



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

“LA VÍCTIMA Y LAS SALIDAS ALTERNATIVAS: ACUERDOS DE REPARACIÓN Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO”

*Trabajo de Graduación previo a la
Obtención del Título de Magister en
Derecho Penal.*

AUTORA:

Julia Elena Vázquez Moreno

DIRECTOR:

Ab. Juan Carlos Salazar Icaza
Magister en Derecho Penal

Cuenca – Ecuador

2014

DEDICATORIA

De manera especial a mi esposo Santiago, a mis hijos Paula, Santiago, Mateo, a mis padres Enrique y Rosario por su constante apoyo.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por todo el apoyo brindado, a la Universidad del Azuay por la oportunidad brindada para mi preparación profesional y a todos y cada uno de los profesores de la maestría por las enseñanzas impartidas.

INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice de Contenidos.....	iv
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
Prólogo.....	ix
CAPÍTULO 1	
Introducción.....	1
1.1 Objetivos.....	3
1.1.1. Objetivos Generales.....	3
1.1.2. Objetivos Específicos	4
1.2 Hipótesis.....	5
1.3 Metodología.....	7
CAPITULO 2	
La víctima y las salidas alternativas: acuerdos de reparación y suspensión condicional del proceso.	
2.1. El estado y la exploración de los derechos de las víctimas.....	8
2.2. Concepto de Víctima.....	11
2.3. La Víctima y la teoría del bien jurídico.....	14
2.4. La Víctima y el principio de legalidad procesal.....	15
2.5. La Victimología y el redescubrimiento de la víctima.....	19
2.6. La Victimodogmática.....	25
2.6.1.- Principio Victimológico.....	26
2.6.2. El criterio de fin de protección de la norma y la autopuesta en peligro de la víctima.....	27
2.6.3. La imputación a la víctima.....	27
2.6.4. El comportamiento de la víctima y el consentimiento.....	28

CAPÍTULO 3

Las salidas alternativas: Acuerdos de reparación y suspensión condicional del proceso.

3.1. Acuerdos de reparación y suspensión condicional del proceso.....	29
3.2. Las salidas alternativas, el principio de oportunidad y legalidad procesal.....	33
3.3. Justificación de las salidas alternativas.....	40
3.3.1. El carácter selectivo del sistema penal.....	41
3.3.2. La utilidad social de las salidas alternativas.....	45
3.3.3. La satisfacción del interés de la víctima.....	47
3.3.4. Ahorros de recursos del sistema.....	48

CAPITULO 4

Los Acuerdos de reparación.

4.1. Los Acuerdos de Reparación en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.....	50
4.1.1. Ámbito de Aplicación, y Requisitos.....	54
4.1.2. Titularidad y Control.....	60
4.1.3. Oportunidad y Trámite.....	64
4.1.4. Problemas, desafíos y efectos de los Acuerdos de Reparación.....	66
4.2. Los Acuerdos de Reparación en otras legislaciones.....	72

CAPITULO 5

La suspensión condicional del proceso

5.1. La suspensión condicional del proceso.....	84
5.2. La suspensión condicional del proceso en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.....	85

5.2.1. Ámbito de aplicación y Requisitos.....	88
5.2.2. Titularidad y condiciones.....	96
5.2.3. Oportunidad y Trámite.....	101
5.2.4. Problemas, efectos y revocatoria.....	103
5.3. La suspensión condicional del proceso en otras legislaciones....	106
6. Conclusiones.....	124
7. Bibliografía.....	130

RESUMEN

El sistema inquisitivo y su imposición trajo como consecuencia que la víctima en el Derecho Penal y en el Procedimiento Penal fuera anulada, excluida por la imposición del sistema de persecución penal pública, dando lugar a una sola respuesta penal, como es la aplicación de la pena provocando crisis en los sistemas de justicia penal, y sólo ante la ineficacia de éstos de resolver el conflicto social que significa el delito, se empezó a implementar respuestas penales diversas y diferentes a la pena tradicional, surgiendo así las llamadas salidas alternativas, entre ellas los acuerdos de reparación y la suspensión condicional del proceso que permiten el consenso en el proceso penal.

ABSTRACT

As a result of the inquisitive system and its imposition, the victim in Criminal Law and in the Criminal Procedure was nullified or excluded by the imposition of the public criminal prosecution system. This resulted in a single penal response: the implementation of punishment, thus causing a crisis in the criminal justice system. Only due to the ineffectiveness of these systems in resolving the social conflict signified by the felony, diverse penal responses, different from traditional punishments, began to be implemented. This has led to so-called alternative solutions, among them, reparation agreements and conditional suspension of the process that enables consensus in penal procedures.



Translated by


Ing. Melita Vega

August 11, 2014

PRÓLOGO

El sistema inquisitivo con la creación de la persecución penal pública y la consideración del sistema penal como un instrumento de control estatal sobre todos los individuos quitó a la víctima ese papel preponderante que gozaba cuando el derecho penal se basaba en un sistema de acción privada como forma principal de la persecución penal y en la composición como forma común de solución de los conflictos sociales que significaba el delito. En el nuevo sistema ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo anterior o cuando menos la compensación del daño sufrido.

Partiendo de este escenario, en este trabajo de tipo bibliográfico y doctrinario conoceremos especialmente sobre la necesidad de la alternatividad en el proceso penal y su relación con la víctima. En el segundo capítulo intentaremos recorrer el camino que le ha tocado transitar a ésta, partiendo desde el papel preponderante que tenía cuando imperaba la composición, del cual fue desplazada con el advenimiento del sistema inquisitivo hasta cuando empieza a ser objeto de interés del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

Veremos como el conflicto delito en el sistema de justicia penal inquisitivo se lo empieza a definir no como aquel que sucede entre personas o grupos sino como un conflicto entre el infractor y el Estado, en el que las partes involucradas no tienen mayor influencia, no importaba aquí el daño real producido ni la compensación, por lo que surgió la pena, la cual conjuntamente con el Derecho Penal se convirtieron en mecanismos de control del Estado frente a sus asociados.

Conoceremos como la situación de la víctima al ser considerada de poca importancia para el Derecho Penal, ha venido provocando problemas incluso para no contar dentro de la doctrina con un concepto que pueda ser aceptado unánimemente.

Trataremos acerca de como el Estado a fin de legitimar la expropiación del conflicto creó la teoría de la protección del bien jurídico con la cual la víctima fue totalmente ignorada pues la protección ya no se refería al daño real causado sino a la desobediencia de las normas. Hablaremos sobre la influencia del principio de legalidad que exige que a través de la descripción de un tipo penal se establezca y describa primeramente que conductas afectan a que víctimas, es decir que es el Estado quien decide quienes serán constituidas como tal.

Más adelante veremos como el panorama de la víctima comienza a cambiar en algo, y haremos referencia a los que se ha dado en llamar el redescubrimiento de la víctima con el surgimiento de la Victimología que empieza a preocuparse de los derechos e intereses de las víctimas. Haremos mención también a la Victimodogmática y los principios en los que se basa partiendo de que algunas víctimas favorecen en forma dolosa o culposa a su propia victimización, lo que puede tener efectos en la responsabilidad del agresor.

En el tercer capítulo veremos cómo ante los resultados poco alentadores de los sistemas de justicia criminal sobre todo de corte inquisitivo para dar solución al conflicto del delito por la influencia del principio de legalidad procesal que exige la obligatoriedad de la persecución penal, comienza a darse cambios normativos en las legislaciones influenciadas por el principio de oportunidad, que se refiere a buscar, implementar formas de diversificar en el proceso penal una respuesta del sistema diferente a la pena tradicional, y es ahí donde surgen las instituciones de las salidas alternativas como los acuerdos de reparación y suspensión condicional del procedimiento, como acuerdos entre la víctima y el procesado y de éste último con el órgano de persecución oficial; se analizará los motivos, la necesidad, la justificación de la alternatividad en el proceso penal, análisis que se ha tomado de la experiencia de otras legislaciones como la chilena cuyas reformas han tenido influencia en nuestro ordenamiento procesal penal, sobre todo después de la operativización del sistema acusatorio con la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal el 13 de junio de

2001, pues no podemos olvidar que muchos juristas que participaron en la reforma chilena, participaron en un programa de capacitación a los operadores de justicia del Ecuador mediante un convenio con el Centro de Justicia para las Américas.

En el cuarto y quinto capítulo, tratamos exclusivamente de las instituciones de los Acuerdos de Reparación y la Suspensión Condicional del proceso, ingresadas mediante las reformas al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano del 24 de Marzo del 2009; los acuerdos reparatorios que se inspiran en la nueva tendencia de protección y promoción de los intereses de las víctimas dentro del sistema Penal; la suspensión condicional del proceso aquella paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Analizaremos su lógica, ámbito de aplicación, requisitos de procedencia, el control, la titularidad, los efectos, los desafíos de su aplicación, y el rol que en ellas o una de ellas tiene la víctima. Veremos cuál ha sido la frecuencia de su aplicación en la provincia del Azuay a partir de las reformas del 2009.

Por último veremos brevemente como se encuentran estas dos instituciones reguladas en otras legislaciones de algunos países cercanos de la región, que tienen que ver con el tipo de delitos, las tareas a imponerse, los plazos de suspensión, la participación de la víctima y de la Fiscalía.

Queremos así aportar con este trabajo, a afianzar la diversificación en la respuesta penal que tanto hace falta para la aplicación de un Derecho Penal de última ratio, subsidiario y fragmentario, un proceso penal en que los intereses concretos de las víctimas de los delitos sean satisfechos, reparados por el daño producido, y un sistema penal que adopte soluciones acordes con un Estado de Derechos y Justicia.

CAPITULO 1

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema inquisitivo la importancia de la víctima en el Derecho Penal fue nula y concretamente en el procedimiento penal es excluida por la imposición del sistema de persecución penal, pierde su voluntad e importancia en el proceso penal, perdiéndose el interés por la reparación del daño sufrido por ésta, por lo tanto pasó a ser una invitada del proceso penal con poca importancia al igual que sus intereses, reservándole un papel secundario para otorgar datos en la persecución penal.

El delito como conflicto, en el sistema de justicia penal inquisitivo se lo empieza a definir no como aquel que sucede entre personas o grupos sino entre el Estado y el infractor en el que las partes involucradas no tienen mayor influencia, apareciendo la pena estatal como mecanismo de control del Estado.

El sistema inquisitivo influenciado por el principio de legalidad procesal por el cual se impone la obligación de perseguir y sancionar todos los delitos sin que se adopten instituciones que atenúen el rigor del proceso penal y las sanciones tradicionales que este conlleva como es la imposición de la pena. Todo lo cual lleva a un colapso de la justicia penal, lo que ha dado lugar a un cuestionamiento de este principio y se comienzan a buscar soluciones que diversifiquen las respuestas del sistema penal, que van desde la aplicación del principio de oportunidad, discrecionalidad, la introducción de instituciones conocidas como salidas alternativas en donde participan autor, víctima, fiscal, mecanismos alternativos a la pena, hasta la introducción de la reparación como tercera vía sancionatoria.

Todas estas instituciones que simplifican el proceso penal han sido consideradas necesarias por las diferentes legislaciones ya sea por razones de orden jurídico, económico y sobre todo social, frente a la imposibilidad del Estado por medio de su engranaje de persecución,

procesar la totalidad de conductas que conoce, lo que devienen en un menoscabo integral para Estado, al procesado y a la víctima.

Ante este panorama los Estados en la implementación de sus reformas procesales penales han buscado que los operadores de justicia tomen los conflictos de manera humana, que el sistema de justicia penal responda de manera oportuna, a los requerimientos de la sociedad y las víctimas, dejando a un lado la obligatoriedad de la persecución oficial, y buscando un escenario que permita la incorporación de la Institución de Salidas Alternativas entendiéndose a éstas como aquellas Instituciones jurídicas que procuran dar vías de solución opcionales al juicio, cuando se reúnan ciertos requisitos, siendo ese escenario la adopción del sistema penal acusatorio.

Es así como la comunidad jurídica mundial (Europa – América) ha integrado en sus legislaciones la negociación y la alternatividad al proceso ordinario penal. Los modelos actuales de administración de justicia comienzan a responder a la uniformización de las reglas procedimentales, acordes a los parámetros de la globalización, y se exige que la celeridad y eficacia predominen en la resolución del conflicto que significa el delito. Así por ejemplo la justicia norteamericana en un 90% se fundamenta en justicia transaccional o consensuada y el restante 10 % sigue el camino de la persecución.

Siguiendo la tendencia mundial de incorporar salidas o formas no convencionales de conclusión del proceso penal como mecanismos para mejorar el sistema de administración de justicia en los países de la región y a nivel mundial se han introducido diversos institutos que sirven a este objetivo común..

Así tenemos la institución de acuerdos reparatorios, que han sido una novedad en todos los proyectos de reforma procesal en América Latina, surge de un acuerdo entre la víctima y el procesado, satisfaciendo el interés

concreto de aquella, se inspira en la nueva tendencia de protección y promoción de los intereses de las víctimas dentro del sistema Penal.

Por otra parte, la suspensión condicional del proceso en general la podemos entender como la paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado, que nace de un acuerdo entre el Fiscal y el procesado, por el cual éste se impone cumplir ciertas reglas y condiciones durante un período de tiempo de modo tal que si las cumple la acción penal se extingue, y en el caso de incumplimiento el proceso se reanuda.

Nuestro país Ecuador acorde con los proyectos de avances procesales de la región, en las reformas al Código de Procedimiento Penal, contenida en el Registro Oficial # 555 del 24 de Marzo del 2009, implementó estas salidas alternativas de los Acuerdos Reparatorios y Suspensión del condicional del proceso, buscando obtener respuestas diferentes a la persecución penal tradicional en donde la pena de privación de libertad ha sido la sanción predominante.

