el acuerdo del infractor y la víctima se resuelvan la mayor parte de los casos penales en delitos menos graves, como se manifiesta en la obra El Nuevo Proceso Penal (Sánchez Pablo, 2009).

1.1.3. Carácter subsidiario. –

Este asume al Derecho penal como una de las muchas formas en que se encarna el control social, el que atendida sus consecuencias tan gravosas para los ciudadanos se debe relegar a una última opción, dice relación con que exista real necesidad de imponer la pena. Su uso está condicionado al fracaso de los instrumentos formales e informales que pudieron precederle (sanciones civiles o administrativas). Así, por ejemplo, un despliegue comunicacional que ayude a reducir el racismo puede ser más útil que sancionarlo penalmente, incluso en el caso de ser vulnerado un ciudadano por otro en razón de su condición racial, deberá buscarse la imposición de una pena civil o administrativa que reduzca el daño o busque la reparación de la víctima. Agotadas tales instancias, recién podría pensarse en la alternativa punitiva para la solución de este conflicto.

La subsidiariedad del Derecho Penal es también un límite interno en el derecho penal por cuanto debe demostrar que es idóneo para tratar cierta problemática social o, visto desde el ángulo opuesto, debe demostrar que el resto de los instrumentos menos violentos resultan ineficaces en la prevención. … Sobre este punto debemos sincerar los problemas metodológicos que esto puede representar. Según explica MARIA OSANDON MIDOW, 24 "Resulta muy difícil determinar con certeza si otros medios más leves prometen o no un éxito suficiente, se trata de un juicio comparativo que en la mayoría de los casos no es más que un pronóstico".

Situación que obliga a concluir que el carácter fragmentario es más una directriz que un mandato vinculante al legislador. Finalmente, el carácter subsidiario tiene una asociación con la idea disuasiva. Se debe evitar de buenas a primeras su uso en aquellos problemas que puedan encontrar solución en otros rincones del control social porque, de lo contrario, se tornaría volátil el uso del derecho sancionador. Si es desmedida la expansión penal está el riesgo de su desprestigio, restringiendo su poder disuasivo y generando en la población una insensibilidad a su amenaza

1.1.4. Carácter fragmentario. -

Como hemos apuntado, en gran medida el carácter subsidiario del derecho penal estará dado por la valorización que hagamos del resto de los medios extrapenales y la suficiencia de ellos en la protección de los bienes jurídicos. Sin embargo, entendido solo de esta manera no se consigue completar la mínima intervención penal como límite al poder punitivo, dado lo cual, es necesario señalar cuáles ataques y qué bienes jurídicos justificarán su acción.

Por bienes jurídicos comprenderemos lo señalado por VON LIZT, quien los define como, "(…) aquel interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico". VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho penal, Tomo II, 4a edición. Reus, Madrid, 1999, p. 6. Estos intereses se supeditan a un contexto social e histórico determinado, y cuyo interés vital es preexistentes a su consagración, pues el ordenamiento jurídico no crea ese interés, lo reconoce creando el bien jurídico "KIERSZENBAUM, Mariano. El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas, Lecciones y Ensayos, nro. 86, p.189". Corolario de lo anterior es que, el Derecho

penal no protege todos los bienes jurídicos ni todos los ataques contra estos MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes. Op. Cit., p.65.

NÁQUIRA, Jaime. Op. Cit., p.22.26 manifiesta: Está reservado a los más esenciales para la convivencia48 y frente a las agresiones más peligrosas. Así, serán bienes jurídicos típicamente tutelados la vida, la integridad física, la indemnidad sexual, la libertad, entre otros. Se puede observar, por ejemplo, en la protección dada al patrimonio que, en la inmensa mayoría de los casos, no recibe una respuesta penal, resolviéndose más bien en sede Civil a través de las instituciones de cumplimiento forzado, resolución e indemnizaciones. De esta manera, aun cuando bien jurídico protegido, no está amparado por el uso del derecho penal, el que se guarda para las violaciones más graves, como puede ser el delito de estafa. Igual situación se da con la defensa de la propiedad. No todos los ataques contra ellas se sancionan punitivamente, solo las especialmente peligrosas, como puede ser, una apropiación violenta.

De este modo, se asegura también el respeto del principio de proporcionalidad, que quedaría seriamente vulnerado si una misma pena se aplicara, tanto a las más graves, como a las más leves modalidades de ataque a un bien jurídico. El principio de fragmentariedad es considerado modernamente como, "(…) signo distintivo del Estado de Derecho de la libertad" SILVA, Jesús-María. Aproximación al derecho penal contemporáneo, José María Bosch editor s.a., Barcelona, 1992, p. 290.

Sin embargo, BINDING, a quien se atribuye haber hablado por primera vez de dicha característica del Derecho penal PRITTWITZ. El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. En La insostenible situación del Derecho penal, Estudios de Derecho penal 15. Granada, 2000, p. 429., la consideraba un defecto a superar pues, al tipificarse por su virtud solo una parte de la conducta antijurídica, estima necesaria completar la protección penal en aquella parte de cada uno de los bienes jurídicos que no se encontrase cubierta por ésta Vid. ROXIN, Claus. Derecho Penal parte general, tomo I. Civitas, Madrid, 1997, p. 62.

De tal modo, afirmará: "Es un error el que determinadas modalidades de lesión del mismo no estén sancionadas". No obstante, si se sancionan todas las posibles formas de ataque a un bien jurídico, al ampliarse los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevante46, el ámbito

de lo punible crecería considerablemente, al punto que -como estudiaremos más adelante- el núcleo de lo criminal veríase significativamente mermado, y como afirmaba ROXIN: "(…) es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad".

En el capítulo siguiente estudiaremos la historia de la mínima intervención penal, retrotrayéndonos a su surgimiento en la época ilustrada, analizando el uso previo a este movimiento cultural de las consecuencias penales y la herencia legada por sus pensadores.

1.1.5. Elementos fundamentales del derecho en relación con la mínima intervención penal.

Se entiende por derecho penal a la rama del Derecho que se encarga de normar y concebir las capacidades punitivas, es decir, de castigo, que se reserva el Estado para aquellos que violentan las normas de convivencia o de conducta, siempre a partir de un principio de proporcionalidad y de imparcialidad.

El derecho penal comprende la creación y el estudio de las leyes penales, aquellas que contemplan justamente lo que es y lo que no es un delito, así como el acompañamiento y orientación de las decisiones judiciales en la materia. Pero no sólo eso, sino que también de los mecanismos con los que la sociedad se protege a sí misma y la filosofía que existe detrás del castigo y/o la reclusión.

Esta rama jurídica pertenece al Derecho positivo, o sea, al contemplado en ordenanzas, códigos y leyes escritas y adscritas por las personas. Los asuntos penales tienen que ver con la decisión de alejar por un tiempo a un individuo del resto de la sociedad, al considerarlo peligroso o incapaz de ajustarse a las reglas, o de brindarle un marco de rehabilitación para que lo haga. La Teoría del delito es creada por la Dogmática Alemana con el propósito de entregar seguridad jurídica para resolver un caso concreto y además establecer una pena justa y proporcionada.

Todo acto de interés para el derecho penal consta de los siguientes elementos:

- **Un delincuente.** A quien se acusa de haber quebrantado la ley y quien ha sido apresado por ello.

- **Un delito.** Una ruptura concreta de la ley atribuible a un delincuente y del cual haya pruebas, evidencias y versiones.

- **Una pena.** Un castigo o sanción proporcional a la gravedad del delito cometido e impartido por las fuerzas mismas del Estado.

- **Un juez.** Un ciudadano experto en leyes que supervisa el funcionamiento del juicio y dictamina finalmente la decisión tomada tras oír a las partes.

Es un sistema categorial por niveles que nos permite saber cuándo un determinado hecho (delito), le podemos asociar una pena:

Elementos:

1. Conducta (acciones y omisiones)

2. Tipicidad

3. Antijuricidad

4. Culpabilidad

5. Punibilidad

Dados estos elementos, de forma tal que la falta de uno anula el siguiente paso, podemos afirmar que estamos ante la presencia de un Delito. Esta teoría no se ocupa de los elementos o requisitos específicos de un delito en particular (homicidio, robo, violación, etc.), sino de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos los delitos.

1.1.6. El garantismo penal

Quizá nadie haya acuñado una expresión tan sencilla de expresar y de tan profunda comprensión como Ferrajoli, cuando definió a las garantías como “la ley del más débil”. Esta breve frase nos pone ante dos conceptos “cuál ley” y “quién es el más débil”. La ley a la que hace referencia Ferrajoli es aquella que Nino llamó un artificio inventado por el ser humano para evitar el dolor y combatir la injusticia o que Bobbio consideró como el único progreso moral en la historia moderna de la humanidad: los derechos humanos.91 Los derechos humanos los encontramos en múltiples instrumentos: la constitución, los convenios

internacionales, las sentencias de los jueces que han protegido derechos, las resoluciones de los organismos internacionales que protegen derechos, los acuerdos que hacen los estados a favor de las personas, y hasta en las convicciones de todos y cada uno de los seres que habitamos este planeta (si es que creemos que los derechos son anteriores o superiores al estado). No es cualquier ley entonces.

En primer lugar, la ley tiene por objeto la protección y realización de las personas y, en nuestro país, de la naturaleza. No son la "ley del más débil" aquellas que tratan de los bienes, de la propiedad, de los procedimientos, de las compras, de los movimientos financieros. Tampoco es "la ley del más débil" aquella que otorga potestades a favor del estado y que amplía su poder discrecional; de igual modo, tampoco es la ley que otorga facultades a los particulares para regular la conducta de los otros; en el primer caso estarían, por ejemplo, las leyes penales y en el segundo las facultades reglamentarias de una empresa. "El más débil" es aquella persona que está en situación de vulnerabilidad. Los derechos humanos son mecanismos para proteger al que sufre la injusticia, el daño ilegítimo, la violación de sus atributos. La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos.

En una relación laboral, el empresario tiene dinero, es dueño de las máquinas, es que el recibe el producto de las ventas y el que da trabajo; en este caso la persona débil es la trabajadora; esta es la que tiene derechos frente al patrón. En una relación de ciudadanía, el funcionario público es el que puede atender, despachar, negar, postergar un trámite a un ciudadano; el ciudadano es el débil de la relación. Es decir, en una relación humana el "más débil" es aquella persona que está peor situada y normalmente no tiene más poder que el derecho establecido en la Constitución. El más fuerte no necesita de los derechos ni del Derecho para hacerse oír, satisfacer necesidades o tomar decisiones. Lo único que tienen los más débiles muchas veces es solo derechos; no tienen vivienda, salud, familia, alimentación adecuada, dignidad... solo derechos, que no es poca cosa en una democracia constitucional.

En el ámbito penal, que es el que nos interesa en este libro, Ferrajoli ha ubicado con claridad quién es el más débil y sus circunstancias: cuando se está cometiendo el delito, la persona más débil es la víctima; 2. cuando se está deteniendo, investigando o procesando, la persona más débil es el sospechoso, el procesado o el acusado; 3. cuando se ha condenado, la persona más débil es quien cumple sentencia. En estas tres relaciones el más fuerte ejerce poder y el más débil está sometido. En el delito, el criminal usa la fuerza y la violencia; en el proceso,

la policía, el fiscal y los jueces pueden detener, privar preventivamente de la libertad y pueden acusar; en la condena, el estado tiene las cárceles o la vigilancia.

Frente a ellos, los más débiles tienen derechos. La víctima tiene derecho a que no le priven arbitrariamente de la libertad, la integridad o la vida; el procesado tiene derecho al debido proceso; el condenado tiene derecho a que sus derechos no sean vulnerados más de lo inevitable por una condena. Los más fuertes no necesitan de derechos, simplemente ejercen poder. En este punto conviene aclarar si las personas que no están en situación de vulnerabilidad, los que ejercen poder, tienen derechos. La respuesta es que sí tienen derechos y no podrían dejar de tenerlos. El punto a dilucidar es el ejercicio de esos derechos. Cuando el "macho" golpea a la mujer con la que vive, el patrón despide intempestivamente a su empleado, el burócrata niega una petición de información y el policía detiene a un individuo por andar en actitud sospechosa, no está ejerciendo derechos sino tomando decisiones de poder. "Ferrajoli, Derecho y razón..., p. 335.

Tampoco se le está violando derechos ni tampoco están siendo amenazados. En estas circunstancias, a quienes tienen poder y lo ejercen no se les está negando ni violentando derechos. En cambio, quienes están en situación de debilidad o vulnerabilidad, sí sufren las consecuencias de un acto que le provoca dolor o daño: golpe, despido, no información, detención. Teniendo los mismos derechos que quienes ejercen poder, a estos les están vulnerando sus derechos. Luego, a los "débiles" les corresponde ejercer los derechos.

¿Qué pasaría si el "macho", el patrón, el burócrata, el policía, cuando salen de su casa, de su empresa, de su trabajo, se quitan el uniforme, y salen por la vida, se encuentran con otro macho, con otro burócrata y con otro policía que ejerce su poder? Estos, ahora, están en situación de vulnerabilidad y por tanto tienen que ejercer sus derechos. Entonces, los derechos son para todas las personas y se ejercen cuando uno es el más débil. Todas las personas, en determinadas circunstancias, somos débiles y en otras ejercemos poder. Basta ver la cantidad de "máscaras" que tenemos en la vida y darnos cuenta de eso.

Los seres humanos no "somos" débiles. Si fuésemos débiles, como alguna vez se consideró por parte de las colonias europeas, entonces estaríamos biológicamente determinados a ser subordinados y al mundo no le quedaría otra que reconocer que hay seres humanos destinados a ejercer poder. Las personas peor ubicadas, que están en situación de

vulnerabilidad o debilidad, están ahí porque hay alguien que les oprime, subordina, discrimina y les pone en ese lugar. Los derechos son La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos una herramienta para dejar las condiciones de vulnerabilidad. Los derechos permiten el cambio de situación.

Ahora bien, nos toca responder la segunda parte de la pregunta de este título ¿para qué sirven las garantías? Hasta este momento hemos reconocido que hay personas en situación de debilidad o vulnerabilidad y otras que ejercen poder. También hemos dicho que quienes ejercen poder no están ejerciendo derechos, y que quienes están en situación de debilidad no les queda otra que ejercer los derechos. Cuando se ejercen derechos en contra de los más fuertes se deberían producir dos efectos, limitar y vincular.

Los derechos limitan al poder. Esto quiere decir que imponen obligaciones de no hacer. Los estados y los particulares con poder deben abstenerse de actuar. Por ejemplo, no se puede discriminar, no se puede establecer sanciones sin escuchar previamente al sancionado, no se puede despedir intempestivamente, no se puede detener sin motivo a las personas que caminan por las calles. Se violan las obligaciones de abstención cuando quien ejerce el poder "hace" algo que no debería o no está autorizado. Entonces, se respeta el derecho dejando que las personas ejerzan sus derechos sin interrumpir y se establecen prohibiciones que no puede romper a menos que se incurra en graves violaciones a los derechos fundamentales.

Los derechos vinculan al poder. Esto es, los derechos imponen obligaciones de hacer. Los estados y los particulares con poder deben actuar. Por ejemplo, deben capacitar profesores y construir escuelas, deben crear normas de procedimiento para sancionar, deben pagar cuando alguien ha cumplido su trabajo, lo deben detener si está cometiendo un delito. Se violan estas obligaciones de "prestación", cuando quien ejerce el poder no hace algo que debería hacer. Entonces, se promueve el derecho brindando las condiciones para que las personas puedan ejercer sus derechos que, sin la intervención del estado o de quien ostenta el poder, no se podrían ejecutar.

1.2. Los elementos constitutivos del delito de hurto en la legislación penal

1.2.1. Concepto del delito de Hurto. –

Hurto proviene del latín furtum, de fucare, y éste de fur, ladrón y fene, que significa llevarse algo, tomar para sí lo ajeno, sin violencia, ni amenazas.

Hurto es el delito que consiste en la sustracción de cosa ajena con ánimo de apropiarse, pero sin violencias ni amenazas. El Hurto es el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, sin fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas.

Entendemos por hurto a todo acto que represente la sustracción de algún elemento a una persona de manera ilegítima o sin su acuerdo o aceptación. El hurto es una forma de delincuencia, quizás menor, pero de todos modos significa la realización de un acto ilegal ya que implica obtener algo de un modo incorrecto o sin la aceptación de aquel a quien se le saca el objeto. Los hurtos pueden llevarse a cabo de maneras muy diferentes y variadas, aunque por lo general se trata de acciones que no requieren demasiada logística o preparación si no que son aprovechamientos sobre descuidos momentáneos que las víctimas tienen, obviamente, sin darse cuenta.

Antecedentes más relevantes sobre el delito de hurto (CLARO SOLER, 2008):

• Grecia. - El Hurto o “klople” se castigaba aplicando las leyes atenienses y las espartanas.

• Roma. - En el Derecho Romano el Hurto se conoce como figura ilícita autónoma, separada de las demás, como el abigeatus, peculatus, plagium, sacrilegium, stellionats, violtio sepulcri, y rapinna. El hombre libre que había cometido Hurto se convertía en esclavo o era lanzado desde una roca, acción que se denominaba “pra ecipitativa sazo”. Justiniano consideraba que para que exista Hurto debía haber substracción: “furtum sine contractation no fiat”.

• Egipto. - En Egipto se toleraba a los ladrones, por considerarse que era inevitable el cometimiento de hurtos, pero los ladrones debían rendir cuentas diarias de sus robos y restituir a los propietarios las tres cuartas partes y retener el resto. De esta manera, los dueños descuidados conservaban la mayor parte de lo sustraído.

• Corán. - Según el Corán se imponían sanciones fuertes a los autores de Hurto, ya que se les amputaba la mano derecha, en la primera vez y, en la segunda, se amputaba el pie izquierdo.

• Derecho Canónico. - El Derecho Canónico se apartó de la tradición romanística, ya que juzgaba primero el delito considerado más grave, que era el Hurto manifiesto, y después el Hurto no manifiesto.

• Edad Media. - En la edad Media, quien había cometido Hurto era sancionado con la amputación de la nariz o de las orejas y hasta con la horca.

• Siglo XVIII.- El Derecho Penal se humaniza y disminuye su rigor para sancionar el Hurto

El hurto en el Ecuador está sancionado en Artículo 196 del COIP: Hurto. - La persona que, sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodere ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Cada país y cada región poseen una legislación específica respecto al tema del hurto ya que dependiendo de cada lugar la pena y el castigo pueden ser diferentes. Esto tiene que ver con el hecho de que el hurto no siempre es considerado un delito tan grave como otros y por lo tanto no siempre se establecen penas o castigos que impliquen encarcelamiento. Además, es importante señalar que, si bien la mayoría de las veces los hurtos se realizan para aprovecharse del descuido de otro y obtener así algo ilegítimamente, en algunos casos los hurtos tienen que ver con razones de fuerza mayor, como por ejemplo cuando una persona no tiene acceso a los víveres más básicos y necesita obtenerlos de un modo tal. Mientras que esto no sirve como justificación, es claro que la causal del acto no es igual en todos los casos o en comparación con otros delitos.

Los hurtos pueden muchas veces estar acompañados de otros actos delictivos de mayor gravedad, como violencia, uso de armas, tortura, etc. Todos estos actos sin duda alguna agravan la pena a aplicar a aquel que los cometa ya que suponen poner en peligro la vida de otras personas de manera más evidente

1.2.2. El bien jurídico protegido. -

El bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad, aunque la cuestión no es tan clara, motivo por el cual merece que sea aclarada. En principio sólo se protege, en este caso, la propiedad sobre cosas muebles, aunque vale aclarar que ello no significa que, como consecuencia del apoderamiento, el derecho quede destruido, puesto que mientras la cosa exista, la propiedad se mantiene incólume. De manera que no es tan cierto que sea la propiedad el bien jurídico protegido (CASTILLO, 2004).

Según parte de la doctrina, las que se ven afectadas por este delito son las facultades que otorga el derecho de propiedad sobre la cosa al titular de la misma; en definitiva, el poder de señorío que la propiedad conlleva. Pero esta apreciación no es cierta, porque también se protege al ladrón y a quien no es propietario.

Señala Frías Caballero que el delito de hurto vulnera un vínculo de poder efectivo, fáctico, positivo y real, que liga a las personas con las cosas que tienen consigo. Este vínculo se extiende no sólo a las cosas con las que la persona se halla en inmediato contacto, sino a las que se hallan dentro de la llamada esfera de custodia o de vigilancia, o dentro de la esfera de actividad patrimonial, e incluso a las que están expuestas a la fe pública, en tanto ostenten de algún modo, por el lugar, por la índole del objeto o por la forma en que se hallan, signos manifiestos del señorío físico de alguien y que no son, por consiguiente, cosas perdidas. Por lo tanto, el objeto específico de la tutela consiste en mantener incólume, al margen de la arbitraria intervención de terceros, ese vínculo fáctico de poder que efectivamente liga a la persona con la cosa y que se manifiesta en la posibilidad real de disponer materialmente de ella.

Núñez afirma que lo genéricamente ofendido por el delito de hurto es la propiedad, pero no en el sentido de propiedad o dominio como derecho real, sino como patrimonio, a cuyo contenido corresponde la tenencia de las cosas muebles, que dentro del género propiedad es lo específicamente ofendido.

La discusión está en si esta tenencia corresponde a un concepto civil o es un vínculo especial del Derecho Penal. Para Núñez, en su Tratado, es sólo la tenencia en sentido civil. La cosa la tiene quien la mantiene corporalmente bajo su poder, dice Núñez, o, en otros términos, quien tiene su relación corporal autónoma.

Pero lo realmente importante, en este tema, es que en el hurto se protege el poder, el dominio, la relación de hecho entre la persona y la cosa, como poder autónomo sobre el objeto. Otro problema que se ha planteado en relación con la protección de la propiedad es el del tratamiento penal de la apropiación de cosas corporales que tienen un valor económico que trasciende al de su mera materialidad, como ocurre con los documentos comerciales y con los billetes de lotería, entre otros casos. En estos supuestos se trata de documentos que carecen de valor pecuniario en lo que respecta a su materialidad (MERA J. , 2014).

1.2.3. La cuantía como elemento objetivo del delito de hurto. –

Como señala Rojas (2017): El injusto penal debe tener el desvalor de acción como desvalor del resultado, es decir que el principio de lesividad no funciona bajo la fase fija del pronóstico legal sino en la veracidad de la valoración judicial de la conducta punible (p. 98).

Cuando en la realización de un delito por los agentes activos se causan en las víctimas una lesión o puesta en peligro de su patrimonio ¿Qué pasa si su patrimonio hurtado es un bien mueble insignificante, pero ocurren las circunstancias del delito de hurto agravado? ¿Cuál de las penas sería aplicable? ¿La pena del delito de hurto agravado o las sanciones de las faltas contra el patrimonio? El resultado sería la atipicidad parcial, en tanto para la configuración del tipo penal de hurto agravado es necesario la verificación de la ocurrencia de todos los elementos del tipo base, así como la cuantía del bien objeto de delito, y si ello no se da, debe darse la absolución del sujeto activo.

En el principio de lesividad se prescinde de la referencia a la peligrosidad o al peligro concreto y se castiga una conducta por su peligrosidad abstracta o general, sin serlo en el caso concreto, se vulnera, la exigencia de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuricidad material. (Rodríguez, 2009, p. 247)

La Cuantía Como Elemento Objetivo para la Tipificación del Delito de Hurto es de trascendencia por sus consecuencias tanto a nivel de legitimación racional de la normativa penal como de sus derivaciones prácticas. El derecho penal contemporáneo trabaja con una serie de principios que racionalizan sus cometidos. Uno de ellos es el de lesividad y por contraparte el de insignificancia, en virtud de los cuales las acciones y omisiones delictivas deben reunir la suficiente trascendencia agresiva al bien jurídico tutelado.

En este entendido resulta por demás exagerado que todo hurto agravado que conserva las características típicas del hurto simple tenga que igualmente alcanzar las escalas punitivas establecidas, con total inobservancia de la valoración del objeto material del delito. Plantear la reformulación de los tipos penales de hurto agravado, estafa, defraudaciones y apropiaciones ilícitas, en el sentido de establecer cuantías, implica ciertamente enfatizar focalizadamente el desvalor del resultado del injusto penal, pero esta orientación político criminal resulta más aceptable que aquella otra del desvalor de acción que orienta al código penal.

1.2.4. Tipo objetivo. –

Empezaremos indicando que es la Tipicidad manifestando que es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.

Elementos Objetivos. - Son elementos puros de tipicidad de los que se vale la ley para describir tipicidad de los que se vale la ley para describir las conductas. Verbo rector El delito es una acción determinada y expresada gramaticalmente por un verbo en cualquiera de sus formas por un verbo en cualquiera de sus formas.

Circunstancias. - La fórmula legal generalmente se sitúa al verbo rector dentro de un cúmulo de circunstancias (tiempo, medios, modalidades, móviles...)

1.2.4.1. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo

A) los sujetos:

Sujeto Activo. - Requisitos que debe reunir en el momento que ejecuta la conducta delictiva.

Sujeto Pasivo. -Es la persona titular del bien jurídico protegido, puesto en peligro o lesionado.

Sujeto Pasivo del delito. - titular del Bien Jurídico Tutelado

Sujeto pasivo de la acción. - persona en quien recae de manera directa la acción delictiva

Clasificación de delitos en función al Sujeto Activo:

Delitos de Dominio. - Son aquellos cometidos por cualquier persona.

Delitos de Infracción de deber. - Se demanda a los sujetos una determinada calidad que consiste en sujetos una determinada cualidad que consiste en una posición de deber especial extrapenal.

Delitos especiales o de infracción de deber impropios. - cuando la lesión del deber especial sólo determina la agravación de la punibilidad.

Delitos de propia mano. - reside en que el tipo exige la ejecución personal o corporal del sujeto que se encuentre de manera inmediata a realizarlo, excluyéndose a otros.

Delitos Mono subjetivos. - el tipo penal sólo puede ser realizado por un sólo agente en calidad de autor

Delitos Plurisubjetivos. - el tipo exige la concurrencia de dos o más autores para la ejecución de la conducta delictiva.

D. de convergencia

D. de convergencia

D. de encuentro.

B) la conducta:

La conducta delictiva se vale siempre de un verbo rector, que es términos gramaticales, el centro en el que gira y se define la misma.

Clasificación de delitos:

En función al verbo rector:

- Delitos Simples
- Delitos compuestos

En función al grado de relación entre la acción y el objeto de la acción:

- Delitos de mera actividad. -
- Delitos de resultado. -
- Delitos Instantáneo
- Delitos permanentes
- Delitos de estado

En función a la intensidad del ataque al bien jurídico:

- Delitos de lesión. -
- Delitos de Peligro. -

D. Peligro Abstracto

D. Peligro Concreto

En función al número de Bienes Jurídicos afectados:

- Delitos mono ofensivos. -
- Delitos pluriofensivos-

En función al medio delictivo empleado:

- Delitos de medios determinados. -
- Delitos de medios alternativos. –

1.2.5. Tipo subjetivo. –

En la acción se dan elementos exteriores (objetivos) y elementos subjetivos que como tales transcurren en la conciencia del autor. Este aspecto subjetivo constituye lo que llamamos "tipo subjetivo".

El elemento más importante del tipo subjetivo es el dolo.

Ocasionalmente el tipo subjetivo contiene, además del dolo especiales elementos subjetivos de la autoría (llamados también elementos subjetivos de lo injusto o de la tipicidad). En algunos casos se encontrarán también especiales elementos del ánimo

A) el dolo.

El elemento principal del tipo subjetivo es el dolo, como lo hemos dicho. El dolo es el conocimiento y voluntad de la realización del conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo. Obra con dolo, en consecuencia, el que sabe lo que hace y hace lo que quiere.