1.1 Objetivos:

1.1.1 Objetivos Generales:

- 1.1.1.1 Demostrar si la persecución penal tradicional y la aplicación de las penas han sido o no la solución más óptima al conflicto delicto.
- 1.1.1.2 Determinar hasta qué punto en la solución de los delitos es importante la voluntad de la víctima.
- 1.1.1.3 Determinar si los acuerdos de reparación y suspensión condicional del procedimiento, en adelante salidas alternativas, bien aplicadas y entendidas, son soluciones de alta calidad en el proceso penal al conflicto que significa el delito.

- 1.1.1.4 Determinar si estas salidas alternativas coadyuvan a optimizar los recursos del sistema y a optimizar las respuestas de éste frente a ciertas categorías de delitos o bienes jurídicos protegidos.
- 1.1.1.5 Establecer si las salidas alternativas responden o no a la lógica de las facultades discrecionales.
- 1.1.1.6 Demostrar que la reparación a los intereses de las víctimas ha sido una aspiración del proceso penal, y que las salidas alternativas en mención ofrecen mayores posibilidades en este sentido, frente a la persecución penal tradicional, en donde ha prevalecido el interés del Estado;
- 1.1.1.7 Comprobar que las salidas alternativas evitan que el proceso se extienda innecesariamente frente a casos en donde la persecución tradicional no es la más conveniente por lo que es necesario que éstas se apliquen desde el momento que se formaliza la investigación, y que las legislaciones no deben ser rígidas en cuanto a la oportunidad que éstas se ejecuten.

1.1.2 Objetivos Específicos:

- 1.1.2.1 Demostrar que la suspensión condicional de procedimiento y los acuerdos de reparación son una excelente herramienta para aplicarla en los casos de poca gravedad, y permite que los recursos del sistema se apliquen a la criminalidad más álgida.
- 1.1.2.2 Determinar a quién corresponde la titularidad de estas salidas alternativas si a quien tiene el ejercicio de la acción penal, a la víctima, procesado o al órgano jurisdiccional.
- 1.1.2.3 Determinar si estas salidas alternativas son verdaderas respuestas penales o siguen siendo consideradas como simples atenuantes a la pena.

- 1.1.2.4 Determinar si el sistema de justicia penal ecuatoriano, con la base constitucional, legal, es un escenario donde estas salidas van o podrán ser aplicadas adecuadamente.
- 1.1.2.5 d) Determinar si nuestra legislación procesal penal responde a la lógica de estas salidas, y si los actores del sistema procesal penal están preparados para su aplicación.

1.2 Hipótesis:

- 1.2.1** La introducción de la reformas procesales comienzan a tener en cuenta la situación y el papel de la víctima en el proceso penal frente a las llamadas “salidas alternativas” que surgen como repuestas penales diferentes a la pena y el juicio tradicional; por lo que podemos plantear como una primera hipótesis que la cuestión de la alternatividad surge como un cuestionamiento de que el sistema penal y la penas, especialmente privativas de la libertad, no han logrado solucionar la dificultad de la criminalidad y sobre todo el conflicto social que significa el delito, de manera que las llamadas salidas alternativas se constituyen en respuestas más satisfactorias para las partes procesales.
- 1.2.2** Pese a que las instituciones motivo de esta investigación representan las salidas alternativas, éstas en el tema de la alternatividad se incluye todo forma de término de que no sea la tradicional persecución penal, sin embargo estas dos instituciones responden a una lógica, fundamento, justificación diferente a las facultades discrecionales (desestimaciones, archivos, oportunidad) y a los mecanismos de simplificación procesal (procedimiento abreviado, simplificado) porque son soluciones alternativas a la persecución, juicio y pena tradicional.

1.2.3 En concordancia con lo antes planteado parece que es importante tener claro la lógica de estas salidas alternativas, en relación con los modelos procesales penales y los fines que persiguen estos, con lo que queremos hacer una comparación entre el sistema inquisitivo y el sistema acusatorio, y en cuál de éstos escenarios son compatibles ellas, podríamos plantear como hipótesis, que en el sistema inquisitivo por la fuerte influencia del principio de legalidad, resultarían inconciliables, no así en aquel de corte acusatorio en el que tiene plena vigencia la discrecionalidad, la oportunidad para solucionar al delito considerándolo como un conflicto social.

1.2.4 Sin embargo las salidas alternativas no pueden aparecer en el proceso penal sin una fuerte argumentación que justifique su introducción en el mismo, por lo que planteamos como otra hipótesis que éstas a más de diversificar las respuestas penales van a responder al carácter selectivo del sistema penal, satisfacción real de la víctima, razones de conveniencia social en relación con el minimalismo penal, por lo que podríamos decir que son una excepción al principio de legalidad procesal, por lo cual la persecución penal pública se la puede interrumpir, suspenderla, salvo los casos que la ley establece, incluso se puede llegar a la extinción de la acción penal, por lo cual se acercan más al principio de oportunidad.

1.2.5 Frente a esto no podemos olvidar que la justicia penal no ha obtenido todo el éxito deseado por la gran carga de casos que llegan a ella, la cual con los escasos recursos no puede dar respuestas y soluciones oportunas a todos, y aquellas de tipo tradicional como por ejemplo la privación de la libertad resulta inconveniente para lo heterogéneo, multicausal y específico que es el conflicto social delito.

Sobre la base de las hipótesis planteadas analizaremos aquellas salidas alternativas como son los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento, temas novedosos al programa de reformas en el sistema de justicia penal en la región y especialmente en nuestro

país a raíz de las reformas del 24 de Marzo del 2009 implementadas por la Asamblea Nacional.

1.3 Metodología

En la investigación partiremos con un análisis de lo que es la víctima, su concepto, su papel en el proceso penal, lo que es la Victimodogmática, su relación con las salidas alternativas, y sobre estas su relación con el principio de oportunidad y legalidad procesal, la justificación de estas salidas alternativas, sus fines, lógica, trámite, oportunidad, titularidad, ventajas, desventajas, su presencia en otras legislaciones, y la necesidad o no de su aplicación en nuestro ordenamiento penal. La investigación será básicamente de laboratorio, en base a fuentes secundarias, esto es principalmente doctrinales y bibliográficas; con una amplitud micro y de carácter cualitativo. La técnica de investigación será documental y crítica.

CAPITULO 2

LA VÍCTIMA Y LAS SALIDAS ALTERNATIVAS: ACUERDOS DE REPARACIÓN Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO.

2.1 El Estado y la expropiación de los derechos de las víctimas

Con el advenimiento del sistema inquisitivo la importancia de la víctima en el Derecho Penal fue nula y concretamente en el procedimiento penal es excluida por la imposición del sistema de persecución penal, anterior al cual el Derecho Penal se basaba en un sistema de acción privada como forma principal de la persecución penal y en la composición como forma común de solución de los conflictos sociales que significaba el delito; la inquisición quitó a la víctima ese papel preponderante con la creación de la persecución penal pública y la consideración del sistema penal como un instrumento de control estatal sobre todos los individuos, ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo anterior, o cuando menos la compensación del daño sufrido; “aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central como instrumento de coacción en manos del Estado” (Maier, Julio, La víctima en el sistema penal, Buenos Aires; Pág. 187, 1992) de igual forma surgió en el seno de la Iglesia donde el concepto de pecado era lo fundamental, el cual debía ser perseguido de cualquier forma y manera, por lo que el daño según este sistema era al rey y a Dios, no al individuo.

El delito como conflicto, en el sistema de justicia penal inquisitivo se lo empieza a definir no como aquel que sucede entre personas o grupos sino desde el punto de vista de las regulaciones de carácter penal y las necesidades de organización del Estado, en el que las partes involucradas no tienen mayor influencia una vez que dicho conflicto ha sido tomado por el sistema como una conducta criminal. Las víctimas marginadas pierden por partida doble, primero frente al delincuente, y segundo al negárseles el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. Las víctimas han perdido su

caso en manos del Estado (Nils, Christie, Los conflictos como pertenencia, en La Reconstrucción Victimológica del sistema penal, Pág. 54.- Universidad Javeriana.- Colombia).

La víctima en este sistema queda fuera del escenario, pues al desaparecer la noción del daño al individuo, ocupa su lugar el Estado, y éste la utilizará solo a efectos de que permita con su presencia el castigo estatal.

El Estado a través del proceso inquisitivo tomó y reclamó para sí como una función insustituible e indelegable el ejercicio de la justicia penal para mantener el orden, la paz social y su restablecimiento cuando habían sufrido alteración por parte del delito, dejando a un lado los derechos de quien se había visto afectada por él, tornándose la relación como consecuencia del delito entre delincuente y Estado.

Los cambios del siglo XVIII a partir de la Ilustración no cambia de ninguna manera la consideración y rol de la víctima de sujeto secundario, por el contrario la justicia se estatiza, pues el Estado continuó monopolizando la facultad de castigar legitimando su actuación en la representación de la comunidad y sus intereses, y la justicia y el restablecimiento del orden social operaban sólo cuando el delincuente era castigado quien de esa forma pagaba a la sociedad.

Con el movimiento reformador inquisitivo del siglo XIX se sigue manteniendo la posición de la persecución estatal, primando el interés público por los daños causados por el delito sobre el daño al individuo. Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad, o dicho de otro modo, entre autor del hecho y el Estado (Nils, Christie, Los conflictos como pertenencia.- Editorial Ad.hoc.- Buenos Aires.- 1992 pág. 54)

El sistema penal sustituyó a la persona de carne y hueso por una víctima simbólica y abstracta: la comunidad (Parma, Carlos, "Víctimas". Estado de situación en el proceso penal argentino.- ARA Editores.- 2005).

La víctima se despersonaliza, el Estado despoja a la verdadera víctima de esta calidad y otorga la misma a la comunidad, es decir crea una víctima simbólica y abstracta, producto del sistema jurídico (González Navarro, Antonio Luis, en Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, La víctima y el sistema penal.- Editorial Leyer.- Pág. 1083.- Bogotá Colombia).

Un punto que llama la atención en las sociedades modernas es el desamparo que se ven las víctimas abandonadas por la máquina estatal, e igual por la sociedad civil cuando ocurren hechos delictuosos (Lelio Braga Calhau, Víctima, Justicia Penal y Ciudadanía en Victimología y Victimodogmática, una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- Pág. 92.- Coordinador Luis M. Reyna Alfaro.- ARA Editores. 2003).

La inquisición arrojó a la víctima de su pedestal cuando la composición era la solución a los conflictos y el sistema acusatorio privado fue reemplazado por la persecución penal, desplazando la voluntad de la víctima del proceso penal: al sistema penal el Estado lo convierte en un instrumento de control social con el apareamiento de la pena, ya no importa el daño real, ni la restitución ni la compensación, y la víctima es utilizada para informar o conocer aquella verdad absoluta y única que pregonaba el sistema inquisitivo, el conflicto se redujo a la persecución estatal del imputado.

La falta de interés en la víctima también dio y ha dado cabida a la llamada cifra negra que está constituida por una cantidad de delitos que no llega a conocimiento de los estamentos de justicia y no reciben respuesta alguna del Estado, lo que desemboca en la falta de legitimidad del sistema penal y la desconfianza de las víctimas pues no vislumbran soluciones satisfactorias inmediatas.

Pero no sólo que la víctima es ignorada en los sistemas de justicia penal, sino que incluso cuando su conflicto ingresa a éste, vuelve a ser victimizada, así la doctrina ha distinguido lo que llama victimización primaria y victimización secundaria, la primera aquella que surge como consecuencia del delito sufrido y la segunda de sus relaciones con el sistema jurídico penal (acceso al proceso, tiempos y trato recibido en los juzgados y fiscalías, la demora procesal).

2.2 Concepto de Víctima

La situación de la víctima ha dado lugar a que incluso conceptualmente no haya sido definido su concepto de manera unánime por la doctrina.

Los múltiples conceptos utilizados en el Derecho penal con referencia a la víctima ha producido su falta de definición y confusión, pues para algunos autores sujeto pasivo y víctima son palabras sinónimas, para otros este concepto incluye no sólo a la víctima propiamente dicha sino también al denominado sujeto pasivo y a los terceros perjudicados, adoptándose un concepto amplio de víctima, afirmándose la idea de una “Victimología de máximos” (Beristáin, Antonio, “Desde la Victimología de mínimos hacia la Victimología de máximos, en Cuadernos de Política Criminal #85, 2005 CESEJ Madrid, Pág. 255).

El concepto de víctima no está claramente definido en la doctrina, pese a la trascendencia dogmática-político criminal y procesal que conlleva, sin embargo desde el punto del derecho penal se ha intentado definirla como la titular del bien jurídico penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir el sujeto pasivo; junto a la víctima se hallan los perjudicados, es decir, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro (Landrove, Victimología (N. 1) 1990, Pág. 98).

Algunos autores del sector penal definen a la víctima como “toda persona que ha recibido de manera directa o indirecta la lesión en un bien

jurídico del cual es su titular”, abarcando este concepto tanto al ofendido que es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, cuanto al agraviado que no es el titular del bien jurídico pero indirectamente sufre los efectos del delito (Zavala Baquerizo, Jorge Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Edino 2004, Pág. 341).

La conceptualización de lo que debe entenderse por víctima ha llegado a ser preocupación del Derecho Internacional, así la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 adoptó la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las Víctimas de delitos y abusos del poder, en esa declaración se define a la víctima: 1.- Se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daño, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder; 2.- Podrá considerarse “víctima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “víctimas” se incluye además, en su caso, los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, no define lo que debe entenderse por víctima, e utiliza para referirse a ella el término ofendido, considerando dentro de éste y dándole un tratamiento por igual a la víctima, al agraviado y al ofendido como sujetos pasivos del delito, por lo que es necesario aclarar que ofendido es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; el agraviado sin ser el titular recibe indirectamente los efectos del delito y víctima es toda persona que ha recibido de manera directa o indirecta la lesión en un bien jurídico del cual es su titular.

Bajo estos parámetros en el artículo 68 del C. Procesal Penal Ecuatoriano no se da un concepto de víctima ni hace referencia a la figura de la víctima, sino que enlista a las personas que se puede considerar víctimas, algunas por ficción legal se las considera como tal, así el agraviado, englobando en este concepto a éste último cuanto a la víctima que sufre directamente las consecuencias del delito, así: **1)** Al directamente afectado por delito, y a falta de éste a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo que muchas veces en la práctica va a provocar dificultades sobre quien va a ejercer la acción penal con legítimo derecho ante la falta del ofendido; **2)** Los socios en lo referente a los delitos que afecten una sociedad cometidos por quienes la administran o controlen; **3)** A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses; **4)** A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos y; **5)** A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

En el Código Orgánico Integral Penal (art. 441) tampoco se conceptúa que es la víctima sino que igualmente enlista a las personas que se puede considerar víctimas.

No cabe duda como lo expresa el profesor Queralt, que “la distinción entre víctima y perjudicado es importante puesto que esa relación nexo entre la víctima y el bien jurídico penalmente protegido permite establecer la gravedad del ilícito, la ponderación del bien jurídico y la pena a la conducta que lo afecta; y además la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción a los perjudicados”. (Joan J. Queralt, La mediación en España y perspectivas internacionales” en Victimología y Victimodogmática, una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- ARA Editores.- 2003).

Esta falta de definición ha traído problemas de tipo dogmático, legal y práctico para la aplicación por ejemplo de la mediación en los mal

llamados delitos sin víctima (delitos contra el medio ambiente) para establecer quiénes serían los destinatarios en la misma, pero también incluir en el concepto de víctima “a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a consecuencias desorbitadas” (Joan J. Queralt, obra citada).

2.3 La víctima y la teoría del bien jurídico

El Estado frente al principio de legalidad encuentra su primer límite para su actividad de impartir justicia, pero el mismo en orden al derecho sustancial al momento de establecer la lista de delitos y las penas respectivas busca su legitimación en la “teoría de la protección del bien jurídico” con la cual llevó aún más al anonimato a la víctima, y el Estado a través del Derecho penal ejercía su protección, el control de comportamientos que atentaban a la paz social y no al daño real a una persona.

La actividad de impartir justicia, de ejercer el poder punitivo por parte del Estado, dentro del sistema mixto con los cambios que se dieron a partir de la Ilustración en el siglo XVIII, encuentra límites en el principio de legalidad, que en el derecho material exige que en la ley penal se establezca la conducta prohibida y la pena de la misma, sin embargo esto no atenuó el papel de la víctima que permaneció relegada como sujeto pasivo del delito, y el Estado legitimó su participación con la creación de la teoría de la protección del bien jurídico aún de aquellos individuales y disponibles, ejerciendo esta actividad de protección más allá del daño realmente provocado a la víctima controlando conductas que hacían peligrar la comunidad, expropiándose el conflicto entre actores reales y transformándolo en un conflicto con el Estado por desobediencia a sus normas, en el cual la víctima es totalmente ignorada.

En el sistema señalado la víctima, la reparación del daño, no son considerados por el Derecho Penal, pues el Estado toma para sí la defensa legítima y se convierte en el garante de la vida pacífica de la sociedad, ni siquiera la protección de bienes jurídicos individuales y disponibles logró

reservar poder para la víctima, por lo que el concepto de bien jurídico protegido contribuyó al desconocimiento de ésta y del real daño provocado, para proteger los peligros de la paz pública. “El bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal” (Bovino, Alberto “La participación de la víctima en el procedimiento penal.- Victimología y Victimodogmática en una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal. Coordinador Luis M. Reyna Alfaro. ARA Editores. Pág. 592. Perú. 2003)

Julio Maier afirma que el anonimato de la víctima se generó justamente por la idea del bien jurídico (Maier, Julio. “La víctima en el sistema penal” De los delitos y las víctimas. Ad.hoc 1992. Buenos Aires)

La víctima “una simple figura de papel que encarna desde el punto de vista sistemático la lesión del bien jurídico” (Hassemer, Winfried, “Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una para una teoría de la imputación en Derecho Penal” Pág. 110, también en La víctima en el sistema penal.- Luis M. Reyna Alfaro. E. Grijley 2006, Pág. 118. Lima Perú)

2.4 La víctima y el principio de legalidad

En 1764 César Beccaria publicó sin su nombre la obra “ De los delitos y de las penas” obra en la cual sistematizó algunos principios hasta hoy importantes y vigentes como es el principio de legalidad existente en todos los ordenamientos jurídicos positivos de los Estados, cuyo fin es limitar la facultad de persecución del Estado y de imponer sanciones.

El principio de legalidad conocido en la expresión latina como “nullum crimen, nulla poena sine lege praevia” quedó plasmado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 26 de Agosto de 1789 y se constituyó en una de las principales conquistas de la Revolución Francesa, pero también en una de las garantías jurídicas del individuo frente a la facultad punitiva del Estado ya que puede conocer los hechos punibles y sus penas respectivas “el significado político del principio de legalidad representa una valla para la vocación punitiva del Estado, una garantía que protege al individuo frente al poder penal” (Alberto Bovino.- Problemas del Derecho

procesal Penal Contemporáneo.- Editores del Puerto S.R.I. 1ra reimpresión.- 2006.- página 72).

El principio de legalidad dos siglos más tarde sigue vigente y ha sido reelaborado a través de la doctrina jurídica penal, así Mir Puig en su propuesta señala que este principio presenta varios aspectos, como garantía criminal “exige que el hecho se encuentre descrito en una ley”; como garantía penal que la pena se encuentre también señalada en la ley; como garantía jurisdiccional que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial; y garantía de ejecución que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Cabe preguntarse como un Estado con facultad de castigar ha aplicado el principio de legalidad. Con relación a la garantía criminal que representa el principio de legalidad, si bien las conductas punibles están previstas en una ley anterior, en la actualidad asistimos ante un catálogo de delitos tan amplio, pues cualquier problema social al que no se sabe cómo responder o solucionar se recurre al Derecho Penal presentándose lo que se conoce como inflación penal lo que ha dado lugar a una pérdida del sentido del principio de legalidad como límite a la injerencia punitiva del Estado.

A esto se suma la vaguedad en las descripciones legales para nuevos tipos penales que en realidad no se sabe cuál es la conducta prohibida afectando aquellos aspectos de ley escrita y estricta, así conceptos que dependen de la ley civil, expresiones como “actos contrarios a la ley” sin que se defina cuáles son estos y su alcance.

En cuanto a la garantía penal, de que la pena esté determinada en la ley, se legisla con escalas penales amplias de manera que la imposición de la pena quede al arbitrio judicial.

El principio de legalidad en su significado político de ser un límite al poder estatal en cuanto a la distribución del castigo, a la igualdad de los

habitantes ante la ley y que frente al acto cometido es irrelevante considerar razones de orden social, económico, sexuales, este principio de legalidad como garantía no ha podido cumplir esa promesa pues el Derecho Penal se ha presentado como uno de los métodos de control social más desigual.

Respecto de la decisión de la persecución penal en manos del Estado, ni los cambios revolucionarios, ni el Iluminismo atacaron la persecución penal en manos del Estado, todo como consecuencia de la garantía del principio de legalidad por el cual no se cuestionó el por qué el Estado debía definir las conductas punibles, las penas, por qué debía ostentar la titularidad de la acción penal la aplicación o no del castigo, cuál era el papel de los individuos.

La explicación pasa porque el momento de transferencias y cambios sociales no podía ponerse en crisis la legalidad del Estado, y en el nuevo Estado liberal lo que se castigaba era la desobediencia a la norma y no el daño a terceros, es decir el Estado como hasta ahora se quedó con la facultad de decidir qué hechos iban a ser perseguidos penalmente y las penas a aplicarse, facultades que a su vez permitieron la consolidación del principio de legalidad sin cuestionar la legitimidad del Estado.

Por el principio de legalidad el Estado describe la conducta que perseguirá y la sanción, surge entonces la alternativa penal como cotidiana, como racional, como la única respuesta posible, es decir este principio ha tolerado que durante doscientos años se consolide el castigo estatal y la imposibilidad de buscar otras salidas alternativas más racionales frente a los conflictos sociales.

Pero nos preguntamos qué ha pasado con la víctima frente al principio de legalidad.

En primer lugar como ya señalamos no existe una definición de víctima, sobre ella vamos a encontrar solo aquellas de naturaleza

manifiestamente legal pues la práctica jurídica es el único espacio capaz de darle tal calidad y de éste surge quien es o no víctima, lo que nos forma en sujetos con ciertas características, pues sólo tenemos la calidad de tales en tanto en cuanto la ley penal nos defina como tales, antes no somos ni autores ni víctimas. Por lo tanto decir que el Estado ha excluido a las víctimas es cierto, y aquí se hace presente nuevamente el principio de legalidad, pues éste exige que a través de la descripción de un tipo penal se establezca y describa primeramente que conductas afectan a que víctimas, es decir que para la exclusión y la intervención jurídica del Estado éste previamente debe constituir a la víctima que es a su vez quien legitima la intervención estatal.

Sin embargo una vez creada la víctima por el tipo penal, una vez que ha permitido la intervención penal, ésta queda atrapada en el mismo tipo penal y por ello se ha creado el concepto de bien jurídico cuyo contenido sigue estando en la discusión y en relación a la víctima se afirma que “el bien jurídico no es más que la víctima objetivada en el tipo penal” (Alberto Bovino.- ob. cit. Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo.- Pagina 182.), por cuanto luego de ser constituida como tal de permitir la intervención penal, es excluida, pues el Estado es el que actúa a nombre de ella, como si fuera la víctima, pero en realidad actúa sólo a nombre de él, y sobre esta realidad ha surgido el tema de la indisponibilidad de los bienes jurídicos.

Es decir que la víctima una vez que permite la intervención penal al Estado, este asume la titularidad de la acción penal, el interés del individuo es irrelevante, no importa si éste no quiere actuar, si quiere perdonar o si su única aspiración es ser reparado, únicamente cuenta la voluntad del Estado como titular de la acción, por eso la doctrina sostiene la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos “que terminan por hacer desaparecer de la discusión la voluntad concreta del supuesto ofendido” (Alberto Bovino.- ob. cit. Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo.- Página 182) lo que podemos encontrar en expresiones como la vida es un bien jurídico del

que el mismo titular no puede disponer; o la vida no es un bien cuya disponibilidad corresponde al sujeto pasivo.

Otro mecanismo para justificar la intervención jurídica penal, es la vigencia del principio de legalidad por el cual los tipos penales se refieren a conductas que afecten a terceros, de manera que en los casos que no hayan víctimas, ofendidos para reclamar, todos somos victimizados, ejemplo en el caso de estupefacientes de consumo personal, el bien jurídico es la salud pública, la necesidad de proteger a la sociedad y no importa el interés particular del adicto, por lo tanto todos somos víctimas y se justifica la intervención del Estado.

Con la influencia del principio de legalidad, el Estado será quien decida si hay víctimas, quien es ofendido, cuál será el castigo al infractor, decisión que se tomará en el escenario del proceso penal, donde la víctima tiene un papel irrelevante y su único papel es aportar pruebas para la pretensión del Estado.

2.5 La victimología y el redescubrimiento de la víctima

El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, centraron su interés en el delincuente y la sociedad, el delito es considerado como ruptura del contrato social, en el que poca importancia tiene la persona o colectividad concreta que resulta afectada; lo que importaba era la protección de bienes jurídicos y esta se basaba en el castigo de delincuente, la reparación a la víctima por el daño causado era olvidada.

Conocemos que no siempre fue así la situación de la víctima, que en los orígenes de la vida en sociedad, hasta la baja edad media la víctima era el eje de la reacción penal a través de la venganza, la compensación; sin embargo en la construcción del Estado éste absorbió el rol de la víctima, de adueñó del conflicto social y asumió el monopolio de la persecución en la intervención penal.

La escuela clásica italiana, con Francisco Carrara, se pronunció sobre la reparación del daño, se planteaba que las multas pagadas por los delincuentes constituyeran un caso público para indemnizar a los afectados por los delitos; en 1887 Rafael Garófalo en la obra "Indemnización a las víctimas del delito" se refiere que éstas deberían ser materia de indemnización por parte del Estado, pero que las normas sólo se han ocupado del delincuente; en 1881 Eugenio Ferri proponía que el procedimiento penal debía cambiarse, reformarse para dar paso a la reparación del daño.

Surge así la Victimología en los años 40 con los estudios y obras de Mendelsohn y Von Henting que se dedican al estudio científico de las víctimas, estos primeros estudios victimológicos se centraron en la llamada pareja penal delincuente-víctima, en donde para algunos autores esta última jugaba un papel activo en la génesis del delito; así mismo comienza a tratarse el tema de personas propensas a ser víctimas, y también como la sociedad en muchísimas ocasiones determina dicha condición. Mendelsohn siguió la vía iniciada por Von Henting y realizó la clasificación de las víctimas sobre la base de la culpabilidad de éstas.

A partir de la segunda guerra mundial, surgen los primeros aportes victimológicos, así con las obras de Mendelshon de 1937 y 1946, trata de toda víctima y de las causas que provocan su aparición y define a la Victimología como "la ciencia sobre las víctimas y la victimidad", señalando que el objetivo fundamental es lograr que haya menos víctimas en todos los sectores de la sociedad, siempre que la sociedad esté honestamente en lo público (Vademécum Victimológico.- Sistema Nacional de Protección a Víctimas y Testigos y otros participantes en el proceso penal.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición.- Mayo 2011.- pág. 13). Trata ya de la pareja penal, referida a la víctima y victimario y clasifica a las víctimas en función de la culpabilidad de éstas en la producción del delito, víctimas inocentes, de culpabilidad menor, provocadoras, por imprudencia y únicamente culpables.