El autor tiene que saber para ello que realiza un hecho y qué hecho realiza. Por lo tanto, los Elementos del dolo son el conocimiento de los elementos del dolo son el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realización. El primer elemento es llamado también elemento cognitivo, mientras el segundo es designado a veces como elemento Volitivo.

1.2.6. Antijuricidad. –

En el mundo penal tenemos que establecer que el fenómeno llamado delito o infracción penal tiene que ser inexorablemente sancionado a quien lo transgrede e inexorablemente a través de un debido proceso constitucional y la norma penal y su procedimiento recopilado en el Código Orgánico Integral Penal, así como también debe ponerse sobre relieve si ha cumplido con las características y elementos necesarios para su ejecución o condena penal como son el establecimiento de una conducta típica, antijurídica y culpable como también se debe analizar si existe causas de justificación o causas de exclusión de antijuricidad, que es el tema al cual nos vamos a referir a continuación:

Antijuridicidad es pues, como conocimiento general en Derecho penal, uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración del tipo penal o delito y se le define como aquel desvalor o desaprobación que posee un hecho dañoso o acto típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, se reprueba su accionar por estar contrario a las normas, las buenas costumbres y la sociedad, anteriormente y hoy en día de conformidad con el Código Orgánico Integral Penal constituye uno de los elementos constitutivos de la infracción penal y en definitiva es un requisito indispensable posterior a una conducta típica y previo definitivamente a la culpabilidad.

En esta categoría dogmática de la antijuricidad estamos en la obligación jurídica de realizar el siguiente análisis en el campo penal. -

En cuanto a la antijuricidad formal (desvalor de la acción) y la antijuricidad material desvalor de resultado) debemos tomar siempre en consideración el acto o conducta típica en materia

penal, así tenemos que para materializar efectivamente la culpabilidad de un tipo penal el procesado al no haber demostrado encontrarse beneficiado por ninguna causal de justificación (desvalor de la acción) como son el estado de necesidad o legítima defensa legalmente justificada y en igual forma al no haber probado que se ha actuado en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente, de conformidad con el caso que se exponga (diferentes tipos penales) y al haberse vulnerado el bien jurídico que la ley pretendió proteger, se configuran los presupuestos de esta categoría dogmática de la antijuricidad y en consecuencia siendo un elemento imprescindible en la infracción penal habría que analizar la culpabilidad como último elemento del delito o más bien la infracción penal en su total responsabilidad del tipo penal como juicio de reproche.-

Para Eugenio Zaffaroni, la antijuridicidad no surge del derecho penal sino de todo el orden jurídico, porque la anti normatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho. El libro primero del Código Orgánico Integral Penal de la Infracción Penal en su Art. 18 nos habla de la Infracción Penal y textualmente dice: Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.

El Art. 22 de COIP señala: Conductas penalmente relevantes. – Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

En el caso, con respecto al tema, y, vale hacer énfasis, quien actué bajo las causas de exclusión de la antijuricidad señaladas en el Art. 30 del COIP se eximen de responsabilidad o más bien dicho carece de una conducta penalmente relevante, ya que le otorga libre acceso jurídicamente hablando a cometer un acto típico que tiene que ser justificado y que al actuar bajo causa de justificación le libera de culpabilidad. -

En la sección Segunda tenemos el Art. 29 del COIP que nos dice textualmente: Antijuricidad. - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este código. Aquí cabe, hacer una reflexión a manera de ratificación en el sentido de que se indica claramente deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, es decir, no han existido causas de justificación o causas de exclusión de antijuricidad, por lo tanto, el procesado de probarse y comprobarse los hechos al cometer

infracción penal ha puesto de relieve una conducta típica ya que SIN JUSTA CAUSA ha lesionado o amenazado un bien jurídico protegido, en consecuencia su conducta sería antijurídica y culpable.

Es importante mencionar que los tipos penales como indica el COIP describen los elementos de las conductas penalmente relevantes, es decir, aquellas acciones imputables que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables. Determinantes Subjetivos de la Antijuricidad Como bien indicamos anteriormente la determinación de la antijuridicidad y de las causas de justificación ya nombradas toman en cuenta las actitudes subjetivas y/o conducta del hechor en el intercriminis (con el resultado de que el hombre que, por ejemplo, actúa sin saber que tenía derecho a cometer la acción típica en las circunstancias del caso, comete una acción antijurídica), es decir, una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación, y, si interviene será causa de exclusión de la antijuricidad.

El jurista Edgardo Alberto Donna, al referirse a la teoría de la antijuridicidad indica que la tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio o elemento de antijuridicidad, porque aquélla señala la posibilidad que ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Aquello demuestra en que de ratificarse que no existe causa alguna de justificación o exclusión de antijuricidad por parte del agente del delito, su conducta se subsume a que lesiono y amenazo un bien jurídico protegido del tipo penal que se procesa y de ahí su responsabilidad penal que se subsume a la culpabilidad y que en consecuencia lo hace penalmente relevante. -

Por principio universal y ante la humanidad misma ningún delito o tipo penal puede quedar en la impunidad, porque este sería el cáncer que va agravándose día a día en la situación de la estabilidad de la sociedad misma frente a las circunstancias del delincuente, pero debemos analizar profundamente los hechos y el intercriminis, pues si la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa o en cumplimiento de una orden legítima o deber legal, el agente haya cometido infracción penal si prueba que existieron causas de justificación o exclusión de la ANTIJURICIDAD, le exime de culpabilidad.

He ahí que el éxito de un juicio penal radica en una investigación seria y veraz, en donde el (la) fiscal sin dilaciones y con profundo conocimiento de la cuestión procesal realice las

pruebas concordantes y suficientes al esclarecimiento de los hechos con la intervención inmediata de peritos en la materia que el fiscal requiera a efectos de probar de ser el caso que la prueba y los elementos de prueba tiene un NEXO CAUSAL entre la infracción y los procesados basados en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos en el juicio a través como indicó en medios de prueba y nunca en presunciones, en el caso, es importante ratificarse en lo expuesto, puesto que no se puede absolver a un delincuente peor aún condenar a un inocente, digo esto cuando ha existido de por medio alguna acusa de justificación o exclusión de antijuricidad que pueda no ser bien investigada, para que su veredicto a más de ser justo se encuentre enmarcado bajo los cánones de la Ley y el Derecho.

1.3. La conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y sus consecuencias jurídicas.

1.3.1. Definición legal y criterios doctrinarios de conciliación. –

Las alternativas de los distintos sistemas penales a nivel mundial dan una perspectiva de la utilización de opciones como medios para solucionar el conflicto penal y así mismo según el sistema van variando las opciones de viabilizar una solución rápida y efectiva que a través de la mediación o conciliación terminan por una reparación acordada, es decir un acuerdo reparatorio. La Conciliación es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, por el cual las personas se valen de la intervención de un tercero para que los asista en la solución a un conflicto.

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: “. 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”. Son muchos los fundamentos que han justificado recurrir a la conciliación para dirimir también los conflictos penales. En efecto, la búsqueda de soluciones alternativas y diferentes a la justicia formal ha sido y sigue siendo muy frecuente, por múltiples razones.

Se ha justificado recurrir a mecanismos informales para solucionar los diferendos, como la conciliación, porque son más simples, más rápidos, más efectivos, en muchos casos más baratos, directos, e incluso más transparentes que la justicia formal y tradicional, en virtud de la desconfianza generada por los órganos de justicia oficiales, en muchas ocasiones con un alto índice de corrupción, procedimientos formalistas lleno de trámites que congestionan la administración de justicia, donde en el mejor de los casos importa más la "solución jurídica" que la solución real del problema, donde las partes no tienen espacio, porque los abogados y los funcionarios (jueces, fiscales, policías, secretarios, auxiliares, etc.) han asumido el problema con el fin de aplicar la ley, sin importar lo que piensan y desean los sujetos involucrados en el conflicto, según los procedimientos formalmente establecidos. En el fondo, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes.

Así mismo, la conciliación en materia penal se presenta como un mecanismo de justicia restaurativa, y persigue que las partes afectadas por la comisión de un delito solucionen el problema originado con el crimen a través de un acuerdo conciliatorio. La conciliación es un sistema de solución de controversias tan antiguo para la humanidad, como lo es el conflicto, ya que desde sus orígenes el hombre ha tenido desacuerdos con sus semejantes, pero como ser social ha trascendido del conflicto, y ha buscado solución a él de forma voluntaria y directa entre las partes en pugna, mediante la intervención de terceros neutrales, a los cuales podemos denominar conciliadores.

Esta concepción de conflicto – conciliación es intrínseca y característica de cualquier forma moderna procesal o extraprocesal de solución de conflictos. La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el Estado moderno, debe entenderse como "una institución en virtud de la cual se persigue un interés público. La importancia del tema propuesto en esta investigación radica en que la conciliación procesal como herramienta de administrar justicia en el sistema acusatorio, va tener un protagonismo fundamental en la solución del conflicto penal que surge con la comisión de un delito de poca gravedad o querellable, por lo cual esta investigación es en primer lugar necesaria al comprobar si la conciliación ha realizado aportes significativos, en el ámbito procedimental, y en segundo lugar es útil al establecer qué ventajas ofrece a las partes acudir a esta nueva

figura del derecho penal, en la medida que posea carácter restaurador y garantice el acceso a la justicia, por lo cual se aporta al conocimiento en el área del derecho penal y procesal, herramientas no solo de conocimiento sino de utilidad práctica para las partes involucradas en un conflicto, abogados y operadores judiciales, que decidan acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos en el marco del sistema penal acusatorio.

Independientemente a la sanción penal o pena privativa de libertad que se imponga a un sujeto, al que luego del proceso correspondiente, se le ha encontrado culpable del cometimiento de una infracción, la victima u ofendido de esa infracción busca siempre se le restituya económicamente por el daño sufrido. Si bien es cierto, no existe valor económico que repare la pérdida de un ser querido o el repare el trauma psicológico inferido a la víctima de un delito. Como en el caso de violación o de desaparición forzosa, en todos los casos, la indemnización a la víctima u ofendido, propende restablecer las condiciones o reparar en lo posible el daño emergente y en pocos casos, en especial en los que se trata de desapariciones forzosas debidamente probadas judicialmente, se repara a los ofendidos, en el lucro cesante, en estos casos o en la mayoría de ellos debe intervenir para dicha reparación la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin perjuicio del arreglo extrajudicial entre las partes.

Esta disposición no ha migrado de la ley procesal anterior, sin embargo, los acuerdos reparatorios en los procesos penales, aún se encuentran en aplicación, toda vez que, por la disposición transitoria primera prevista en el Código Orgánico Integral Penal, se establece que, los procesos que antes de la vigencia de este Código se seguirán sustanciando conforme al Código de Procedimiento Penal, en el que se encontraba dispuesto la aplicación de los acuerdos reparatorios, en el Código Orgánico Integral Penal, este mecanismo ha sido sustituido por la conciliación, por lo que, no se encuentra vigente su aplicación como tal, en la nueva normativa procesal penal.

Los acuerdos de reparación propenden la restauración del derecho o perjuicio inferido en contra de la víctima u ofendido, consecuentemente se aplica con este medio la justicia restaurativa, en los procesos penales, por lo que una vez suscrita el acta entre las partes procesales y cumplida la condición si esta fuere condicional, el Juez de derecho dictará la extinción de la acción penal en el caso concreto.

El objetivo fundamental para dar solución a la problemática planteada consiste en determinar si la conciliación pre procesal en el sistema acusatorio, ha realizado aportes novedosos al derecho procesal penal. Como objetivos específicos se plantea en primer lugar conocer el concepto de conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en segundo lugar estudiar el antecedente inmediato de la conciliación pre procesal, en tercer lugar analizar la conciliación en el marco del sistema penal acusatorio, para finalmente establecer si las características de esta figura, constituyen aportes importantes para el derecho procesal penal, en la medida que puede contribuir a la implementación de un nuevo esquema de justicia de tipo restaurativo y a garantizar el tradicional principio de derecho procesal de acceso a la justicia. La presente investigación posee como hipótesis: La conciliación pre procesal en el sistema penal acusatorio, generó importantes aportes al derecho penal, al implementar la justicia restaurativa y garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Las Naciones Unidas en su resolución A/RES/53/243de 1999-A del texto (documento A/53/L.79), titulado declaración sobre una cultura de paz expresaría su profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo cuyo principal objetivo es que los gobiernos las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones para promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio.

“La cultura de la paz vista desde el proceso de democratización nos lleva a buscar la racionalización de la sociedad en la participación de la toma de las decisiones y que éstas se vean reflejadas en las aspiraciones de los individuos, buscando más y mejores satisfacciones que le proporcionen una mejor calidad de vida, alcanzando un cierto grado de civilización para asegurar en sus ciudadanos el máximo de libertad, ideal de una organización constituida para su realización plena”. (Cabrera, 2014, pág. 91)

Para Weber, cuando habla de racionalismo nos dice que “es la teoría del conocimiento y de la ciencia según la cual no es la experiencia sensible sino el entendimiento el mejor camino para llegar al conocimiento según el racionalismo la ratio, es decir, el pensamiento basado en la razón.” (Weber, 2010, pág. 179)

El ser humano es racional cuando está en condiciones de valorar sus propios actos, buscando un equilibrio entre sus pretensiones y las de los demás, tratando de hacerlos compatibles con

la finalidad de generar confianza entre las partes que conviven y generar un ambiente donde su actitud sea el orden, y éste el eje primordial donde se desarrollen sus actividades, encontrando en la convivencia pacífica y organizada y se obtenga un mínimo de bienestar.