En 1948 Hans Von Henting publicó su obra “El Criminal y su víctima” donde hizo una clasificación de las víctimas, ya por su sexo, edad, diferencias mentales, a sí hay víctimas desenfundadas, solidarias, libertinas, depresivas. La víctima es estudiada desde la conducta del ofensor y lo que ésta puede generar en la construcción del delito y en los deseos del delincuente.

Wolfgang en 1958 en su libro *Patterns in criminal homicide*, utiliza el concepto de precipitación, para referir los supuestos en los que la víctima había sido quien inicialmente utilizó la violencia, concepto que se intentó aplicar a los delitos de robo y violación. Esto más la carga moral de culpabilidad que se atribuía a la víctima originó críticas a la victimología originaria.

Se empieza a conceptualizar a la Victimología, como lo expresa Gulotta “es la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito” (Vademécum Victimológico.- Sistema Nacional de Protección a Víctimas y Testigos y otros participantes en el proceso penal.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición.- Mayo 2011.- pág. 13).

En los años sesenta época de cambios sociales, los estudios teóricos de la Victimología presentan fuertes avances y comienza a surgir un progresivo interés por las víctimas de los delitos que empiezan a ser objeto de atención por la tarea legisladora en las respuestas penales.

En la década de los ochenta la Ciencia del Derecho Penal dirige su mirada hacia la víctima lo que ha dado en hablar del redescubrimiento de la víctima y así surgió una nueva Victimología que se diferenciaba de la inicial por su preocupación de los intereses y derechos de las víctimas y no confrontar sus derechos con aquellos del delincuente.

Esta nueva Victimología, a decir de Elena Larrauri, obedecía a “que había una mayor rentabilidad política de satisfacer a las víctimas que a los delincuentes; la necesidad de establecer un contrapeso a la criminología crítica, que quería eximir al delincuente de responsabilidad, el ímpetu del movimiento feminista, señalando el alto grado de victimización sufrido por las mujeres; y el surgimiento e impacto de las encuestas de victimización que demostraron la extensión del delito y de su concentración en los estratos más vulnerables de la población” (Elena Larrauri.- Victimología.- De los Delitos y de las Víctimas.- Segunda reimpresión.- Editorial Ad-hoc.- Argentina.- 2008.- página 285).

Maier dice “Se trata de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho Penal, y por fin de los medios de realización que para alcanzar esos fines y cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho Procesal penal, se trata de un problema político criminal común, al que debe dar solución el sistema en su conjunto”. (Maier, Julio “La Víctima en el sistema penal” De los delitos y las víctimas. Editorial Ad-hoc 1992. Buenos Aires).

Este redescubrimiento de la víctima ha sido de importancia para la creación de normas internacionales como la Declaración de los Derechos Fundamentales de las víctimas de delitos y abuso del poder ,adoptado por la Asamblea General de las Naciones unidas, el Tratado # 16 del Consejo de Europa sobre la reparación de las víctimas de delitos con violencia; la recomendación 11 del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el proceso penal; la Recomendación 21 del Consejo de Europa sobre la asistencia de las víctimas y la prevención de la victimización, por lo que se comienzan a desarrollar posiciones de interés sobre la víctima como parte de la política criminal de los Estados modernos, en función de la estrecha relación entre derecho sustantivo y derecho procesal penal.

El 29 de noviembre de 1985, la asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por consenso la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Principios Básicos de Justicia a las víctimas de Delitos y del abuso del

Poder a fin de que los países miembros traten a las víctimas con respeto, para que éstas tengan derecho a la restitución a través del sistema de justicia y la prestación de asistencia para favorecer su recuperación, declaración que está relacionada con la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 “pues los derechos humanos son una de las piedras angulares de los principios de la democracia y constituyen una expresión clara acerca de la dignidad de la vida y el rechazo a todas las formas de discriminación basadas en la raza, religión, género y nacionalidad (Vademécum Victimológico Sistema Nacional de Protección y asistencia a Víctimas, Testigos y otros participantes en el Proceso Penal.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición.- Mayo 2011.- página 16). En 1988 con el fin de operativizar la Declaración, se emitió el Manual de Justicia sobre el uso y aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para víctimas de Delitos y abuso del poder.

Esta joven disciplina de la Victimología puede ser definida como “una ciencia multidisciplinaria que se ocupa del conocimiento relativo de los procesos de victimización y des victimización; le concierne el estudio del modo en que una persona deviene en víctima, de las diversas dimensiones de la victimización (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y realización social de la víctima” (Vademécum Victimológico Sistema Nacional de Protección y asistencia a Víctimas, Testigos y otros participantes en el Proceso Penal.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición.- Mayo 2011.- Pág. 18).El vocablo victimología proviene del término inglés “victimology” acuñada en los años 40 del siglo pasado.

Con la Victimología se han presentado interrogantes como quienes son víctimas, cual es el beneficio o utilidad que presta la Victimología, si son víctimas solo lo que se deriva del delito o también lo son aquellas provenientes de accidentes circunstanciales naturales y catástrofes sociales, igualmente no siempre las víctimas son los sujetos pasivos o los

que reciben directamente los efectos del delito, lo pueden ser también los familiares de éstas, la comunidad.

Sobre la calidad científica y el rango como ciencia de la Victimología se ha dicho que no es una disciplina científica, tampoco un territorio académico, al que académicos y científicos entrenados en diversas disciplinas hayan entregado contribuciones teóricas y de investigación. (Primer Congreso Interamericano de Psicología Jurídica.- Chile.- Septiembre 1995.ob. cit. Vademécum).

De esta discusión sobre la autonomía de la Victimología es necesario decir que el conflicto social que resulta del delito debe ser observado desde otro prisma, uno con el que se vislumbre la manera de repararlo, homogenizarlo, pues el delito es un acto concreto y como tal provoca correcciones concretas, las discusiones teóricas sólo distancian y separan el interés para asistir a las personas por los actos criminales.

En cuanto al objeto de la Victimología, se ha dicho que éste se ocupa de las víctimas de hechos delictivos (objeto en sentido estricto) como también se ocupa de las víctimas de catástrofes naturales (objeto en sentido amplio).

Al respecto existen argumentos, razones, que se dirigen a sostener la conveniencia de distinguir entre un objeto estricto y un objeto extenso que permite ingresar a otros hechos de carácter no delictivo, pues por un lado existen rasgos que distinguen a las víctimas de delitos de aquellos otros acontecimientos; sin embargo entre unas y otras hay elementos comunes que permiten sostener la pertinencia de la independencia de la Victimología y un saber propio, así son comunes los efectos de la ansiedad, el stress postraumático, que se presentan en víctimas de actos delictuosos como son catástrofes, acontecimientos de otra índole; en el ámbito social en los sentimientos o reacción que puede darse con respecto a una víctima de un delito o de una desgracia; en el campo normativo, los derechos de las víctimas son iguales en las distintas situaciones, aunque muchas veces se

relevan las respuestas políticas a las victimológicas y se da mayor importancia a los derechos de las víctimas de delitos.

Estos planteamientos de las diferencias de un objeto extenso de la Victimología puede correr el riesgo de un aumento del requerimiento social a la calidad de víctima pues ello puede ser percibido como provechoso en el plano social, económico e incluso meramente psicológico.

Quienes defienden la independencia de la Victimología sostienen la necesidad de aquello en el sentido de que es la manera de evitar que esto sea una antesala de expansión del Derecho Penal, así “la descripción de los efectos en las víctimas de una situación generadora de un stress posttraumático de un trastorno adaptativo, en la que pueden intervenir factores de predisposición individual a la vez que factores exógenos relacionados con conductas de terceros, no puede aparecer vinculada de modo automático a la valoración jurídica de tales conductas” (Vademécum Victimológico.- Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros participantes en el Proceso Penal.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición. Páginas 26, 27).

Sin embargo de lo dicho no podemos desconocer la necesidad de una Victimología penal pues en ella se plantean aspectos, cuestiones relevantes como la victimización secundaria, el papel y los derechos de las víctimas en el proceso penal, la reparación, las relaciones de la víctima y el agresor luego de los hechos y las resoluciones judiciales.

2.6.- La Victimodogmática

Se viene refiriendo a la Victimodogmática, como “la orientación sistemática que se dedica a analizar las incidencias de la victimología en el ámbito de la teoría del delito y en los tipos penales” (Ana Isabel Pérez Cepeda.- La Victimodogmática en Derecho Penal.- Victimología y Victimodogmática.- Una aproximación del estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- Coordinador, Luis Miguel Reina Alfaro.- Ara Editores.- Perú.- 2003.- pág. 59).

La Victimodogmática parte de que algunas víctimas favorecen en forma dolosa o culposa a su propia victimización, lo que puede tener efectos en la responsabilidad del agresor incluso excluirla. Para ella la investigación del hecho delictivo y de su autor, debe abarcar el papel que desempeñó la víctima, para así determinar si en razón de ese papel merece protección penal, o por el principio de última ratio debe descartarse la pena o mitigarla. El objetivo de la Victimodogmática es lograr una disminución de las sanciones.

Así la imputación objetiva por el resultado, ha sido uno de los temas más discutidos de los últimos años, como dice el profesor Bernd Shüneman la categoría de la imputación objetiva ha abarcado entre tanto cada vez más ámbitos de aplicación, como un pulpo gigante con innumerables tentáculos (Shüneman, Bernd, Teoría de la Imputación Objetiva. Cit. Pág. 33) y en relación con esto se ha empezado a tratar sobre la Victimodogmática a través de la cual se busca dar soluciones a la intervención y responsabilidad que la víctima puede tener en el conflicto que genera el delito, de manera especial en aquellos delitos en que el sujeto afectado por éste es además el titular del bien jurídico y desde la posición de la Victimodogmática se habla del principio Victimológico, el criterio de fin de protección de la norma, la imputación de la víctima, y el consentimiento de la víctima.

2.6.1 El principio Victimológico

Desarrollado por Shüneman, basado en que en la interpretación de los tipos penales debe regir criterios de merecimiento y necesidad de pena conforme los cuales ésta última no se aplicará si la víctima no merece ni necesita protección penal, así plantea si el daño social resulta de la conducta de la víctima que desatiende sus propios intereses, entonces, de hecho la víctima, no el ofensor, debe ser disuadido de comportarse de una forma socialmente dañosa. Y esta intimidación de la víctima puede ser mejor lograda negándole la protección del Derecho Penal si ella descuidó sus propios intereses (Shüneman, Bernd, El papel de la víctima dentro del

sistema de Justicia Criminal: Un concepto de tres escalas, en La Víctima en el sistema penal. Luis Reyna Alfaro. Grijley 2006. Lima).

Los defensores de este principio lo limitan a aquellos delitos de relación es decir en los que para su consumación es necesario el aporte de la víctima no así para los delitos de acometimiento en los que no se da la contribución de la víctima.

Las críticas a este principio no se han hecho esperar así: a) Se dice que está alejado de consideraciones normativas; b) Posibilita la potencial pérdida del derecho a la tutela penal de la víctima, con ello se contradice la función del Estado de protección de bienes jurídicos y la exigencia de que sea la víctima quien se auto proteja; c) Como expresa el profesor Cancio Meliá, falta de determinación de los casos en los que la víctima merece y necesita protección penal.

2.6.2 El criterio de fin de protección de la norma y la autopuesta en peligro de la víctima

Esta idea como restricción del tipo penal objetivo surge de los aportes principalmente de Roxin y Rudolphi, según los cuales para imputar el resultado de una acción u omisión creadora de un riesgo permitido es necesario que éste se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma, pues se considera que no es objetivo del tipo penal aquellos resultados que afecten o pongan en peligro un bien jurídico que vengan de la autopuesta en peligro de la propia víctima.

2.6.3 La imputación a la víctima

La imputación de comportamientos asignados al ámbito de responsabilidad de la víctima, han encontrado propuestas de solución a través de la idea de concurrencia de culpas y del principio de autorresponsabilidad.

- **La concurrencia de culpas.**-Gira alrededor del estudio de los efectos que provienen de la conducta de la víctima en la creación del delito y

su trascendencia en la relación de causalidad. El mérito de esta posición poco aceptada en la doctrina reside en haber identificado la necesidad de otorgar alguna relevancia a la intervención de la víctima en el delito (Cancio Meliá, Manuel, Conducta de la Víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, también en La víctima en el sistema penal.- Luis Reyna Alfaro Grijley.- 2006. Pág. 128).

- **El principio de autorresponsabilidad.**- Parte de la idea de que las personas deben responder únicamente de sus propios actos lo que nos sitúa con la figura de ser humano capaz de autodeterminarse y responsable de su ámbito de organización como titular de ésta, por lo tanto la responsabilidad penal del autor dependerá de la intervención que éste haga de ese ámbito de organización ajena. Los problemas surgen cuando aparece una organización conjunta del hecho entre víctima y autor, en cuyo caso será necesario establecer si subsiste el ámbito de responsabilidad de la víctima o si, por el contrario, la responsabilidad penal se traslada al ámbito del autor. (Reyna Alfaro, Luis, La víctima en el sistema penal.- Grijley.- Pág. 131. Lima- 2006). Las críticas contra este principio apuntan a su falta de sustento legal en el ámbito de la imputación y su nivel de concreción insuficiente.

2.6.4 El comportamiento de la víctima y el consentimiento

Aunque minoritariamente un sector de la doctrina desde el punto de vista del consentimiento de la víctima resuelve los problemas de imputación al tipo objetivo aplicando el consentimiento como excluyente de la tipicidad, desde esta óptica los tipos penales aluden a ámbitos de situaciones que implican el reconocimiento de la autonomía de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad, lo que a su vez impide que se recurra a la función de protección de bienes jurídicos para ignorar al propio titular de los bienes jurídicos (Reyna Alfaro, Luis, ob. cit.- E. Grijley, Pág. 132. Lima 2006).

CAPITULO 3

LAS SALIDAS ALTERNATIVAS: ACUERDOS DE REPARACIÓN Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO.

3.1 Acuerdos de Reparación y Suspensión Condicional del Proceso

La crisis que viven los poderes judiciales, y la preocupación de los Estados modernos en aras de encontrar mayor bienestar para la población ha hecho que comiencen a buscar y dar cabida a distintas formas de resolver los problemas que presentan las sociedades sobre todo en el enfrentamiento con el delito como uno de los conflictos más difíciles de combatir y solucionar, frente al cual la obtención de una sentencia, la imposición de una pena no ha resuelto ni ha disminuido el mismo, como tampoco la satisfacción de los intereses y derechos de las víctimas.

Frente a la deslegitimación de los sistemas de justicia, han surgido respuestas políticas criminales que menguan la aplicación del Derecho Penal incluso apoyan su abolición, así ésta última posición niega la legitimidad de los sistemas penales actuales abogando por una derogación total de los mismos, optando por mecanismos informales para la solución de los conflictos.

En este contexto se ha institucionalizado la resolución de conflictos mediante la introducción y consideración de mecanismos que buscan ese fin, que tengan un valor similar y de resolución al igual que una sentencia, pues lo que se busca además es que los conflictos lleguen a los tribunales una vez que se agotó todas las posibles respuestas distinta a la sanción estatal.

La institucionalización de la resolución de conflictos se ha venido realizando mediante mecanismos informales, voluntarios, legales, obligatorios, desarrollándose procesos que tratan al conflicto desde distintos puntos de vista, que permiten encontrar otras respuestas desde los niveles más bajos de tal manera que éstas se operativicen antes de que el

conflicto llegue a los tribunales de justicia y en algunos de ellos con la intervención de las víctimas.

Sin embargo no ha sido sencillo el tema de otro tipo de respuestas, pues entre otros motivos está la desconfianza en los sistemas jurídicos, el poco interés por las víctimas del delito y el daño consecuencia del mismo, las sociedades en su afán de combatir la delincuencia y el conflicto social que ésta ocasiona exigen entre otras endurecimiento de penas como si aquello fuera la única solución, olvidando que ante la complejidad de los conflictos las soluciones no puede ser la misma en todos los casos, de ahí que la mera recurrencia a la solución penal como única manera de enfrentar los conflictos sociales no aparece como respuesta válida a esta altura de los tiempos y hay que pensar en algo polifacético y distinto” (Elena I. Highton, Gladys Alvarez y Carlos Gregorio.- Resolución alternativa de Disputas y Sistema Penal.- Editorial Ad- Hoc.- Buenos aires 1988.- Pág. 2).

Al Derecho Penal se le han asignado varias funciones, entre ellas se dice que su misión es proteger bienes jurídicos fundamentales y de defensa social, funciones que no se ha podido o cumplido a cabalidad y más aún cuando han sido aspiraciones de los grupos sociales pero no realidades, pues una cosa es la represión penal teóricamente y otra como en la realidad funciona el sistema de represión; igual cosa ha ocurrido con la pena sobre la cual se dice que tiene efecto de prevención general, para disuadir del delito a aquellos que no han delinquido y de prevención especial sobre aquel que ya sufrió una pena por el delito que cometió para que no vuelva a hacerlo, sin embargo la realidad ha demostrado que la pena de prisión no ha dado mayor efecto sobre los ciudadanos a más de aislarlos y evitar su resocialización.

Por otro lado no todos los bienes jurídicos merecen tutela penal y por lo tanto su afección debería estar confiada a otras ramas del Derecho, pues la realidad nos muestra que los Tribunales de Justicia se han abarrotado de asuntos, conflictos no fundamentales los mismos que por efectos del principio de legalidad procesal han tenido que ser perseguidos

oficialmente y llegar hasta esas instancias, dando como resultado que los conflictos graves de interés de la comunidad no sean solucionados. Está también la escasa intervención de la víctima en la solución de su conflicto; la gran cantidad de individuos que no han obtenido sentencia en tiempos prudenciales afectando sus garantías fundamentales pues su privación de libertad se ha convertido en una pena anticipada, de tal manera que el sistema de justicia lejos de evitar la violencia responde de la misma forma agravando el problema social, surgiendo también la pérdida de confianza al mismo mientras la realidad nos demuestra que las cárceles repletas no han disminuido la tasas ascendentes del delito en definitiva la respuesta punitiva del Estado debe diferenciar que conflicto debe resolverse por medio de la sanción penal de aquellos que merecen una solución diversa.

Estas realidades anotadas en la estructuración de un sistema moderno, penal y garantista han surgido simultáneamente con la discusión de la alternatividad y el cuestionamiento al sistema penal en el sentido de que éste no ha resuelto el problema de la criminalidad y que su aplicación ha sido más rigurosa a los sectores sociales vulnerables y la necesidad de introducir nuevas formas de resolver los conflictos penales, distintas a la persecución tradicional, que permitan disminuir los efectos negativos del sistema penal concretamente de las penas privativas de libertad, que sean respuestas más satisfactorias para la sociedad, la víctima y el agente responsable del delito.

En el ámbito del Derecho la Doctrina Comparada cada vez con mayor frecuencia se va planteando la diversificación de respuestas del sistema penal, así la descriminalización de un gran número de delitos considerados como de bagatela como también mecanismos conciliatorios anteriores a la intervención estatal, lo cual también se ha hecho presente en el proceso penal por medio de instituciones que permiten reparación a las víctimas por parte de los autores del delito, negociaciones entre el procesado y el fiscal, como también mecanismos alternativos a la imposición de la pena y la reparación como tercera vía en el derecho penal.

Estos mecanismos en donde se hace presente la alternatividad se tratan de las llamadas Salidas Alternativas al proceso penal, que han sido introducidas en las reformas procesales de los países de la región en los últimos años, y se refieren específicamente a la suspensión condicional del proceso y los acuerdos de reparación, instituciones que se distancian del principio de legalidad procesal y representan soluciones del conflicto delicto de una manera distinta a la persecución penal tradicional especialmente suprimiendo la pena de privación de libertad la cual no es parte de estos acuerdos y negociaciones.

En aplicación del principio de legalidad procesal, la Fiscalía como órgano de persecución penal oficial, en conocimiento de un delito, deben perseguirlo hasta las últimas consecuencias, sin que la persecución pueda suspenderse, interrumpirse, sin embargo en el nuevo esquema procesal de corte acusatorio vigente en la mayoría de países de la región, se contemplan excepciones a este principio y es ahí donde se sitúan las llamadas salidas alternativas de suspensión condicional del proceso y acuerdos de reparación.

Estas salidas alternativas son respuestas diferentes del sistema tradicional de solución de casos que contempla únicamente el juicio, la imposición de una pena o la absolución; la expresión alternatividad en su sentido más débil, como una respuesta estatal diferente no excluye la intervención punitiva del Estado, es más las instituciones que la representan se ejecutan dentro del sistema penal; en su sentido más fuerte, sería una respuesta estatal distinta, en la que no interviene ningún órgano estatal de persecución criminal. Las legislaciones actuales y los sistemas de justicia penal han aceptado la concepción de la alternatividad en su sentido más débil. Las salidas alternativas por tanto representan una respuesta menos represiva del sistema penal al conflicto delicto.

Sin embargo es necesario entender los fundamentos de las salidas alternativas al proceso penal y si ellas son afines a cualquier modelo procesal penal y los fines que persiguen éstos, así con el sistema

inquisitivo en el cual influye el principio de legalidad procesal o el sistema acusatorio donde se considera y aplica el principio de oportunidad, salidas que en esencia y diferenciándolas de las facultades discrecionales, de los mecanismos de simplificación, se refieren específicamente a los acuerdos de reparación y la suspensión condicional del proceso.

3.2 Las salidas alternativas y los principios de legalidad procesal y oportunidad.

Los Estados y sus ordenamientos jurídicos ante la imposibilidad de llevar todas las causas con apariencia de delito hasta su terminación, hasta el juicio, se vieron obligados a buscar formas alternativas de solución de las controversias que genera el delito, pues el principio de legalidad como un límite al ius puniendi del Estado se había convertido en una traba en la definición de éste, sin que con ello se quiera decir que este principio haya evitado el procesamiento de todas las conducta ilícitas, pero si que su rigidez había provocado una administración de justicia lenta, costosa, que no garantizaba ni los derechos de los imputados mucho menos de las víctimas.

El delito ya no fue un conflicto entre particulares, sino entre el Estado y el ciudadano infractor, por lo tanto no había espacio de participación entre la víctima y su agresor, sin embargo la capacidad del Estado se vio reducida para sacar adelante el sistema de justicia penal, por falta de recursos humanos, económicos y por lo tanto una falta de solución a los procesos penales.

Frente a esto se pusieron en marcha dos principios el de legalidad y el de oportunidad éste último dirigido al consenso en el proceso penal, respecto de los cuales surgieron varias tesis, aquellas que justificaron la justicia consensuada considerándola como una excepción al principio de legalidad y las otras según las cuales el consenso trastornaban el principio de legalidad y las garantías básicas del justiciable, llamada tesis de la contrariedad o antítesis.

Para la primera tesis, el consenso significa una excepción al principio de legalidad pues éste exige a la Fiscalía la persecución de todas las conductas presuntamente criminales y terminar con un juicio oral, publico, el no hacerlo y terminar el proceso penal por una salidas alternativa como

puede ser el acuerdo entre víctima e imputado, o imputado y Fiscalía, es una excepción puesto que el consenso no va a ser la regla general sino para ciertos casos y bajo ciertas circunstancias reguladas en la ley.

El criterio de oportunidad, “es sólo una excepción al principio de legalidad y debe ser entendido en el contexto que lo plantea Bacigalupo, no como una renuncia del fiscal a ejercer la acción penal, sino como un tratamiento diversificado del conflicto social generado por el hecho delictivo”(FERNANDEZ LEON WHANDA, citada en Negociaciones y Preacuerdos, Tomo I, de Alejandro Garzón Marín.- Ediciones Nueva Jurídica.- Bogotá Colombia.- 2007.- página 421).

En los sistemas procesales de tradición continental la negociación se realiza respetando criterios políticos criminales y condiciones legales, por lo tanto se reconoce el sometimiento del Derecho a la legalidad, mientras que en el sistema anglosajón las negociaciones son la regla general y la celebración del juicio de forma excepcional, por lo tanto el principio de consenso difiere entre estos sistemas de justicia criminal.

Entre las dos tesis está aquella de la complementariedad o compatibilidad, por la cual se considera que el principio de legalidad es un límite a la actividad punitiva del Estado, donde el delito es de interés público y por lo tanto su existencia rompe el ordenamiento jurídico; por otro lado las negociaciones surgieron frente a la imposibilidad de resolver por parte del Estado a través del sistema de justicia penal todos los conflictos penales por lo que se permitió que las partes comenzaran a resolver sus controversias, por lo que, los acuerdos y negociaciones según esta posición deben verse como redefinición del principio de legalidad puesto que es la misma ley la que establece los presupuestos en los que pueden aplicarse los mecanismos alternativos al juicio oral.

A su tiempo la tesis de la antítesis considera que por el principio de legalidad el Estado no puede dejar de iniciar la persecución penal cuando se tenga conocimiento de la comisión de un delito de instancia oficial, llegar

hasta la etapa del juicio e imponer una pena, resultando incorrecto que se deje en manos del imputado, de la víctima y de la Fiscalía la solución del conflicto, por lo que para esta posición el principio de legalidad y el de oportunidad no pueden convivir en el mismo ordenamiento jurídico.

Frente a estas tesis tenemos aquella que ha sido aceptada por los ordenamientos jurídicos, en función de la cual por la inflación penal, la carencia de recursos estatales para la solución de todas estas causas, es indispensable el consenso en los sistemas de justicia penal, pues este trae como consecuencia una justicia eficaz, rápida que desemboca en ahorro de costos y ganancia en legitimidad para el Estado; para el imputado resolución acelerada de su proceso y la reintegración a la sociedad; para la víctima satisfacción de su interés concreto y evitar la revictimización que implica el proceso penal, y para la Fiscalía racionalización de su carga de trabajo, por lo que todo el sistema de justicia penal gana.

Por último, “se debe tener en cuenta que la inclusión del consenso en los sistemas jurídicos no se hace por contravenir los postulados del principio de legalidad, sino que sólo obedece a argumentos de política criminal y de utilidad social, pues lo contrario implicaría un fuerte colapso de la administración de justicia, con consecuencias aún más graves, que los opositores de este principio han tratado de elevar”(Garzón Alejandro, Londoño César, Gloria Martínez.- Negociaciones y Preacuerdos.- Tomo I.- Ediciones Nueva Jurídica.- 2007.- Bogotá Colombia.- página 429).

Es básico entender el rol que cumplen estas salidas alternativas en un proceso penal que responda a un modelo determinado y su compatibilidad con éste, y que básica e históricamente se reconocen al inquisitivo y acusatorio.

El sistema inquisitivo, conocemos que en éste rige el principio de legalidad procesal, por el cual a los órganos de persecución oficial o estatal les corresponde perseguir todo los delitos que ingresan al sistema de justicia penal hasta los últimos resultados, sin que al caso se le pueda dar

una solución diferente al proceso penal a la condena o absolución, lo que se asocia a dos razones: una institucional, por la que un “modelo de legalidad absoluta presupone un aspecto de diseño institucional de un sistema de justicia criminal como lo es la existencia de órganos estatales encargados de la persecución de delitos y otra de carácter ideológico por la cual la persecución penal pública, la verdad histórica y la sanción al delito son los fines del proceso penal”(Mauricio Duce y Cristian Riego.- El Proceso Penal.- Editorial jurídica de Chile.- 2007.- página 288,289).

El principio de legalidad se ha presentado bajo el axioma nullum crimen nulla poena sine lege, siendo lo preponderante de un sistema que se rige por la legalidad, la ineludible obligación de perseguir todos y cada uno de los delitos que llegan a él, lo cual se opone al principio de oportunidad que permite al órgano oficial de persecución desistir bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias legales o de hecho, de iniciar la investigación o presentar la acusación.