La razón de la libertad es que debe de estar garantizada para los individuos Stuart Mill habla "de un interés individual y un interés colectivo y establece la humanidad está justificada individual y colectivamente para interferir en la libertad de acción de cualquiera sólo con el fin de protegerse razón por la cual el único objeto por el que legítimamente se puede ejercer un poder sobre cualquier miembro de una comunidad civil contra su voluntad es para evitar daño a los demás". (Stuart Mill, 2012, pág. 72)

El derecho penal es la forma más directa en que el estado se manifiesta, buscando conseguir un orden, es un elemento que tiene a su disposición el gobierno para generar algunos límites liberales del derecho, con la promesa de ir tras la verdad con un procedimiento donde el Estado manifiesta su imperio de la ley y con base en su poder coercitivo que han generado por un lado muchos abusos y por el otro muchos excesos donde el ser humano es el menor importante y la relevancia de la pena su mayor justificación.

El estado es el único que utiliza las penas como un medio de control social legítimo instrumento de control que debe ser aplicado a un sujeto que Cometa una falta en forma proporcional y legal se pretende solucionar acudiendo al derecho penal de esta manera se Sigue pensando en el hecho de que el endurecimiento de las penas y en general el rigorismo punitivo pueda ser la solución de todos los problemas de la sociedad al incrementar la función del derecho punitivo pero su eficacia dista mucho de ser cuando Se acude a este derecho pretendiendo soluciones mágicas.

"Las leyes penales no sólo deben Buscar su aplicación práctica sino como un elemento de apoyo para la prevención de la conducta de la sociedad que no acepta los principios morales ni algún otro el surgimiento del derecho penal es la respuesta a la necesidad de regular el comportamiento humano controlando sus acciones y protegiendo a la sociedad de algunas malas conductas que son contrarias a su convivencia armónica." (AMUCHATEGUI REQUENA, 2005, pág. 3)

"La mediación penal Busca generar acciones vinculadas a la realidad social Pero también como lo establece Hilde Kaufmann factores con la formación paulatina de una ciencia

jurídica y preparar nuevas generaciones de juristas cuyo pensamiento sea humanista pues no vas a preparar más y mejor a Los profesionales del Derecho sino prepararlos para que vean al infractor penal como un ser humano que tengan una visión con una estimación diferente." (kaufmann, 1979, pág. 339)

La actitud de respeto es una manifestación de lealtad pues origina una obligación de obedecer un reconocimiento de la autoridad en la cultura de la paz la mediación como un medio alternativo Siempre será de suma importancia Pues siempre será mejor un acuerdo entre las partes que un litigio largo prolongado y costoso pues es siempre mucho más satisfactorio que las partes se pongan de acuerdo que una sentencia que satisface solo a uno y se entiende que es el que gana por eso la mediación es esencial en todas las sociedades evolucionadas Y civilizadas pues la gente tiende a participar en la resolución de sus propios conflictos al no abandonar los en manos de un tercero como es el juez el ser humano desde que se levanta y empieza a interactuar se encuentra con situaciones que no son muy agradables y esos desencuentros que tenemos con nuestros compañeros de trabajo con nuestros familiares con cualquier gente que al igual que nosotros realizan sus actividades cuando los vemos desde el punto de vista negativo lo primero que nos hacen es estresarnos y generar un adversas relación y eso al final y hace que se generan los conflictos por malos entendidos o por la diferente forma de ver estos hechos.

"La lógica la encontramos en que un orden jurídico contiene la pretensión de que va a ser respetado por todos los ciudadanos deben obedecer el derecho y orientar su conducta hacia aquellas acciones que por un lado vienen prescritas en los textos normativos y por otro que su cumplimiento depende del que habrá de satisfacer las necesidades de los grupos sociales y de reconocer voluntariamente aquello que estamos obligados a hacer por el estado partiendo de que su legitimidad depende de la aprobación y el consenso de todos." (Werner, 2008, pág. 65)

Esta declaración establece que una cultura de paz es un conjunto de valores actitudes tradiciones y modos de comportamiento y formas de vida. El Dr. Julio Cabrera Dircio indica: "la postura de los organismos internacionales va ligada a encontrar una sociedad donde la cultura de la paz sea la que vaya generando un orden y éste se vea reflejado en las aspiraciones del ser humano tendientes a buscar un ambiente agradable para su subsistencia donde sea suma responsablemente sus derechos pero también sus obligaciones en la

formación de un futuro donde el ciudadano sea el generador de una vida sin violencia para las generaciones futuras" (2014, pág. 85)

Es decir ha nivel nacional e internacional existe en la ciudadanía una necesidad de asegurar una convivencia pacifica, de respeto, en donde no exista violencia y lo que es mas los derechos vayan conjuntamente con las obligaciones de esta manera asegurar una mejor sociedad para las generaciones venideras en la cual los conflictos sean solucionados mediante el dialogo y la reparación

Para Rawls "la autonomía racional de los ciudadanos se modela Mediante los aspectos estructurales de esta manera en una sociedad bien ordenada en su vida pública son quienes gozan de una plena autonomía y ésta se ve reflejada cuando no sólo cumplen con los principios de Justicia entendiendo que para ellos en su interactuar son justos que son guiados por el sentido efectivo de la justicia en la protección en los derechos y libertades básicos" (2003, pág. 91).

Las salidas alternativas al procedimiento tradicional, tienen como una de las finalidades principales la solución reparadora. En el proceso penal ecuatoriano, sería positivo que la conciliación como método alternativo del conflicto penal no solo sea aplicable antes o al inicio del proceso, sino también en las otras etapas, inclusive en el juicio, y también en el cobro de la reparación integral después de la imposición de la pena.

Además, el conciliador debe ser realmente un tercero imparcial. El Fiscal o el Juez no pueden apartarse de sus funciones, porque convertirle al Fiscal en un tercero imparcial, es una indebida ampliación de sus atribuciones determinadas con absoluta precisión en la Constitución de la República y en el COIP; su posición es la de investigador de un hecho presumiblemente delictivo, de identificar a las personas vinculadas al mismo y de acusador si hubiere fundamento, por tanto no es jurídico que el mismo sea el conciliador, más aún que se desnaturalizaría la conciliación. Sin embargo, es destacable que nuestra legislación penal adjetiva acepte una medida alternativa de solución de ciertos conflictos penales, para los cuales no es necesario el juicio ni la sentencia condenatoria, aunque si debe existir como presupuestos básicos: el hecho, el daño al bien jurídico, la intervención de una o más personas en ese hecho, la voluntad de ellas para conciliar, y el acatamiento de las reglas consignadas en el artículo 662 del Código Orgánico Integral.

Finalmente, conviene destacar que con la incorporación de la conciliación en el área penal se humaniza el tratamiento de conflictos sociales que generan algunos delitos, pero es preciso que se introduzcan reformas para mayor claridad y efectividad de ese mecanismo. Dentro del proceso penal encontramos que la conciliación no se la aplica en las etapas de juicio e impugnación, etapas en las cuales en aplicación de la justicia restaurativa sería necesaria su aplicación en beneficio de la víctima

En vista de que la conciliación se la aplica en el proceso penal hasta la etapa evaluatoria o preparatoria de juicio, no se puede aplicar en base al principio de legalidad los medios alternativos de solución de conflictos. Sin aplicarse la justicia restaurativa, perjudicando de esta forma a la víctima que busca hasta el último momento la reparación del daño sufrido y así satisfacer la parte psicológica y económica afectada.

1.3.2. Características y naturaleza jurídica. –

Los denominados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, son procesos que guardan una característica y lógica diferente a la del proceso judicial, son herramientas que facilitan el tratamiento de conflictos para reformar y mejorar nuestros sistemas de tutela jurídica, adecuándose a las características que éstos poseen, son un sistema en sí mismo que pueden actuar complementariamente con la justicia. Mazzini Torres Olga Marlene (2013). La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

Entre las razones para adoptar la conciliación pueden invocarse:

• La incapacidad del Poder Judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos. En algunos casos “la verdad legal” dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto.

• La onerosidad de lo que significa llevar un proceso por la vía judicial.

• La demora con la cual normalmente son resueltos los casos por el Poder Judicial.

• La impredecibilidad del fallo genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan la solución a un conflicto. Esto se debe no sólo a los serios problemas de corrupción que

podemos encontrar en el sistema judicial sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes

• La existencia de una pluralidad cultural al interior del territorio nacional, que lleva a la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, que corresponden a los valores, intereses, usos y costumbres de los distintos grupos culturales que existen. La conciliación en general es entendida a las circunstancias externas de una prestación de reparaciones materiales o inmateriales, donde el conflicto solo se entiende con un trasfondo de reparación económica.

La conciliación que plantea que el nuevo sistema procesal de tendencia acusatoria, es una conciliación como mecanismo de justicia restaurativa. La conciliación en sentido, conlleva una idea de reconciliación, porque se trata de una amplia reconstrucción de la paz social, o en su caso, del apaciguamiento del conflicto generado por el delito. La conciliación que solo busca una reparación es básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo; colocando en lo posible los hechos en la posición que tenía antes de comenzar el delito (sustitución del statu quo ante; reparación in natura) pero esto es, en ocasiones, imposible. Por ello en numerosas oportunidades, sólo se trata de sustitutos de la reparación, de los cuales el más conocido es la compensación por resarcimiento económico del daño (indemnización). Existen, sin embargo, otros sustitutos, más alejados del concepto originario. A la víctima y al agente, inclusive, puede convenirles que la satisfacción de su interés se cumpla mediante una prestación del todo alejada del daño original. Importante es el acuerdo compensatorio y la inteligencia de ambos, víctima y victimario, de que así satisfacen en su justa medida el interés del dañado”

1.3.3. Requisitos y aplicabilidad. –

Las salidas alternativas al procedimiento tradicional, tienen como una de las finalidades principales la solución reparadora. En el proceso penal ecuatoriano, sería positivo que la conciliación como método alternativo del conflicto penal no solo sea aplicable antes o al inicio del proceso, sino también en las otras etapas, inclusive en el juicio, y también en el cobro de la reparación integral después de la imposición de la pena.

Además, el conciliador debe ser realmente un tercero imparcial. El Fiscal o el Juez no pueden apartarse de sus funciones, porque convertirle al Fiscal en un tercero imparcial, es

una indebida ampliación de sus atribuciones determinadas con absoluta precisión en la Constitución de la República y en el COIP; su posición es la de investigador de un hecho presumiblemente delictivo, de identificar a las personas vinculadas al mismo y de acusador si hubiere fundamento, por tanto no es jurídico que el mismo sea el conciliador, más aún que se desnaturalizaría la conciliación. Sin embargo, es destacable que nuestra legislación penal adjetiva acepte una medida alternativa de solución de ciertos conflictos penales, para los cuales no es necesario el juicio ni la sentencia condenatoria, aunque si debe existir como presupuestos básicos: el hecho, el daño al bien jurídico, la intervención de una o más personas en ese hecho, la voluntad de ellas para conciliar, y el acatamiento de las reglas consignadas en el artículo 662 del Código Orgánico Integral.

Finalmente, conviene destacar que con la incorporación de la conciliación en el área penal se humaniza el tratamiento de conflictos sociales que generan algunos delitos, pero es preciso que se introduzcan reformas para mayor claridad y efectividad de ese mecanismo.

Dentro del proceso penal encontramos que la conciliación no se la aplica en las etapas de juicio e impugnación, etapas en las cuales en aplicación de la justicia restaurativa sería necesaria su aplicación en beneficio de la víctima

En vista de que la conciliación se la aplica el proceso penal hasta la etapa evaluatoria o preparatoria de juicio, no se puede aplicar en base al principio de legalidad los medios alternativos de solución de conflictos. Sin aplicarse la justicia restaurativa, perjudicando de esta forma a la víctima que busca hasta el último momento la reparación del daño sufrido y así satisfacer la parte psicológica y económica afectada.

1.3.4. Procedimiento de aplicación de la conciliación o acuerdo de reparación. –

La conciliación se sustanciará conforme con las siguientes reglas:

1. La víctima y la persona investigada o procesada presentarán ante la o el fiscal la petición escrita de conciliación que contendrán los acuerdos.
2. Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del presente Código.

3. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación.
4. Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite, solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron.
5. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.
6. Cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento.
7. En caso de que, en la audiencia, la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.
8. El plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación será de ciento ochenta días.
9. Durante el plazo para el cumplimiento de los acuerdos de conciliación se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente.
10. No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo.
11. Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela.

1.3.5. Consecuencias jurídicas de la conciliación

1.3.5.1. Beneficios de la conciliación en la etapa de juicio. –

El proceso judicial hoy resulta insuficiente para resolver los conflictos que se presentan. El que las sociedades modernas hayan creído necesario acudir al mecanismo de la judicialización para la solución de todos los conflictos, cualquiera que sea el marco en el que se desarrollen, el tipo de bien jurídico lesionado, las personas intervinientes en el conflicto,

hace que el aumento progresivo del conflicto social, impida al proceso servir como mecanismo apto para la solución de conflictos.

De tal modo que se han convertido en inoperantes los cauces jurisdiccionales de solución de conflictos, pero no sólo por el aumento progresivo de los asuntos que de ellos requieren y que pretenden una solución rápida y eficaz a su problema, esto es, por el incremento notable de conflictos que hace incapaces a los órganos jurisdiccionales del Estado para abordarlos, asumirlos y resolverlos, sino también por la variable calidad en las resoluciones, debido a la diversa complejidad de las causas.

En efecto los litigios ante los tribunales se han multiplicado, los procedimientos se alargan y con ello crecen los gastos inherentes a los mismos, así como la cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia, sin olvidar el coste emocional que supone para las partes implicadas, el cual varía en función de si se trata de un asunto de carácter psicológico o de otra índole, así como de la duración del proceso, tiempo que incide en la inquietud de no ver solucionado su conflicto. Así las cosas, si bien son muchas las razones que provocan esa crisis de la Administración de Justicia, la búsqueda de soluciones por parte de los operadores jurídicos es dispar, aunque la podemos agrupar en tres direcciones:

a) Aquellos que afirman que la vía de solución de esta crisis viene por el camino del aumento de medios materiales y personales de la Administración de Justicia.

b) Los que mantienen la proliferación legislativa procesal como única vía de introducir soluciones.

c) Los que buscan fuera del Poder Judicial la solución de los conflictos o controversias jurídicas.

En esta búsqueda de alternativas para la solución de los conflictos jurídicos, una tendencia europeísta en alza busca las soluciones Extra jurisdiccionales, como ya se ha venido haciendo desde hace tiempo en el ámbito de los sistemas anglosajones, especialmente en EEUU. Se trata de utilizar sistemas como la mediación o conciliación, bien como medios alternativos a la vía jurisdiccional como cauce, bien complementario o bien previo de

aquélla; medios que tratan de dar respuesta a los problemas que día a día se les plantean a los tribunales de la jurisdicción ordinaria

Esta opción debe ser prestada en forma libre y con pleno conocimiento de los derechos por ambas partes. El acuerdo debe ser aprobado por el juez o Tribunal de garantías penales, quienes velarán que se cumplan los requisitos de consentimiento libre e informado en audiencia pública, y en la resolución ordena el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procede cuando el juez conoce del cumplimiento íntegro del mismo, caso contrario el afectado puede escoger entre las opciones de hacer cumplir la medida o que se continúe la acción penal.

Los acuerdos son negociaciones a las que llegan la víctima y la persona que le causó el agravio, hasta el momento los acuerdos reparatorios han constituido una solución altamente utilizada en las causas y se han cumplido con niveles de éxito y satisfacción importantes. Contrariamente a lo que podría pensarse, no siempre consisten en la entrega de sumas de dinero, sino que en una cantidad importante de casos se ha decidido la adopción de conductas, tales como la petición pública de disculpas o labores de trabajo comunitario.

1.4. Estudio comparativo con otras legislaciones sobre “la implementación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio y el principio de mínima intervención penal”

1.4.1. Generalidades

Los países en Latinoamérica, en general con grandes dificultades económicas, en un marco de desigualdades sociales los sistemas penales resultan de una tendencia marcadamente represivos. La prevención del delito se fundamenta en crear nuevos delitos, en aumentar las penas y mantener un sistema procesal de tendencia inquisitiva, como en Colombia hasta el año 2005, para facilitar la investigación y las condenas rápidas sin mayores oportunidades para la defensa, acompañado con una política criminal, que ve la solución del conflicto penal con, el sólo, encarcelamiento de los delincuentes. Estos sistemas han conllevado una gran congestión en la administración de justicia penal, lo que trae para los ciudadanos una informidad, por la impunidad que genera y el desamparo en que se deja a la víctima del delito, unido ha hecho que “la tasa de delincuencia en toda América Latina aumentó al doble en los años 80 y se triplicó en los 90 y para los años 2000 sigue en un imparable aumento”.

En los inicios de los años noventa, América Latina comenzó a experimentar con reformas penales y la modernización en el sistema penitenciario. La iniciativa para estos cambios provino de los gobiernos y de la sociedad civil. Las Naciones Unidas en su resolución A/RES/53/243de 1999-A del texto (documento A/53/L.79), titulado declaración sobre una cultura de paz expresaría su profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo cuyo principal objetivo es que los gobiernos las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones para promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio.

Esta declaración establece que una cultura de paz es un conjunto de valores actitudes tradiciones y modos de comportamiento y formas de vida. El Dr. Cabrera (2014) indica: "la postura de los organismos internacionales va ligada a encontrar una sociedad donde la cultura de la paz sea la que vaya generando un orden y éste se vea reflejado en las aspiraciones del ser humano tendientes a buscar un ambiente agradable para su subsistencia donde sea suma responsablemente sus derechos pero también sus obligaciones en la formación de un futuro donde el ciudadano sea el generador de una vida sin violencia para las generaciones futuras" (p. 85)

Hubo tres influencias importantes: organismos internacionales de desarrollo, el movimiento ADR (Resolución Alternativa de Conflictos, RAC) y la creciente reafirmación de los derechos de las víctimas, fundamentados en la nueva ciencia: la victimología. En cuanto a los organismos internaciones de desarrollo (El Banco Interamericano de Desarrollo) comenzó a identificar los delitos y la buena administración como puntos centrales importantes del desarrollo sustentable.

Muchos países realizaron estudios para identificar problemas y sus posibles soluciones, gracias a la asistencia técnica y financiera proveniente del exterior. Estos cambios incluyeron separar las funciones inquisitivas por las condenatorias y crear un sistema oral que reemplazara el lento y burocrático proceso escrito. Las opciones al actual proceso penal están radicadas a estos cambios estructurales gubernamentales. Éstos incluyen acuerdos de reparación, conciliación y mediación penal.

Un segundo comienzo importante para el cambio en la alternatividad penal fue el movimiento ADR (Resolución Alternativa de Conflictos). La RAC se utiliza en muchos países para la solución del conflicto penal donde se encuentran comprometida la responsabilidad penal de los jóvenes delincuentes. Gran parte de este impulso para la adopción de la RAC provino de las organizaciones internacionales de desarrollo y de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La RAC fue el tema principal en las primeras tres reuniones de los Ministros de Justicia (también de los Ministros del Interior) de la OEA. Estas reuniones destacaron los beneficios de la RAC y recogieron apoyo para experimentar con estas prácticas

1.4.2. Estados Unidos

En Estados Unidos existe una admisión plena y amplia de lo que se denomina justicia pactada, negociada o transada entre el Ministerio Fiscal y el abogado de la defensa, previa al juicio. No solo se refiere a la criminalidad pequeña sino aquélla de mayor volumen que causa daño y alarma social. Una vez que se toma conocimiento de la imputación, cualquiera sea el delito se puede pedir para el imputado el pleading a fin de que se pronuncie su culpabilidad. Si se confiesa autor del delito opera el pleading o respuesta de la defensa. Comprobada la voluntariedad de la declaración se fija una fecha para la sentencia y en esa ocasión se aplica una pena reducida en razón del acuerdo entre las partes, no hay necesidad de proceso o de veredicto, si nada de esto ocurriese el juicio continúa con los actos procesales normales y entrará en acción el jurado.

Este sistema está inspirado en el principio de oportunidad adoptado por Alemania, aunque en este país solamente para causas de insignificancia. Dávalos José Ignacio. Pág.4. En España la mediación penal puede iniciarse en cualquiera de las fases del procedimiento penal, esto es, en la fase de instrucción, de enjuiciamiento o de ejecución, y en los casos de delitos o de faltas que sean susceptibles de ser mediados. Si el proceso de mediación comenzase en la fase de ejecución de la pena, ésta se suspende mientras se está en el proceso mediador. Un primer criterio para decidir sobre la idoneidad de la mediación penal será el de las condiciones subjetivas de las personas que protagonizarían la resolución mediada, tanto en función de sus diversas capacidades personales como de la situación coyuntural en que se encuentren. Un segundo criterio determinante sería el de la significación subjetiva del

hecho para las personas, al margen de su calificación jurídico-penal. No obstante, especialmente como determina la Fundación Publica Andalucía en lo siguiente casos:

- En relaciones enconadas entre partes, en su caso con múltiples denuncias repetidas o cruzadas.
- En faltas y delitos contra la propiedad (robos, hurtos, daños).
- En delitos y faltas de lesiones, maltrato, amenazas.
- En injurias y calumnias.
- En delitos contra la seguridad vial con víctimas.
- En delitos de violencia familiar.
- En delitos contra los derechos y deberes familiares.

1.4.3. Brasil

Brasil introduce el principio de oportunidad con la ley 9.099 de 1995, donde el Ministerio Público puede "disponer" de la acción pública que le compete en hipótesis determinadas por ley -es condición la reparación a la víctima-. En determinados delitos de acción pública de escasa entidad, la reparación aceptada por la víctima implica la renuncia a la representación y el archivo de las actuaciones. Si no se arriba a la reparación, el Estado debe proseguir, aunque puede proponer una sanción alternativa. El Ministerio Público puede proponer la medida alternativa de restricción de derechos o de multa, lo que se llama principio de oportunidad reglada. Dávalos José Ignacio. Pág.3.

1.4.4. Argentina

En Argentina, el Procedimiento de Mediación Penal promulgado por la Ley 4989 del 2001, determina que la mediación penal podrá proceder especialmente en aquellos hechos delictivos que prevean una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como así de inhabilitación o multa. También podrá aplicarse en aquellos hechos previstos como contravenciones y no podrá aceptarse el proceso de Mediación por parte de aquel autor que ya hubiere celebrado más de dos acuerdos de Mediación en hechos anteriormente cometidos, a excepción de los delitos culposos que puedan ser sometidos a Mediación en varias oportunidades.

CAPITULO II. DISEÑO METODOLÓGICO Y DIAGNÓSTICO

2. Modalidad y tipo de investigación:

El paradigma mediante el cual se desarrolla una investigación, es trascendental ya que es el camino a seguir dentro de la investigación, pues a través de la aplicación de técnicas e instrumentos, permite la obtención de datos e información relevante y de gran aporte para la investigación, es así que dentro del presente proyecto de investigación, se ha considerado tanto al paradigma cualitativo como al cuantitativo, paradigma cuanti-cualitativo, que hoy en día se ha convertido en un paradigma de la investigación tendencia, debido a las grandes posibilidades que este brinda al momento de una investigación, recalcando que en conjunto estos paradigmas son más útiles que separados, sobre todo en temas de ciencias sociales o jurídicas como en el presente caso.

Es así que desde la perspectiva del paradigma cualitativo, el enfoque va hacia la profundidad de los hechos, es decir, buscar la causa que genera un efecto, es así que mediante este paradigma es posible inmiscuirse en las causas que generan el problema de investigación que se está desarrollando y por otro lado respecto del método cuantitativo, es precisa la aplicación de este, toda vez que mediante este paradigma, es posible un mejor manejo de los resultados obtenidos de las masas en cifras, pudiendo asimilar más que las diferencias, las Semejanzas de los resultados que son de gran apoyo a la investigación.

El tipo de investigación que se desarrolla es la descriptiva ya que lo que se busca en analizar a fondo el problema planteado, respecto como la implementación de la Conciliación en la etapa de juicio en los delitos de Hurto y el Principio de Mínima intervención penal, a su vez el estudio de los componentes de este fenómeno y a la vez se consideran rasgos de la investigación explicativa ya que la presente investigación tiene su enfoque en el estudio y descubrimiento de las causas que generan este problema.

2.1. Métodos, técnicas e instrumentos de investigación.

2.1.1. Métodos de investigación.

2.1.1.1. Método analítico sintético. - El método analítico sintético, va enfocado hacia el análisis desde una temática principal, y de ello dar paso a partes importantes de esta, por ejemplo en la presente investigación se puede enfocar el estudio en partes importantes de la compraventa y con ello dar paso al estudio de las partes que se consideren pertinentes, encaminadas hacia el desarrollo de la investigación, dando paso a la síntesis, en donde se toman las partes referidas anteriormente y se busca las características que interrelacionen a las mismas, pudiendo con ello obtener una mayor comprensión de la temática, sin desviar el estudio hacia fragmentos de la temática que no aporten en el desarrollo de esta investigación.

2.1.1.2. Método fenomenológico. - Por otro lado, este método es trascendental dentro de la presente investigación, ya que como se ha establecido el problema impacta directamente en la sociedad, y al ser el hombre, un ser social, sus sentidos sensoriales y perceptuales, le permiten captar experiencias que a través de este método son analizadas y descritas, experiencias percibidas del mismo mundo y entorno social en el cual se desarrolla el fenómeno, de este modo los conocimientos y experiencias del investigador, serán de gran aporte, ya referente a la temática de investigación, no solo el investigador ha podido percibir el problema existente, sino que es un problema que se desarrolla dentro de la misma sociedad y por ende este método permitiría al investigador percibir la realidad social del referido problema.

2.1.1.3.Método histórico lógico. - El método histórico lógico, se caracteriza por enfocarse en el desarrollo de un fenómeno a lo largo de la historia, en este caso se encaminaría al estudio de como la implementación de la Conciliación en la etapa de juicio en los delitos de Hurto y el Principio de Mínima intervención penal y su trascendencia en la historia, para poder establecer si ha evolucionado encaminada hacia la protección de los derechos de los menores, al ser estos hoy en día, reconocidos por varias legislaciones y organismos internacionales, como un grupo de atención prioritaria, algo que claramente hace poco, no era así y de este modo, este método nos permite analizar las normas bajo las cuales se establecía y desarrollaba el fenómeno referido.

2.1.1.4.Método inductivo deductivo. - Se caracteriza en su aspecto deductivo por ir de lo general a lo particular, es así que dentro de la presente investigación es idónea la aplicación de este método del nivel teórico del conocimiento, ya que permite al investigador tomar un tema general, como la implementación de la Conciliación en la etapa de juicio en los delitos de Hurto y el Principio de Mínima intervención penal, y tomar de estas temáticas, aspectos particulares de relevancia, para que de este modo, la investigación y estudio se pueda focalizar en fenómenos que interactúen con el tema central de la presente investigación, dando con ello paso a la inducción, ya por este lado, esta permite que una vez tomados los aspectos relevantes de la investigación, se consolide a los mismos en un solo conocimiento encaminado hacia la temática de esta investigación, tomando con ellos aspecto específicos tomados de las diferentes fuentes del derecho, ya que la temática de esta investigación, está relacionada directamente con las ciencias jurídicas.

2.1.2. Técnicas e instrumentos empleadas en la investigación.

Encuestas. - Respecto a las encuestas para Cabrero (2011) señala que: “Consiste en un conjunto predeterminado de preguntas que recopilan información directamente del grupo de personas, a la par de personas en general tanto como de los mismos servidores públicos, a fin de obtener datos sobre opiniones al respecto” (pág. 08).

Es así clara la utilidad de esta técnica de recolección de información, que permite al investigador, adquirir contenido relevante la cual en la presente investigación es obtenida de los sujetos quienes están involucrados dentro de la problemática, y a su vez se toma en consideración a una muestra de la población en donde se aplica esta investigación, de tal modo que se puede obtener información con un buen nivel de confiabilidad, lo cual se detallará más adelante acorde al cálculo para determinar la muestra realizado.