En países donde se aplica la regla del common law, como en los Estados Unidos, el ejemplo más clásico de aplicación del sistema acusatorio la disponibilidad de la acción es un principio ampliamente aceptado y se relaciona con la división de poderes y la independencia del poder judicial, la gran parte de procesos penales terminan con declaraciones de culpabilidad que son el resultado de acuerdo con la defensa y acusación sobre presentación de cargos menores o su desistimiento o atenuación de la condena.

En los países de la región antes de las reformas introducidas en las última década, y en lo que tiene que ver con nuestro país que empezaron a ejecutarse a partir del 13 de junio del 2001 cuando el Ministerio Público asumió la dirección de la investigación pre y procesal penal, el principio de legalidad obligaba a jueces y fiscales, a intervenir sin consideración del principio de oportunidad, consecuentemente la iniciación del proceso penal era obligatoria, por lo que el único escenario para resolver el conflicto social delito eran los Tribunales de Justicia, pues la acción penal era

indisponible, y bajo el influjo del principio de legalidad los intereses de los conflictos sociales que surgen del delito son públicos de interés estatal, la voluntad e interés individual no importa, los problemas que surjan de una ofensa de un particular a otro no surgen como problemas entre personas iguales ante la ley, sino como relaciones de sometimiento de las personas al Estado.

El Principio de oportunidad, entendido como “la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar” (Cafferata Nores, Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal.-Editorial del Puerto.- Buenos Aires, 1998, página 38).

Por el principio de oportunidad, la obligación de perseguir y sancionar todo delito propio del principio de legalidad, puede admitir excepciones que se fundan en necesidad de descongestionar el sistema judicial, necesidad de selectividad de la persecución penal; la utilidad de evitar total o parcialmente la punición de algunos injustos cuando éstos permitan el descubrimiento de delitos más graves; la necesidad de abaratar y acelerar el proceso; la sanción de delitos de extrema gravedad con una mejor utilización de los recursos judiciales y una rápida solución del conflicto; la importancia de la reparación de la víctima, la resocialización y rehabilitación del procesado.

Por lo tanto en función de los fines perseguidos por los sistemas inquisitivos, los órganos estatales de persecución oficial no tendrían oportunidad y posibilidad de aplicar al caso mecanismos diferentes que no sea la búsqueda de la verdad a través del proceso penal y la emisión de una sentencia, por lo tanto las salidas alternativas serían incompatibles con el modelo inquisitivo pues resultan ajenas a su lógica.

Ahora vale preguntarnos cuál es la relación que puede tener el principio de legalidad frente a la institución de las salidas alternativas. Vale decir que el principio al cual no hemos estado refiriendo, no es compatible con la existencia de las salidas alternativas pues la lógica de éstas como veremos más adelante es de que hay mejores respuestas para un caso en concreto que la cárcel, pues las mismas por un lado disuelven el conflicto que significa el delito así si la víctima es reparada por su ofensor y satisfecha en su interés concreto va a sentir que entre ella y éste ya no hay conflicto alguno, y por otro genera una solución que disminuye la violencia y conflicto que con la cárcel puede provocar el sistema de justicia penal, como por ejemplo al estar el procesado guardando prisión, se promueve la desintegración de la familia.

En los modelos en los cuales los órganos de persecución estatal cuenta con facultades o márgenes discrecionales reglados o absolutos, la solución del conflicto delito a través de las alternativas son ciertas, por cuanto se parte de una lógica diferente “las formas de discrecionalidad en el proceso penal son una lógica extensión de las premisas de los sistemas acusatorios, en donde la búsqueda de la verdad histórica para la realización de la justicia cede paso, como finalidad última y absoluta del sistema, a la idea de que éste ante todo, es un ámbito de solución de conflictos” (Mauricio Duce y Cristian Riego.- Proceso Penal.- Página 290).

Las Salidas Alternativas guardan una relación muy estrecha con el principio de oportunidad y teniendo a éste como base, se presentan como una necesidad ante el elevado número de casos que son llevados a la etapa del juicio, sin que se cuente con un número adecuado de órganos jurisdiccionales para su solución, tanto más que hay delitos de bagatela que no necesariamente requieren de la persecución penal tradicional y que congestionan los escasos recursos con los que cuenta el sistema; por otro lado el delito es un conflicto social que tiene diversas causas de origen y que precisamente por esto el sistema de justicia penal no puede tener una sola respuesta para todas las conductas que se las ha calificado como tales.

De igual forma Julio Maier ha señalado “el procedimiento penal, en verdad, alcanza su objetivo aunque no se arribe al conocimiento de la verdad (no se alcance la certeza, positiva o negativa, sobre la imputación) y pese a que se conozca claramente esa situación, desde el punto de vista social él está concebido como uno de los instrumentos para arribar a la paz jurídica, como un medio para lograr una solución acerca del conflicto social que está en la base de un caso penal, como una herramienta para poner fin a ese conflicto mediante una decisión dotada de la autoridad del Estado (método de control social)” (Julio Maier.-Derecho Procesal Penal I.- Fundamentos.- Editores del Puerto.- Buenos Aires.- Página 852 y 853).

Lo ideal sería contar con modelos de justicia penal en que coexistan como fines del proceso penal la averiguación de la verdad, la realización de la justicia y la concepción de que este es un escenario de solución del conflicto social que equivale el delito y la existencia, la aplicación de las salidas alternativas dependerá de la relevancia que tengan los fines del proceso penal citados.

Obviamente no vamos a encontrar modelos procesales puros, pero si podemos decir que tanto en Europa Continental, en países de la región América del Sur y Central existen modelos inquisitivos modificados con componentes acusatorios, que han permitido la introducción de facultades discrecionales a los agentes del sistema y de salidas alternativas que se van aplicando de forma paulatina y creciente, pero no en la medida del sistema norteamericano de corte acusatorio al igual que la cultura de sus operadores en el cual el 95% de los casos se resuelven por medio de Plea Bargaining, pues se parte de que el proceso penal es un espacio para solución de conflictos y no únicamente para obtención de la verdad histórica y sanción al infractor.

Así mismo las reformas normativas que se han dado en los países de nuestra región de asumir modelos acusatorios, si bien éstas se han implementado, no modificaron la estructura básica inquisitiva, por lo que las salidas alternativas se han aplicado de forma secundaria, que pasa no sólo

por el asunto normativo, sino también a la cultura inquisitiva de los operadores de justicia que no se han desprendido de las prácticas de la misma.

Entonces podemos decir que las salidas alternativas no son compatibles con un sistema procesal penal en donde la finalidad del proceso penal sea la búsqueda la verdad histórica y la realización de la justicia, pues ahí las salidas alternativas no serían las respuestas que aspira el sistema.

3.3 Justificación de las salidas alternativas

Desde que el Estado tomó a su cargo la resolución de los conflictos que se producían entre los particulares calificándolos como delitos estableció una sola respuesta dirigida a la persecución penal implacable de todos los conflictos, olvidando que éstos tienen causas diferentes o responden a realidades sociales diversas.

En este sentido podemos decir que el delito es un fenómeno heterogéneo que abarca conductas sociales muy diferentes que no tienen entre ellas nada en común, así nada tiene de común entre quien roba en un mercado y aquel que se adueña de los dineros públicos; igualmente es un fenómeno social complejo pues las causas que lo originan son múltiples y de diferente naturaleza, así pueden originarse por la pobreza, la falta de empleo, que pueden dar lugar a los delitos contra la propiedad por ejemplo; del mismo modo podríamos decir que la violencia intrafamiliar puede incidir en que los niños adopten comportamientos violentos y pueden ser más proclives a delitos contra la vida, pero no en los delitos contra la propiedad, de manera que podemos decir que en cada tipo de delito concurren causas diversas; y “por último podríamos decir que las causas en que se originan son problemas específicos de criminalidad en un determinado momento y lugar, responden a causas distintas, involucra diferentes perfiles de delinciente, de víctimas” (Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de

Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.- Chile 2004).

Por lo tanto la lógica de las salidas alternativas se encuadra en diversificar la respuesta penal, en constituir respuestas que den solución al caso concreto y no solamente pensar que la cárcel o la pena de privación de libertad son las únicas con las que se puede responder frente al delito, obviamente que en determinados casos éstas serán las únicas respuestas que aplicar a éstos, por lo que podemos decir que las salidas alternativas “correctamente utilizadas, representan soluciones de alta calidad, verdaderos equivalentes de una sentencia; atienden a las necesidades específicas del conflicto, apuntando a las posibilidades de rehabilitación del imputado, a la prevención de que los hechos no vuelvan a repetirse, al interés o temores concretos de la víctima o de terceros, o bien alguna combinación de ésta; al mismo tiempo, evitan el contagio criminal que representa la cárcel para el imputado y la violencia secundaria que las penas de cárcel inevitablemente conllevan. En este sentido las salidas alternativas frecuentemente resuelven el conflicto mejor que una pena tradicional y lo hacen a menor costo, liberando recursos para ser focalizados en aquellos caso que sí exige la persecución” (Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.- Ponencia Chile 2004).

Veamos pues las principales causas de justificación para la introducción en el proceso penal de salidas alternativas:

3.3.1 El carácter selectivo del sistema penal

Como se había tratado en líneas anteriores, la vigencia estricta del principio de legalidad procesal, en sistemas penales en donde la finalidad del proceso es la obtención de la verdad histórica y la realización de la justicia no se consiente formas de selección y los órganos de persecución tienen que perseguir los casos que ingresan al sistema penal hasta las últimas consecuencias.

Sin embargo la realidad nos ha demostrado que es imposible que se puedan perseguir y sancionar todos los delitos, y con razón se ha comparado el funcionamiento del sistema de justicia penal con la figura de un embudo, en el que, en su parte más amplia representa la totalidad de los delitos cometidos en una sociedad determinada, en su parte intermedia igualmente una gran cantidad de casos que son descartados por diferentes razones, y su parte angosta la cantidad de casos que llegan a finalizar mediante un proceso penal.

Frente a esta realidad que requiere solución han surgido propuestas, políticas criminales como la abolición del Derecho Penal, corriente que apuesta que los conflictos deben solucionarse mediante mecanismos informales, pues sostiene que el sistema de justicia penal actúa de manera deficiente que lo hace con la misma violencia que dice combatir, que degrada al ser humano, la pena es inservible pues no sólo afecta a quien la sufre sino a todo su entorno familiar y olvida a la víctima; para el minimalismo que propone la mínima intervención del Derecho Penal en la solución de aquellos reservando su intervención para los casos más graves, la sanción penal debe ser de última ratio a la que se debe recurrir en última instancia solamente cuando ya no hay otros mecanismos para sancionar comportamientos graves y disvaliosos; la despenalización de actos que a la época fueron o se consideraron como ofensas transcendentales, sostiene que debe remitírseles para control y solución de otras ramas del derecho con mecanismos menos desocializadores.

Estas circunstancias ha hecho que los sistemas penales contemporáneos han optado por desarrollar un carácter selectivo de casos, mediante la implementación y aplicación de mecanismos formales creados por la ley como también informales creados por los propios operadores de justicia por los cuales unos llegan hasta las últimas instancias del proceso penal y otros son desechados, selectividad que se justifica por la imposibilidad de perseguir y sancionar todos los delitos que ingresan a su esfera no se diga con relación a todos aquellos que se cometen pero que no

son conocidos por el sistema penal denominados como las cifras negras del delito.

En la práctica sólo unos casos son investigados a cabalidad en tanto que el resto que comprenden la gran mayoría, por la falta de recursos humanos, materiales limitados, criterios de selección no formal sino surgida de los operadores del sistema, hace que esta gran mayoría de casos sean abandonados de hecho.

Sin embargo pese al entendimiento de la necesidad de la selectividad de casos, la misma ha sido cuestionada pues se argumenta que ésta no responde a “razones justificatorias públicas preexistentes, es decir al margen de mandatos legales y públicos que la encausen, y al margen de presupuestos valorativos que la fundamenten. En definitiva se critica que la selectividad quede abandonada al criterio de los operadores del sistema sin ninguna racionalidad y sin ningún presupuesto valórico que la fundamente” (Mauricio Duce y Cristian Riego. Ob. Cita.- página 296).

En este escenario se argumenta a favor que, las salidas alternativas al proceso penal permiten la transparencia de la necesaria selectividad de las mismas.

Pero además aparte de ser conveniente la selectividad para sacar del ámbito del sistema de justicia penal casos, conflictos que pueden ser solucionados con mecanismos menos represivos, también son convenientes y necesarios para afirmar, afianzar el carácter subsidiario del sistema penal y el principio de última ratio frente a la pretensión punitiva del Estado.

Por tal razón Estados contemporáneos han introducido en sus legislaciones sistemas de enjuiciamiento penal que garantizan los derechos fundamentales, de tal manera que al delincuente ya no se lo mira como el objetivo de la persecución penal, sino como un sujeto que goza de derechos. Así la Constitución de nuestro país en su artículo 195 establece los principios de oportunidad y mínima intervención penal, que se resumen en el postulado de última ratio que se sustenta en restringir al máximo la intervención de la ley penal, reservando ésta para aquellos casos que no

pueden ser resueltos por otros medios de control social, en suma dejar para el Derecho penal las conductas más lesivas para la sociedad.

Este principio de mínima intervención penal, se compone por el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal; por el principio de subsidiariedad “el Derecho Penal ha de ser la última ratio, por tanto el último recurso a utilizar a falta de otros medios de control social menos lesivos y represivos, mientras que el carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior, referente a la aplicación del poder punitivo del Estado, únicamente para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir” (Ponencia de María Paulina Araujo.- Artículo el Principio de mínima Intervención Penal en la Legislación Ecuatoriana Vigente), pero también para el argumento que estamos esgrimiendo a favor de las salidas alternativas, supone que los órganos de persecución penal deben preferir recurrir a mecanismos de solución al conflicto del delito con respuestas alternativas diferentes a la punición tradicional tanto para la decisión de ingresos de casos cuanto para solucionar los que ya se encuentran dentro del sistema de justicia penal.