2.1.3. Instrumento

Cuestionario de Opción Múltiple. - Son un tipo de pregunta que se la puede catalogar como cerrada, ya que se limita dentro de los extremos de una escala que se ha establecido, de este modo se permite que la persona a quien se esté encuestando, facilite varias respuestas previamente estructuradas de modo que se facilite la obtención y el análisis de datos.

2.2. Población y muestra

2.2.1. Población. -

En el desarrollo del proceso investigativo se toma en cuenta la población del Cantón Tulcán, es así que se toma de esta población a abogados en el libre ejercicio, juez y funcionarios de la Unidad Judicial de garantías penales del Cantón Tulcán y Tribunal penal de Garantías Penales del Carchi y usuarios.

2.2.2. Muestra. -

Para determinar la muestra de abogados en el libre ejercicio, juez y funcionarios de la Unidad Judicial de garantías penales del Cantón Tulcán y Tribunal penal de Garantías Penales del Carchi, se aplicó la siguiente fórmula de cálculo de muestra estadística.

Fórmula determinación tamaño de la muestra

$$n = \frac{Z\ 2\ x\ P\ x\ Q\ x\ N}{(N - 1)\ x\ e\ 2 + Z2\ x\ P\ x\ Q}$$

n= Tamaño de la muestra

N= Población o universo 216

e= Error máximo admisible 7% (0.07)

Z= Nivel de confianza 95% (1.96)

P=Q= Supuesto al no conocer los valores 50% (0.5)

P= % población reúne características de interés para el estudio.

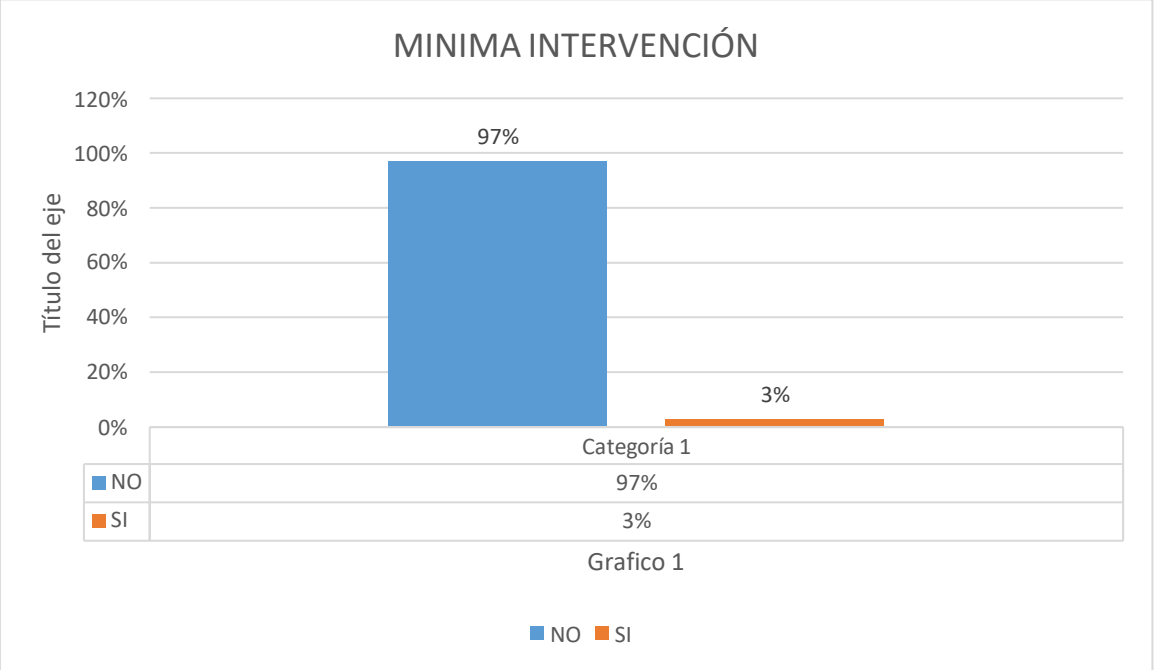
Q= % población que no reúne las características de interés para el estudio.

En Aplicación de la formula anteriormente descrita la Muestra a aplicarse en el presente trabajo será

$$\boldsymbol{n = 103}$$

RESULTADOS OBTENIDOS

Pregunta 1: ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal?



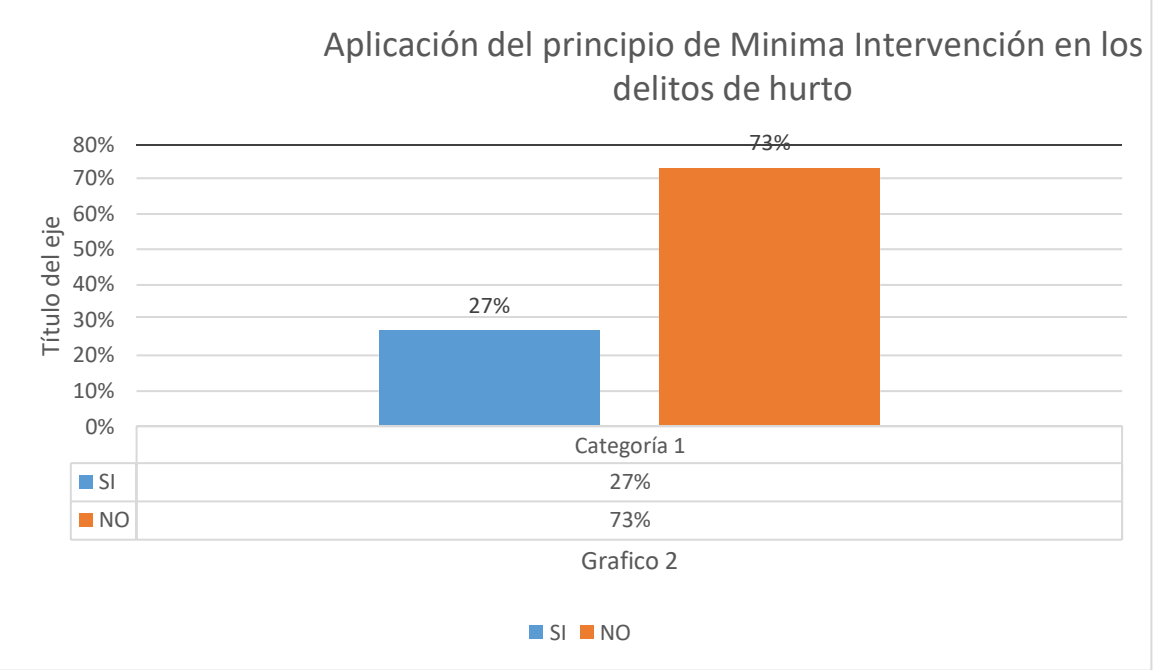
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	3%
NO	97%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

De la interpretación de resultados de esta pregunta se puede notar que el 97% de la Población encuestada manifiesta que no aplica en los procesos el Principio de Mínima Intervención Penal y únicamente el 3% indica que, si aplica el Principio de Mínima Intervención penal mediante la aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, lo que permite repara a las víctimas y no desgastar a la justicia con tramites largos.

Pregunta 2: ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal en los delitos de hurto?



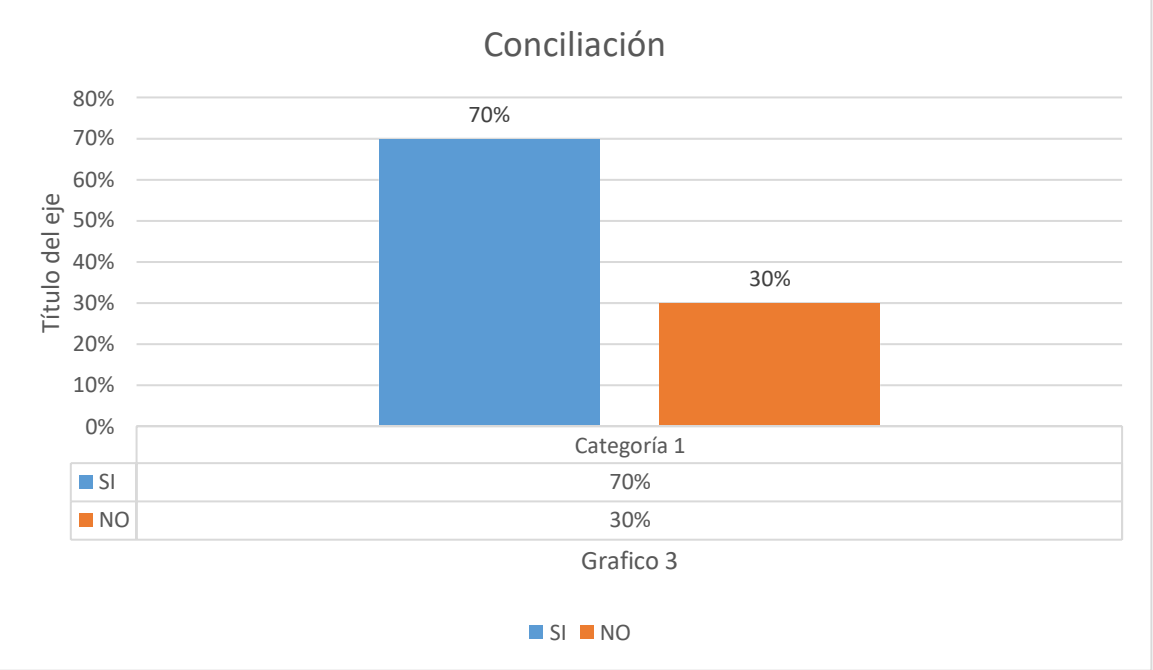
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	27%
NO	73%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Podemos indicar que de acuerdo a los resultados obtenidos a los encuestados manifiestan que el principio de Mínima intervención penal no es aplicado en los procesos judiciales por Delito de Hurto, ya que las personas procesadas tienen que esperar la culminación del proceso para determinar su responsabilidad o no dentro del mismo y es más este proceso en ningún caso beneficia o repara a la víctima.

Pregunta 3: ¿Considera que la conciliación es un medio idóneo para disminuir la carga procesal en materia penal?



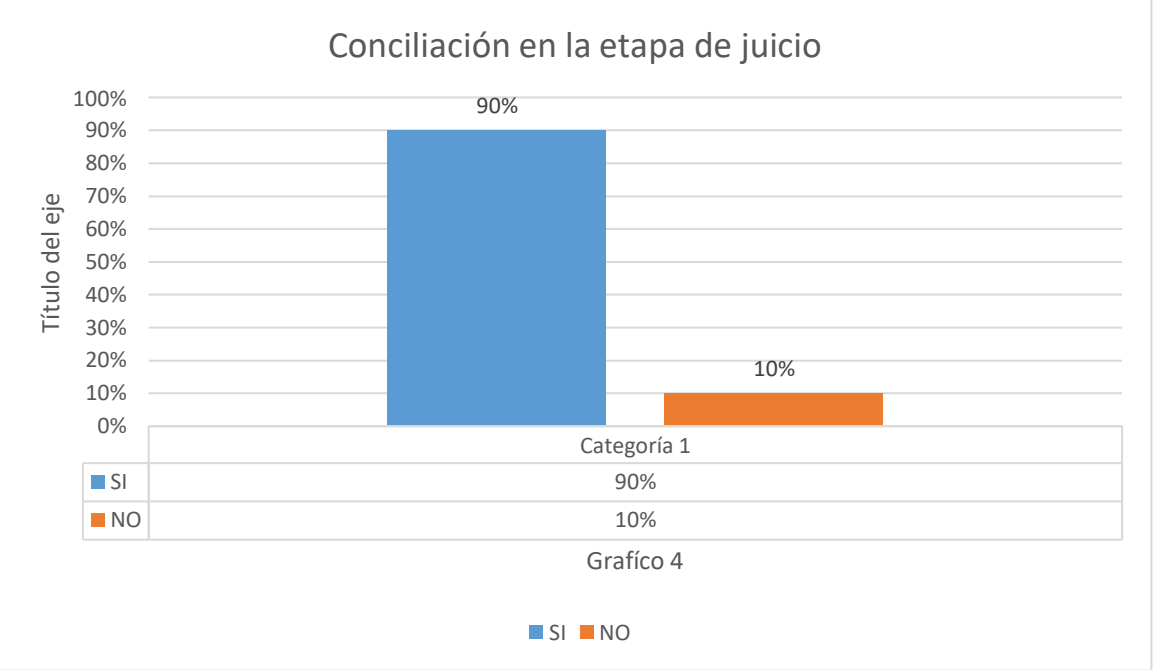
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	70%
NO	30%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Se puede evidenciar que los encuestados manifiestan afirmativamente que la conciliación es un medio idóneo de descarga del proceso penal, ya que estos procesos son rápidos, efectivos, y no vulneran derechos de las partes, son restaurativos de derechos en cuanto a las víctimas, ya que el fundamento del proceso penal se encuentra en la reparación de un derecho vulnerado y la sanción ante la sociedad para que no se vuelvan a cometer los hechos.

Pregunta 4: ¿Cree Usted que con la conciliación en la etapa de juicio se repararían a la víctima por el agravio sufrido?



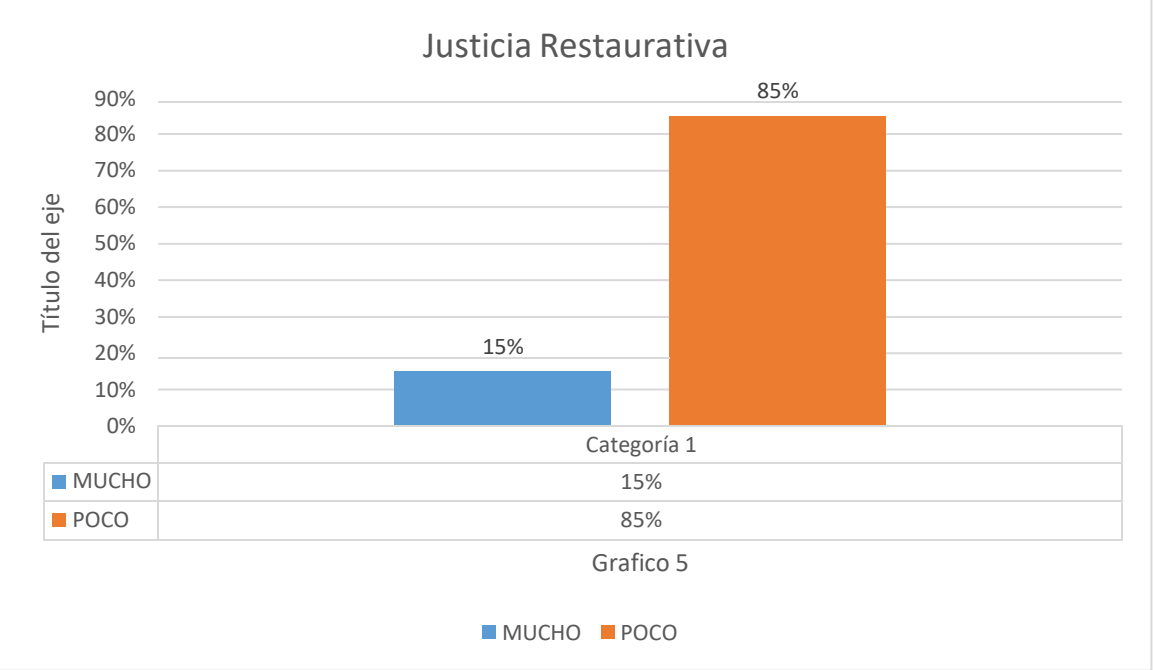
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	90%
NO	10%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Realizada la encuesta los resultados manifiestan que se debería aceptar como medio alternativo reparatorio a la conciliación en la etapa de juicio ya que en muchos de los casos las partes intervinientes del proceso han llegado a un advenimiento, lo que permitiría la solución del proceso judicial de manera rápida como lo determina el principio de mínima intervención y lo que es más encontramos que las partes resolverían su conflicto de una manera amigable reparando sus derechos.

Pregunta 5: ¿En qué medida se aplica la justicia restaurativa en los delitos de hurto?



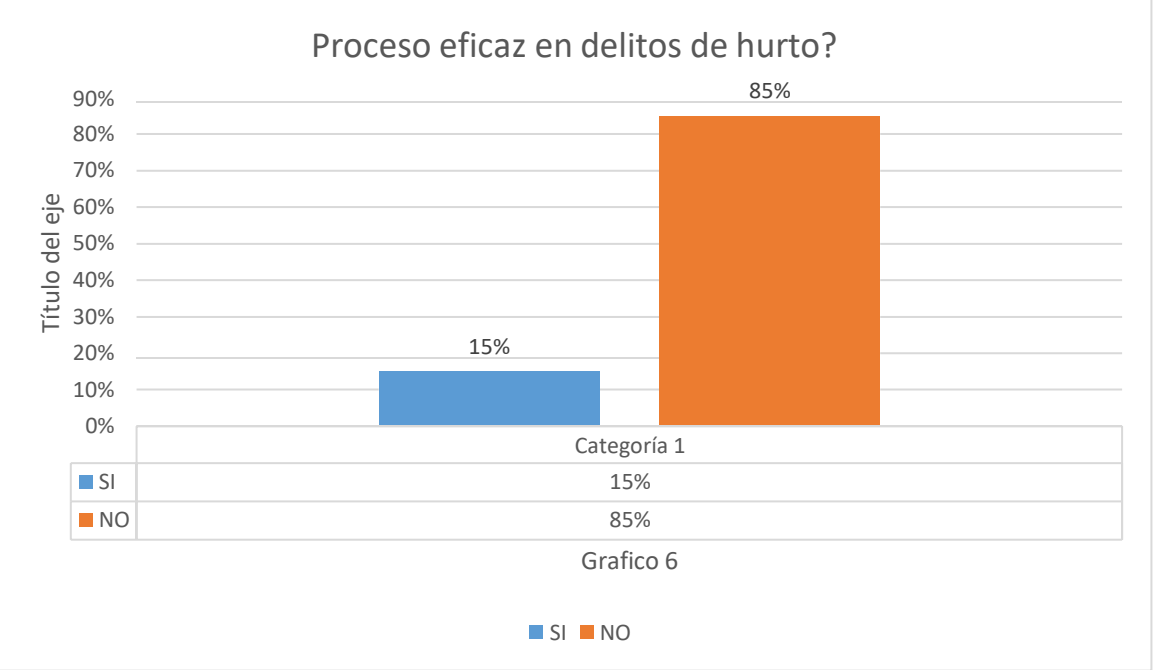
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
MUCHO	15%
POCO	85%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

De la interpretación de resultados sobre esta pregunta podemos determinar qué el 85 % de los encuestados manifiestan que se aplica la justicia restaurativa en los delitos de hurto poco esto por cuanto las personas estamos acostumbrados a un proceso penal desgastante, largo y tedioso y que no es restaurativo de derechos, ya que miramos un procesado privado de la libertad y una víctima insatisfecha por un proceso agotador y no se ve restaurado su derecho vulnerado.

Pregunta 6: ¿Conoce usted si el proceso penal en el delito de hurto es eficaz?



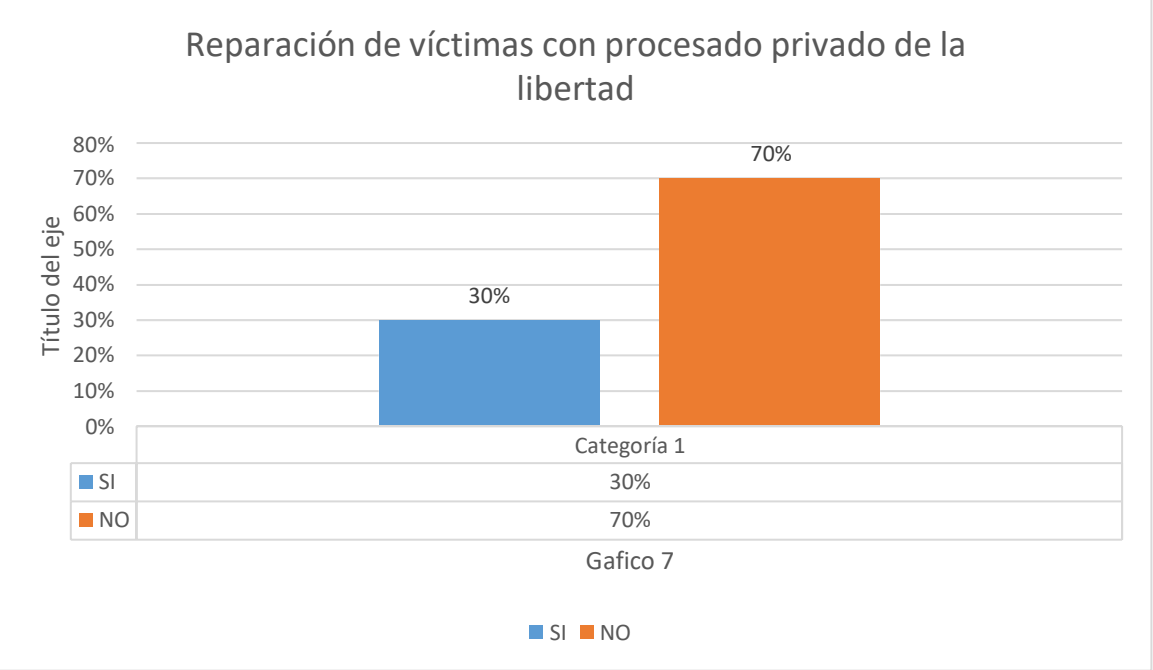
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	15%
NO	85%
TOTAL	100%

Interpretación de Datos:

Una vez que tenemos los resultados al respecto de esta pregunta podemos determinar que el 85% de las personas encuestadas manifiestan que el proceso penal en el delito de hurto es ineficaz, por cuanto no se ve reparada la víctima ya que esta busca que la parte material que le fue hurtada vuelva su patrimonio material económico, de forma rápida y es por ello que recurre a la justicia a fin de conseguir lo que le fue quitado.

Pregunta 7: ¿Usted tiene conocimiento si las víctimas del delito de hurto se han visto reparadas con tener privada de la libertad al procesado?



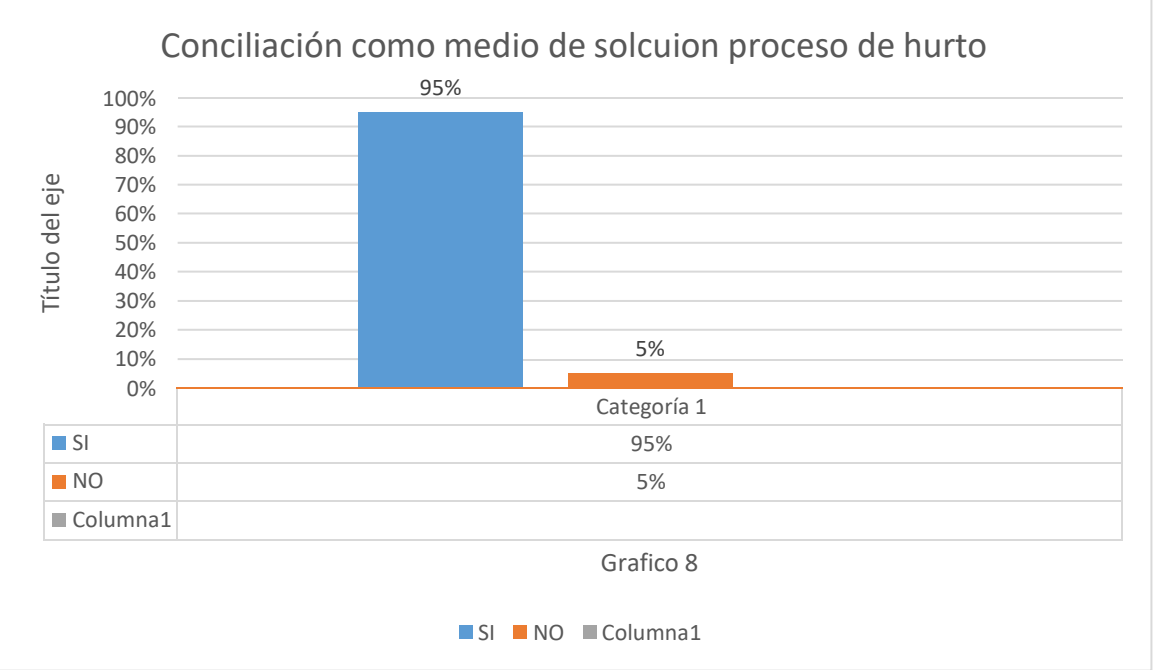
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	30%
NO	70%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Los encuestados con respecto a esta pregunta refieren que las victimas de hurto no se ven reparadas por el hecho de que los procesados se encuentren privados de la libertad, ya que lo que persiguen es que su patrimonio material económico sea restituido de una manera rápida y efectiva por lo que buscan una conciliación con el procesado hasta en la etapa de juicio, a fin de verse reparado en su bien jurídico vulnerado.

Pregunta 8: ¿Considera usted que la conciliación judicial es un medio para solucionar un proceso de hurto en cualquier etapa del mismo?



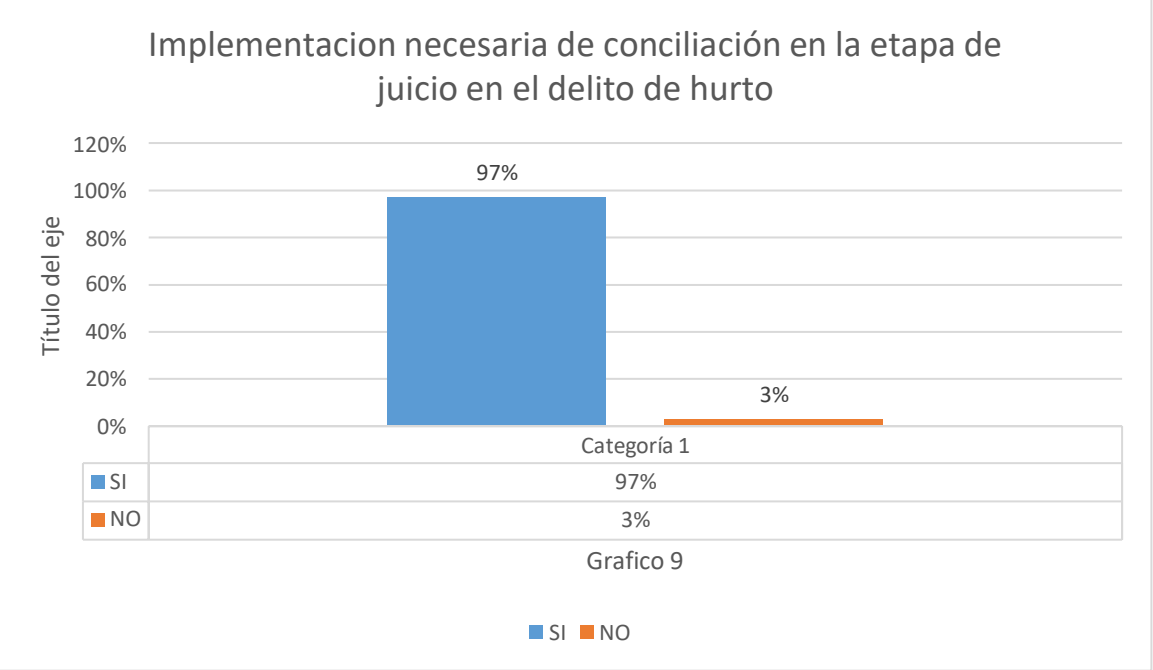
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	95%
NO	5%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Al realizar el análisis de los resultados respecto de esta pregunta podemos determinar que el 95% de los encuestados refieren que la conciliación judicial es un medio eficaz, ágil para solucionar un proceso de hurto en cualquier etapa del mismo e inclusive en la misma etapa de juicio con lo cual se vería reparada la víctima en su bien jurídico protegido.

Pregunta 9: ¿Cree usted que sería necesario implementar la conciliación en la etapa de juicio en los delitos de hurto?