Por lo tanto podemos decir que la introducción de Salidas Alternativas al sistema penal en relación con sus características de subsidiariedad o de última ratio le asignan al Estado la obligación de variar, extender sus respuestas frente a casos que evite su intervención o que dé lugar a una solución menos represiva de su parte por lo tanto es imprescindible la introducción al proceso penal de Salidas Alternativas como mecanismos que consientan la diversificación de respuestas de la persecución penal, que a su vez permitan dirigir los recursos del sistema a casos de criminalidad grave y dejar los casos que no revistan esa calidad de graves para que sean resueltos por otros y en otros ámbitos del derecho diferentes a la respuesta penal tradicional.

3.3.2 La utilidad social de las salidas alternativas

Continuando con los fundamentos para la introducción de salidas alternativas, desde un matiz diferente tenemos como argumento a considerar hasta donde conviene socialmente la utilización del proceso penal y una de sus manifestaciones más fuertes como lo es la privación de libertad si consideramos que las Salidas Alternativas permiten un mejor progreso a las personas que salen del sistema penal frente al hecho de ser sometidos a un proceso penal y las consecuencias de la estigmatización que ello conlleva para el proceso de reinserción social.

La aplicación de la sanción penal, sobre todo de privación de la libertad en si demuestra el fracaso del Estado en su política de control social pues ha tenido que recurrir al Derecho Penal como el medio más extremo para resolver un conflicto social que significa el delito, dándole a la pena privativa de libertad la característica de recurso principal del sistema negando a un individuo la posibilidad de ser útil para el conglomerado social al que se pertenece sufriendo éste una socialización criminal, pues como sabemos nuestros mal llamados centros de Rehabilitación Social para el cumplimiento de las penas privativas de libertad no cumplen los fines y objetivos del sistema de Rehabilitación y Reinserción social.

La prisión se utilizó para guardar delincuentes a quienes se les aplicaba tormentos con un fin de custodia y no represivo; luego se la consideró como medio de castigo y reforma, con lo cual la privación de libertad se convirtió en una pena con respecto a lo cual ha surgido la disputa de que esta pena no cumple labores resocializadoras y por lo tanto la cárcel no cumple tales funciones.

Es evidente que la sanción trae consigo efectos negativos que no afectan no sólo a quien sufre la pena sino a su entorno familiar, social y laboral, efectos que igualmente se presentan en detrimento de quien sufre un proceso penal instaurado en su contra no se diga con la aplicación de una medida cautelar personal de prisión preventiva a quien sufre un proceso penal afectando además su estado de inocencia.

Frente a este escenario se hace necesario la introducción de Salidas Alternativas preliminares a la sentencia o a las medidas cautelares de privación de libertad que “por una parte, tiendan a evitar los efectos desocializadores y, por la otra, no limiten las posibilidades de reinserción de aquellas personas que no presentan grados importantes de compromiso delictual” (Ponencia de María Paulina Araujo.- Artículo el Principio de mínima Intervención Penal en la Legislación Ecuatoriana Vigente.), con lo cual la conveniencia social y utilización de aquellas es notoria en el interés de la comunidad de que sus miembros no sean privados del progreso e integración social.

En nuestro país con la misma preocupación de diversificar las respuestas penales, a más de la regulación normativa, el Consejo Consultivo de la Función Judicial, a quien le corresponde según el Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 264 del Código Orgánico de la Función Judicial), diseñar y coordinar las políticas que regirán a la función judicial en sus diversos órganos, en sesión del 03 de Mayo del 2011, aprobó un instructivo de aplicación prioritaria de las salidas alternativas y procedimientos especiales contemplados en el Código de Procedimiento Penal, estableciendo en su artículo 1 que tanto fiscales como defensores privilegiaran el uso de éstas en el proceso penal, cuanto su obligatoriedad para informar a las partes la existencia de los mecanismos alternativos y su derecho a contar con ellos bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos (Art. 1 GENERALIDADES).

No podemos olvidar que el delito es un conflicto social y que las sociedades han creado respuestas a tal conflicto, y una de ellas es el sistema penal, el que lamentablemente es el mecanismo más violento y extremo para mantener la paz social, y precisamente uno de los cuestionamientos al sistema ha sido que lejos de encontrar soluciones al delito y sus involucrados lo que ha dado lugar es a una redefinición del mismo, sin que los intereses de aquellos sean relevantes frente al interés punitivo del Estado.

En definitiva la introducción de Salidas Alternativas al proceso penal, en atención a la utilidad y conveniencia social, da lugar a soluciones consensuadas entre los actores del conflicto social (víctima, imputado, fiscalía) y permite la diversificación de respuestas del sistema penal consecuencia de lo cual se da un mayor nivel de solución de conflictos sociales y mayor convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad.

3.3.3 La satisfacción del interés de la víctima

Otra de las razones para argumentar la necesidad de introducir en el proceso penal las Salidas Alternativas la constituye el interés de la víctima, que a pesar de ser quien sufre los efectos del delito ha sido hasta hace poco la gran olvidada del sistema penal.

Las razones se expusieron en el capítulo anterior, el surgimiento del Derecho Penal Moderno en el que prácticamente el Estado expropió el conflicto penal, asumiendo el monopolio de la persecución que éste origina en donde ha prevalecido el interés estatal, no así el interés de las víctimas a quien se la ha utilizado en servicio de la actividad pública penal.

Sin embargo de esto en las últimas décadas ha surgido un movimiento cuyo fin principal ha sido el estudio y atención a la víctima del delito, así desde este enfoque se ha desarrollado una nueva disciplina, la Victimología, que ha puesto énfasis en considerar que uno de los fines del sistema penal es los intereses de la víctima y su rol protagónico.

Partiendo de ese rol central que hoy incipientemente se le da a la víctima, se justificaría la introducción de Salidas Alternativas como sería el caso de los Acuerdos Reparatorios en donde se hace indispensable su aceptación para el acuerdo, pero además esto provocaría que cada vez se incremente la participación activa de la misma, pues de la información que ésta de al proceso de investigación dependerá el avance y éxito del proceso, ya que como conocemos podríamos decir que los casos que ingresan al sistema de justicia penal en su mayor porcentaje se conoce por la noticia dada por las víctimas de los delitos no se diga la producción de la

prueba, “así lo indica uno de los estudios más importantes realizados en Estados Unidos sobre la materia, el que arrojó los siguientes resultados: la aclaración de los delitos más graves se produce preferentemente por información entregada por la víctima del delito y no por el desarrollo de una investigación policial” (Proceso Penal de Mauricio Duce y Cristian Riego.- Página 305).

Por otro lado la victimización secundaria que sufre la víctima una vez dado su ingreso en el proceso penal, es otra de las causas que ésta pierda el interés en colaborar con la investigación que se hace en él, pues percibe que el interés estatal de sanción prevalece sobre los suyos y obviamente surge su falta de disposición para colaborar en el proceso; diferente situación se da cuando se satisfacen sus intereses siendo esta una razón más para que la introducción de Salidas Alternativas pues con ellas existen más posibilidades de que a la víctima del delito se le reconozca su rol de actor central del proceso penal y se respeten sus derechos frente a la protección constitucional y legal con la que cuenta el agresor, el procesado.

Esto ha sido reconocido en las legislaciones comparadas en las que se han introducido una serie de mecanismos a favor de quienes sufren las consecuencia y efectos del delito, por lo que “desde una perspectiva eminentemente utilitaria, la introducción de salidas alternativas aparece como conveniente debido que aquellas son instrumentos legítimos que incentivan la intervención y colaboración de las víctimas en el desarrollo de los procesos penales” (Mauricio Duce y Cristian Riego.- ibídem El Proceso Penal.- Página 305), de manera especial los llamados Acuerdos Reparatorios en lo que como veremos más adelante la voluntad de la víctima es relevante.

3.3.4 Ahorros de recursos

Otra de las justificaciones para la utilización de las Salidas Alternativas es su ayuda a la racionalización de los recursos del sistema.

Las Salidas Alternativas como lo habíamos analizado responden a una serie de fundamentos considerados en todos los procesos de reformas procesales penales que se han dado en los diferentes países de la región que pasan desde la necesidad de selección de casos, la diversidad de la respuesta estatal al conflicto delicto, los intereses de una parte preponderante del mismo como son las víctimas de los delitos y especialmente porque la respuesta tradicional del sistema como son las penas privativas de libertad no han resultado socialmente favorables; por el contrario los problemas surgidos de su aplicación en determinados delitos han sido mucho más perjudiciales que los beneficios esperados sobre todo la llamada rehabilitación, readaptación social.

Por lo que las Salidas Alternativas de Acuerdos de Reparación y Suspensión Condicional del Proceso son instituciones claves para racionalizar la carga de trabajo del sistema de manera que sean resueltos en etapas anteriores a la del juicio, y por otro lado diversificar la respuesta de éste en determinados delitos, por lo que “ un sistema procesal penal moderno no sólo es eficiente cuando tiene capacidad de racionalizar su carga de trabajo, sino que también, cuando es capaz de diversificar sus respuestas y ofrecer alternativas socialmente más útiles para los casos en que ello aparece como más conveniente y razonable” (Mauricio Duce y Cristian Riego.- El Proceso Penal.- Editorial Jurídica de Chile.- Año 2007.- Página 308).

CAPITULO 4

LOS ACUERDOS DE REPARACIÓN

4.1 Los Acuerdos de Reparación en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

La importancia de la víctima en el proceso penal es una cuestión que ha tomado relevancia en los últimos tiempos como pudimos analizar en el capítulo Primero y dentro de ello ha tomado también importancia la reparación a la víctima como una pretensión del proceso penal y del sistema de justicia penal, esto último se ha venido haciendo presente en la existencia de acciones civiles a favor de la víctima por los daños producidos por el delito pero sorprendentemente en ese nuevo camino judicial que tiene que recorrer vuelve a ser víctima del sistema y en la mayoría de los casos queda burlada pues por un lado su agresor no tiene con que responder y por otro al encontrarse cumpliendo una pena poco o nada le importa la reparación del daño.

Con este panorama en las reformas procesales introducidas en América Latina dentro de la lógica de la diversidad en la respuesta penal, se ha introducido los Acuerdos de Reparación o Reparatorios cuyo efecto principal es la extinción de la acción penal; en otros se conoce como Conciliación así en Costa Rica; el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador que entrara en vigencia los asimila en la figura de la conciliación.

Anterior a esta figura la reparación del daño causado en justicia penal era únicamente considerada como una atenuante de la pena, así en el Código Penal se encontraba normada (Art. 29 Código Penal.- Atenuantes: # 10.- Haber el delincuente procurado reparar el mal que causo), de igual forma en los delitos culposos de tránsito (Art. 120: Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial: Se consideran circunstancias atenuantes: **b)** La oportuna y espontánea reparación de los daños y perjuicios causados, efectuada hasta antes de declararse instalada

la audiencia de juicio (permite la rebaja de hasta el 40% de la pena establecida).

El introducir a la reparación como una respuesta del sistema diferente a la persecución penal tradicional y a la imposición de una pena, tiene relación con las siguientes realidades:

a.- El proceso penal impone trabas a la posibilidad de que la víctima de delito obtenga una reparación por vía de las acciones civiles, así el hecho de la obligación de contar con un abogado para ejercer la acción civil sobre todo cuando la víctima no cuenta con recursos para pagar a un profesional del Derecho. Encargar esta tarea a las Fiscalías o Ministerio Público resulta problemático; igual resulta conflictivo la ejecución de las sentencias con respecto a las indemnizaciones pues la gran mayoría de imputados no tienen bienes que puedan ejecutarse para el pago de éstas y si está cumpliendo una pena no le va a interesar responder con otras formas de pago; por último no es menos cierto que la indemnización surge con la ejecución de la sentencia y hasta que ésta llegue resulta extemporáneo para el interés de reparación de la víctima.

b.- Otro problema para la víctima es el daño producido por el delito a bienes jurídicos que son reparables por ejemplo el bien jurídico propiedad, así a una costurera le roban la única máquina que tiene para realizar su trabajo y no tiene dinero para obtener otra, a ella con seguridad más que el infractor reciba una sentencia le interesará que le devuelva su instrumento de trabajo por parte de quien cometió el delito.

c.- Habrá casos que habrá que ponderar entre el interés concreto de la víctima a ser reparada o el interés abstracto del Estado que busca la persecución penal y la pena; puede que suceda lo contrario la víctima no tiene interés alguno en la persecución penal tampoco en la reparación, en estos casos podrá la Fiscalía obligarle a seguir en el proceso penal o buscar la reparación pese a que la víctima no la desea...?

d.- Así mismo la víctima puede sentirse reparada con una acción por parte del imputado que no es necesariamente el pago de una indemnización económica, sino que puede consistir en una disculpa.

Entonces podemos decir que la lógica de esta salida alternativa es **relevar el interés concreto de la víctima**, para lo cual se sirve de la amenaza de la persecución penal a fin de que el imputado con el incentivo de la extinción de la acción penal y del proceso, en forma voluntaria opte por la reparación la que se afianza con la decisión judicial.

La hipótesis para la que esta salida alternativa está concebida, entonces es la de aquellos delitos en los que:

- a) El caso es delito, hay un imputado conocido y posibilidades de realizar una investigación conducente.
- b) El interés concreto de la víctima parece superior al interés estatal de persecución especialmente porque la reparación parece ser mejor solución del conflicto.
- c) **c)** La víctima declara sentirse reparada con lo que el imputado está dispuesto a dar o hacer. (Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.- Chile 2004).

Podemos decir que la regulación de esta salida alternativa y su lógica, se “inspiran en la nueva tendencia de protección y promoción de los intereses de la víctima dentro del sistema penal y en la necesidad del sistema de contar con herramientas que permitan seleccionar casos y ofrecer respuestas diferentes y anteriores al juicio oral” (Mauricio Duce.- Cristian Riego.- Proceso Penal.- Editorial Jurídica de Chile.- 2009.- página 338).