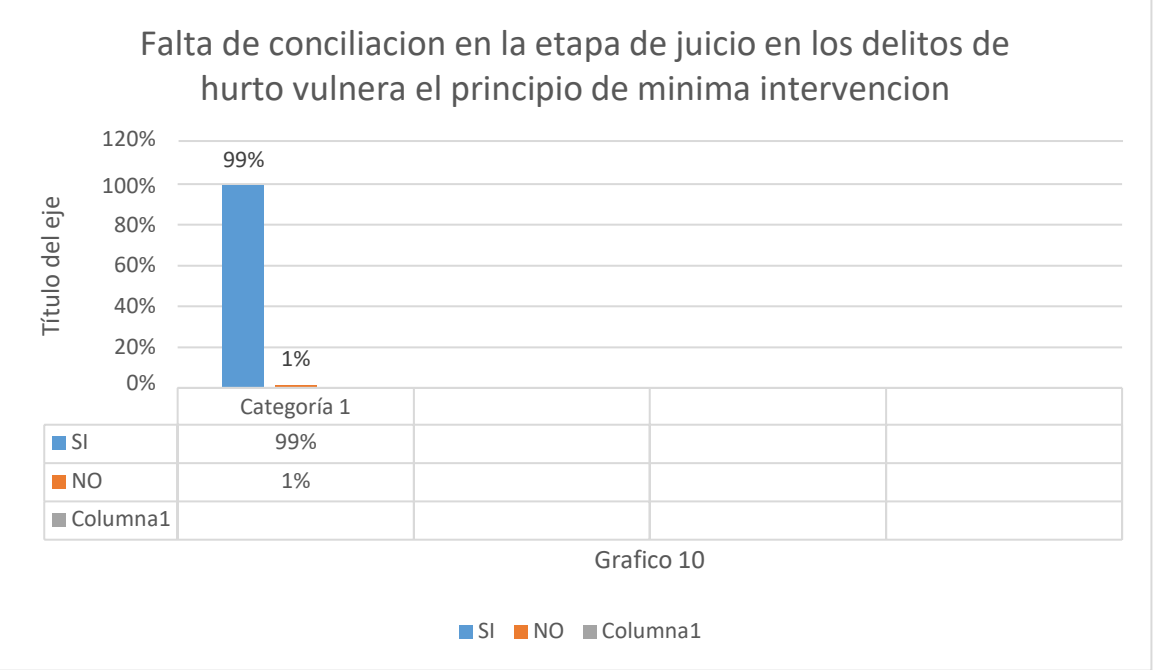
Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	97%
NO	3%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Los encuestados refieren que si sería necesario implementar la conciliación en la etapa de juicio en los delitos de hurto por cuanto a través de este medio de solución de conflictos se vería reparada la víctima de una manera ágil, oportuna y eficaz, que ayudaría de igual forma bajo el principio de mínima intervención penal a agilizar la justicia y se evita el desgaste de la justicia.

Pregunta 10: ¿Usted cree que la falta de aplicación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio, vulnera el principio de Mínima Intervención Penal?



Elaborado por: Valencia Figueroa John Mauricio y Yar Changuan Gabriela Elizabeth.

Alternativa	Porcentaje
SI	99%
NO	1%
TOTAL	100%

Interpretación de datos

Al realizar el análisis de los resultados podemos determinar que el 99% de los encuestados manifiestan que la falta de conciliación en la etapa de juicio por delito de hurto vulnera el principio de mínima intervención penal teniendo en consideración que todas las victimas buscan ser reparadas de una forma rápida y eficaz, no como se lo realiza en el proceso actual que demora mucho tiempo para obtener una sentencia condenatoria y que en ningún modo repara a la víctima por el daño sufrido.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES DEL ESTUDIO DEL CASO

Este capítulo presenta las conclusiones finales de la investigación y las recomendaciones que se consideran apropiadas.

CONCLUSIONES

Las conclusiones se redactaron de forma secuencial, siguiendo el orden de presentación de los resultados obtenidos en el capítulo anterior. En general, finalmente se converge que es necesaria la implementación de la conciliación en la etapa de Juicio dentro del delito de Hurto, respetando de esta forma el Principio de Mínima Intervención Penal.

- El Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, es la exigencia de economía social que debe haber en el Estado social, a través de la cual se busca el mayor bien social con el menor costo social.

- La conciliación penal es una herramienta que garantiza la reparación eficaz a la víctima de un delito de hurto, al ser menos lesivo ante un trámite ordinario penal que desgasta a la víctima que termina sancionando al infractor y en muy pocos casos reparándola.

- La Conciliación en la etapa de juicio es una herramienta eficaz para lograr una cultura de paz y en definitiva consolidar una justicia restaurativa, que a la vez permite descongestionar el aparato judicial, en el momento que se deja de gastar ingentes recursos en la investigación y sanción de conductas que no constituyen grave afectación al interés público.

- Diremos que los acuerdos son negociaciones a las que llegan la víctima y la persona que le causó el agravio, los acuerdos reparatorios han constituido una solución altamente utilizada en las causas y se han cumplido con niveles de éxito y satisfacción importantes que no siempre consisten en la entrega de sumas de dinero, sino en la adopción de conductas, tales como la petición pública de disculpas o labores de trabajo comunitario.
- De igual forma concluiremos que la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo requieren en principal que los gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades

restaurativas en disposiciones que promuevan y fortalecer de esta forma una cultura de paz en el nuevo milenio.

- Finalmente diremos que nuestra legislación penal en el art. 663 del Código Orgánico Integral Penal es vulneradora al principio de mínima Intervención Penal en los delitos de hurto por cuanto restringe la aplicación de la Conciliación hasta la etapa evaluatoria o preparatoria de juicio, y en base al principio de legalidad no se puede aplicar los medios alternativos de solución de conflictos; es decir sin aplicarse la justicia restaurativa, perjudicando de esta forma a la víctima que busca hasta el último momento la reparación del daño sufrido y así satisfacer la parte psicológica y económica afectada.

RECOMENDACIONES

Antes de finalizar, deseamos sugerir algunas recomendaciones en base a los resultados recogidos en la presente investigación y al aporte bibliográfico se recomienda:

- Extender los estudios expuestos en esta tesis al estudio acerca de la incapacidad del Poder Judicial de constituir una instancia efectiva de solución de conflictos. En algunos casos “la verdad legal” dista mucho de lo que las partes pueden considerar una solución justa al conflicto.
- Trabajar en la reforma al art. 663 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la implementación de la conciliación en los delitos de hurto en la etapa de juicio considerando que la víctima busca hasta el último momento la reparación del daño sufrido y así satisfacer la parte psicológica y económica afectada.
- Se recomienda al lector del presente trabajo investigativo analizar respecto de la impredecibilidad del fallo que genera una incertidumbre jurídica en las partes que demandan la solución a un conflicto. Esto se debe no sólo a los serios problemas de corrupción que podemos encontrar en el sistema judicial sino también a la falta de criterios jurisprudenciales uniformes.
- Se recomienda a los Abogados en libre ejercicio y usuarios del sistema judicial ser generadores de una justicia de paz, restaurativa de derechos tendientes a satisfacer a las partes no solamente con la entrega de sumas de dinero, sino en la adopción de conductas, tales como la petición pública de disculpas o labores de trabajo comunitario.

- Se recomienda a las autoridades gubernamentales la implementación de políticas de solución alternativa a los conflictos, con el fortalecimiento de una cultura de paz y en definitiva consolidar una justicia restaurativa, que a la vez permite descongestionar el aparato judicial, haciéndose de esta forma más efectiva la ´satisfacción de las partes que buscan la reparación de su bien jurídico vulnerado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMUCHATEGUI REQUENA, G. I. (2005). *DERECHO PENAL TERCERA EDICION.* MEXICO: OXFORD.

Asúa, B. (1990). *Reivindicación o superación del Programa Beccaria.* Bilbao: Universidad de Deusto.

Barona, S. (2017). *Proceso Penal desde la Historia, desde su origen hasta la sociedad global del miedo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Becker, W. (s.f.). *Los significados opuestos al concepto del Derecho.* México: Trillas.

Bloch, M. (2016). *La Sociedad Feudal.* Buenos Aires: Claridad.

Cabrera, D. J. (2014). *Mediación Penal y Derechos Humanos.* México: Coyoacán.

Hilde, k. (1979). *Criminología, ejecución penal y terapia social.* Buenos Aires: De Palma.

John, R. (2003). *Liberalismo Político.* México: FCE.

Julio, C. D. (2014). *Mediación Penal y Derechos Humanos.* México: Coyoacán.

kaufmann, H. (1979). *Criminología, ejecución penal y terapia social.* Buenos Aires: De Palma.

Leiva, M., & Lugo, L. (2016). La Influencia de Beccaria en el Derecho Penal Moderno. *Derecho Penal y Criminologìa, vol 37,No. 101 Universidad Externado de Colombia*, 143.

Max, W. (2010). *Conceptos Sociológicos Fundamentales.* España: Alianza.

Rawls, J. (2003). *Liberalismo Político.* México: FCE.

Stuart Mill, J. (2012). *Liberalismo y Democracia.* España: FCE.

Stuart, M. J. (s.f.). *Liberalismo y Democracia.* España.

Weber, M. (2010). *Conceptos Sociológicos Fundamentales.* España: Alianza.

Werner, B. (2008). *Los significados opuestos al concepto del Derecho.* México: Trillas.

Zaffaroni, E. (2012). *La Palabra de los Muertos.* Buenos Aires: Ediar.

AMUCHATEGUI REQUENA, G. I. (2005). *DERECHO PENAL TERCERA EDICION.* MEXICO: OXFORD.

Asúa, B. (1990). *Reivindicación o superación del Programa Beccaria.* Bilbao: Universidad de Deusto.

Barona, S. (2017). *Proceso Penal desde la Historia, desde su origen hasta la sociedad global del miedo.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Becker, W. (s.f.). *Los significados opuestos al concepto del Derecho.* México: Trillas.

Bloch, M. (2016). *La Sociedad Feudal.* Buenos Aires: Claridad.

Cabrera, D. J. (2014). *Mediación Penal y Derechos Humanos.* México: Coyoacán.

Hilde, k. (1979). *Criminología, ejecución penal y terapia social.* Buenos Aires: De Palma.

John, R. (2003). *Liberalismo Político.* México: FCE.

Julio, C. D. (2014). *Mediación Penal y Derechos Humanos.* México: Coyoacán.

kaufmann, H. (1979). *Criminología, ejecución penal y terapia social.* Buenos Aires: De Palma.

Leiva, M., & Lugo, L. (2016). La Influencia de Beccaria en el Derecho Penal Moderno. *Derecho Penal y Criminologìa, vol 37,No. 101 Universidad Externado de Colombia*, 143.

Max, W. (2010). *Conceptos Sociológicos Fundamentales.* España: Alianza.

Rawls, J. (2003). *Liberalismo Político.* México: FCE.

Stuart Mill, J. (2012). *Liberalismo y Democracia.* España: FCE.

Stuart, M. J. (s.f.). *Liberalismo y Democracia.* España.

Weber, M. (2010). *Conceptos Sociológicos Fundamentales.* España: Alianza.

Werner, B. (2008). *Los significados opuestos al concepto del Derecho.* México: Trillas.

Zaffaroni, E. (2012). *La Palabra de los Muertos.* Buenos Aires: Ediar.

Ahumada, M. d. (2011). *La Conciliación: Un Medio de Jusiticia Restaurativa*.

GLENA, G. L. (1979). *DERECHO PENAL TOMO 1. CHILE*: EDITORIAL JURIDICA CHILE.

IBEROAMERICANO, C. L. (2006). *EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y LOS PREACUERDOS CON LA FISCALIA. MEMORIAS DEL XVIII CONGRESO LATINOAMERICANO XIBEROAMERICANO NACIONAL DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA*, 242.

NACIONAL, A. (2014*). LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION. QUITO: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.*

PASQUEL, A. Z. (2011). *PRINCIPIOS DE OPORTUNIDAD Y MINIMA INTERVENCION PENAL. ARGENTINA: S/ED.*

Raúl, Z. E. (2008). *EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL. BUENOS AIRES*: GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ.

Torres, G. C. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

CUERPOS JURÍDICOS

Constitución de la República del Ecuador 2008

Código Orgánico Integral Penal 2021

Código Orgánico de la Función Judicial 2020

ANEXOS

Anexo 1

UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL MENCIÓN EN DERECHO PROCESAL PENAL

"IMPLEMENTACIÓN DE CONCILIACIÓN EN EL DELITO DE HURTO EN ETAPA DE JUICIO Y PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION PENAL"

Encuesta realizada como parte del trabajo previo a la obtención del título de magister en derecho penal, mención derecho procesal penal.

Se requiere total veracidad en sus respuestas.

1.- ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal?

- Sí
- No

2.- ¿Usted aplica el principio de Mínima Intervención Penal en los delitos de hurto?

- Sí
- No

3.- ¿Considera que la conciliación es un medio idóneo para disminuir la carga procesal en materia penal?

- Sí
- No

4.- ¿Cree Usted que con la conciliación en la etapa de juicio se repararían a la víctima por el agravio sufrido?

- Sí
- No

5.- ¿En qué medida se aplica la justicia restaurativa en los delitos de hurto?

- poco
- Mucho

6.- ¿Conoce usted si el proceso penal en el delito de hurto es eficaz?

- Sí
- No

7.- ¿Usted tiene conocimiento si las víctimas del delito de hurto se han visto reparadas con tener privada de la libertad al procesado?

- Sí
- No

8.- ¿Considera usted que la conciliación judicial es un medio para solucionar un proceso de hurto en cualquier etapa del mismo?

- Sí
- No

9.- ¿Cree usted que sería necesario implementar la conciliación en la etapa de juicio en los delitos de hurto?

- Si
- No

10.- ¿Usted cree que la falta de aplicación de la conciliación en el delito de hurto en la etapa de juicio, vulnera el principio de Mínima Intervención Penal?

- Sí
- No