En el sistema procesal penal ecuatoriano los Acuerdos de Reparación se introdujeron con las reformas del 24 de Marzo del 2009, publicadas en el Registro Oficial 55, estando su regulación normativa contenida en el artículo 37 reformado del C. P. Penal, en el Código Orgánico Integral Penal se los ha subsumido en la conciliación Art(663).

Agregase:

Artículo 12.- A continuación del artículo 37, agréguese los siguientes artículos enumerados.

Art...-Acuerdos de Reparación.- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en que se apruebe el Acuerdo Reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el Acuerdo Reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los jueces de garantías penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.

4.1.1 Ámbito de Aplicación y Requisitos

El Código Procesal Penal Ecuatoriano en el artículo 37 y artículo siguiente innumerado, establece el Ámbito de aplicación, que se trate de delitos respecto de los cuales procede la conversión lo que está en relación al bien jurídico a proteger, cuanto por el máximo de la pena de los delitos que no puede ser mayor a cinco años de prisión. Estos límites, no han variado en el Código Orgánico Integral Penal que entrará en vigencia con la excepción que ya no se considera el concepto de interés social.

Por el Ámbito de Aplicación los sistemas que regulan esta salida, limitan la aplicación a determinados tipos de casos en relación a los bienes jurídicos afectados generalmente a aquellos patrimoniales o disponibles, al imputado, o en referencia a la pena.

El Código Procesal Penal Ecuatoriano en el artículo 37 reformado, cuando se refiere a los Acuerdos de Reparación dice: “Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el Fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo”, como vemos limita la aplicación de esta salida en función de los bienes jurídicos protegidos como son el interés social, la libertad sexual, la administración pública, la integridad física, y en relación a la pena a aplicarse para delitos que atacan a otros bienes jurídicos que no están taxativamente descritos.

En cuanto a la pena como límite para la aplicación de esta salida alternativa, señala cinco años de prisión; en el control de legalidad la práctica judicial se refiere a la pena en abstracto, pese a que la política # 1 del Consejo Consultivo de la Función Judicial, aprobada el 03 de Mayo del 2011, en la Disposición General # 2, indica “para la aplicación de las salidas alternativas o procedimientos especiales descritos en este protocolo, se considerará la pena en concreto establecida para el respectivo delito, la que se obtendrá con la aplicación de las circunstancias atenuantes existes o las agravantes específicas, de haberlas, aplicando para el efecto las reglas

para la modificación de las penas establecidas en el artículo 72 y siguientes del Código Penal. La Pena modificada que se proyecte, luego de utilizar las mencionadas reglas, será la base para la aplicación de este protocolo en todos los casos”.

Otro aspecto sobre el cual se basa el ámbito de aplicación en algunas legislaciones de esta salida alternativa, no así la nuestra, hace referencia a la persona del imputado en lo que tiene que ver con su calidad de reincidente o su habitualidad a cometer ciertos delitos por los cuales no ha recibido condena alguna. Aquí surge nuevamente el conflicto entre el interés concreto de la víctima o el interés público. Como ejemplo podemos graficar el caso de un agente vendedor, que trabaja en una compañía, que se apropia de los dineros y mercancías de ésta, al ser descubierto y procesado simplemente acuerda con la compañía reparar; al mismo tiempo ha estafado a varios clientes, sólo dos de ellos lo descubren y denuncian, es procesado y así mismo acuerda reparar, por los otros clientes estafados no tiene ningún proceso por lo tanto el provecho ilícito es ventajoso para él y no ha pasado nada. Sin embargo esta preocupación no ha sido recogida en el Código Orgánico Integral Penal que entrará en vigencia, en el cual para la procedencia de los acuerdos en la conciliación no se establece si es aplicable para aquellas personas que tengan vigente una instrucción Fiscal y que haya sido beneficiada con otro acuerdo, sin que se observen mayores cambios en el cuerpo legal mencionado.

Esta salida alternativa no debe permitir que se hagan estos cálculos que benefician a una carrera delictiva, la reincidencia y la habitualidad en la comisión de delitos, de ser así los acuerdos de reparación perderían legitimidad, por lo que en el ámbito de aplicación debe limitarse la aplicación de esta salida, para aquellos imputados que ya se han beneficiado de la misma con anterioridad, en el caso de la reincidencia, y en el caso de la habitualidad y reiteración en la comisión de delitos. En nuestra normativa procesal penal no se regula estos aspectos. La Política # 1 del Consejo Consultivo, en el numeral 3 del artículo 1, señala que no proceden las

salidas alternativas, cuando el procesado haya cometido un delito resuelto con un acuerdo de reparación o suspensión condicional del proceso.

Que sucede en los casos cuando la víctima es el propio Estado, por ejemplo en los delitos en donde intervienen funcionarios públicos, concretamente en los llamados delitos de corrupción o cuello blanco o en los delitos contra la naturaleza; aquí creo que es importante considerar si el daño causado es susceptible de reparación o si el Estado puede acordar reparaciones y si como víctima le interesa seguir con la persecución penal; no podemos olvidar que es el propio Estado quien pregona a través de sus regulaciones normativas la diversificación en la respuesta penal, la utilización de mecanismos menos drásticos que la persecución penal y su consecuencia que es la pena, por lo que no habría problema alguno en que el Estado acuerde reparaciones o que las negocie en beneficio de terceros por ejemplo de una institución pública determinada; este aspecto debería estar incluido más que en el ámbito de aplicación en el sistema de control.

A pesar de los límites del ámbito de aplicación no hay que perder de vista que esta salida alternativa tiene como objetivo atender, satisfacer el interés concreto de la víctima por encima del interés de la persecución penal.

Frente a esto vamos a encontrar casos en los que el bien afectado es precisamente aquellos prohibidos en la norma, como por ejemplo en el caso ecuatoriano no es posible aplicar acuerdos de reparación en los casos de violencia intrafamiliar, delitos que pueden afectar la vida o la integridad personal de la víctima como es el caso de lesiones; en un caso hipotético de lesiones la reparación ofrecida tiene que ver con servicios médicos que le permitan a la víctima su rehabilitación física o psicológica como en el caso de una presentadora de televisión donde su imagen física es primordial, es afectada, lesionada gravemente en su rostro por su pareja, y éste le ofrece pagar la cirugía plástica que le dejará totalmente restablecido el mismo, en estos casos muy concretos pese al límite del ámbito de aplicación que pudiera estar regulado, negar a la víctima de pactar un

acuerdo es decirle que no importa que no pueda volver a trabajar como presentadora, que no importa su estado psicológico frente a la desfiguración que ha sufrido, que su interés concreto no tiene relevancia frente al interés de la persecución penal. Por lo tanto la interpretación de flexibilidad de la norma debe hacerse desde el interés concreto de la víctima.

Vemos también que en función de la pena se podría aplicar esta salida alternativa igualmente a delitos que atentan contra bienes jurídicos cuya afección está prohibido acordar reparaciones, como es en los delitos contra la vida que se consideran que afectan gravemente el interés social; sin embargo en aquellos de carácter culposos ejemplo el homicidio inintencional y los delitos de tránsito que provocan lesiones y que conforman una gran parte del universo de causas que ingresan al sistema de justicia penal esta salida alternativa es perfectamente aplicable. Con el COIP se puede aplicar a éstos últimos la conciliación cuando no tengan resultado muerte.

Frente a este ejemplo y muchos más que se presentan en la vida práctica, vemos que la abstracción de la ley no abarca todos los casos concretos y excluye todos aquellos cuya solución tendrían mejores respuestas a través de la reparación, pero por otro lado protege la legitimidad del sistema, al limitar la aplicación para cierto tipos de delitos que por su gravedad hay una decisión política-normativa para que no se celebren estos acuerdos.

“Una solución intermedia puede consistir en utilizar fórmulas abiertas en la ley, dejando a la jurisprudencia su elaboración concreta, por ejemplo, si la ley admitiera los acuerdos Reparatorios para aquellos delitos que afecten bienes jurídicos disponibles dejando abierto el debate acerca de si la integridad física lo es” (Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.- Chile.- 2004).

En lo que se refiere a los requisitos para la procedencia de los acuerdos de Reparación que regulan las diferentes legislaciones tenemos el

acuerdo entre el imputado y la víctima, lo que requiere un **concurso de voluntades**, del imputado que esté dispuesto a renunciar a sus derechos como es contar con un juicio en el que tiene la posibilidad de ser declarado inocente y que esté dispuesto a reparar los daños que produjo a la víctima como consecuencia de su conducta ilícita, y a su vez de la víctima que esté dispuesta a aceptar la oferta de reparación hecha por el imputado.

En esta salida alternativa es necesaria la existencia **por escrito** del acuerdo construido sobre la voluntad del sujeto pasivo y activo del delito, sin que la admisión del acuerdo de éste último signifique admisión de culpabilidad o aceptación de los hechos objeto de la imputación, sino solamente la voluntad de aplicar esta salida. Con el COIP se exige este requisito para la conciliación.

Ahora bien que debemos entender por reparar a la víctima o en que consiste la reparación, para lo cual debemos remitirnos a su concepto, así Julio B.J. Maier la define como “Reparación es, básicamente, deshacer la obra antijurídica llevada a cabo, colocando el mundo en la posición que tenía antes de comenzar el delito o en la posición en la que debía arribar, conforme a las previsiones del legislador, al mandar la realización obligatoria de una acción o prohibir la realización de otra” (Julio B.J. Maier.- Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal, en el Penalista Liberal.- Editorial Hammurabi SRL- Buenos Aires.- 2004.- página 229).

“Cualquier forma sustitutiva de compensar los perjuicios causados a la víctima, ya sea por medio de una prestación económica en su favor, por la prestación de algún servicio a su favor o a favor de la comunidad o simplemente por medio de una disculpa formalizada de algún tipo, entre muchas otras que es posible imaginar” (Mauricio y Cristian Riego.- El Proceso Penal.- Editorial Jurídica de Chile.- 2007.- Página 339).

Casi en todas las legislaciones de la región, las normas que regulan los acuerdos Reparatorios no son restrictivas en cuanto al tipo de reparación por el contrario dejan abierta la posibilidad a todo tipo de reparación, siempre que éstas satisfagan el interés concreto de la víctima, sin embargo en la

práctica la mayor parte de acuerdos se refieren a indemnizaciones de tipo económico.

Uno de los asuntos que siempre trae discusión, es cuando no hay una víctima individual, como cuando se trata de bienes jurídicos difusos, ante lo cual es necesario realizar una interpretación más amplia pues no podemos desconocer que existen instituciones privadas y públicas con las cuales podrían acordarse acuerdos de reparación y en el caso de éstas últimas sería con el mismo Estado.

De la normativa nacional debemos entender como otro requisito pese a que no conste expresamente, es que, es necesario **que exista ya la imputación** realizada mediante el inicio de la Instrucción fiscal para conocer los hechos imputados, la participación del procesado, a fin de determinar si procede o no la aplicación de esta salida alternativa; en el COIP la conciliación puede darse antes de la imputación. Así mismo que el acuerdo escrito, **sea entregado al fiscal**, quien lo presentará en la **Audiencia** respectiva ante el Juez de garantías, diligencia a la cual para efectos de validez **debe asistir el Fiscal y el Defensor**.

Una vez que se han cumplido los requisitos anteriores corresponde al juez **aprobar** el acuerdo de reparación **en Audiencia** para que éste pueda cumplir los efectos para los cuales fue diseñada esta salida alternativa.

Entre las facultades que tiene el juez para aprobar un acuerdo, como dijimos anteriormente, le corresponde **verificar** que las partes que constituyeron el acuerdo lo hicieron **libre y voluntariamente** y con conocimiento de los derechos a los que renunciaron, por lo que podemos decir que el rol del juez significa una garantía para la sociedad, para las partes procesales y un límite en el sentido de que esta salida alternativa no será un abuso de poder por quienes se encuentren en mejor situación que su contraparte, y precisamente esta ha sido una de las críticas a los acuerdos de reparación de que ciertos delitos graves quedarían en la impunidad cuando el imputado tenga el suficiente dinero para pagar a la víctima y sus

familiares provocándose la desigualdad en el proceso penal en beneficio de los más poderosos. En esta crítica se olvidan que la reparación no sólo es de tipo económico.

También le corresponde **verificar** que el acuerdo sometido a su conocimiento verse sobre la clase de delitos en los que es permitida esta salida alternativa, de no ser así esta sería una causa en la que el juez de oficio luego de un análisis ponderado, puede negar la aprobación del acuerdo, pues es parte del control de legalidad que le corresponde y en caso de no aprobar el acuerdo de reparación el proceso seguirá su curso normal hasta su terminación.

4.1.2 Titularidad y Control

La operatividad del Acuerdo de Reparación se da en el proceso penal, lo que trae consigo problemas normativos a decidir si este es una salida alternativa entre el imputado y la víctima, o si en él deben estar incluidos el juez y el fiscal.

En lo que se refiere a la inclusión del Fiscal en el acuerdo, si entendemos que la finalidad de ésta institución es la reparación efectiva del interés concreto de la víctima, parece lógico excluir al Fiscal de la obtención del acuerdo aún cuando las Fiscalías como política institucional y ¹obligación constitucional como en el caso de nuestro país deben en sus actuaciones tener presente el interés de la víctima, lo que tampoco significa que la Fiscalía deba seguir siempre la voluntad de ésta pues es muy frecuente encontrar confrontaciones entre el interés de la víctima y el interés institucional de las Fiscalías, o que el consentimiento de la víctima se encuentre coartado por el imputado, sin embargo si esta salida alternativa está construida para hacerse cargo del interés de la víctima el acuerdo

¹ Art. 78 de la Constitución.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re victimización particularmente en la obtención y valoración de pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

debe depender en principio para su construcción sólo de la voluntad de ésta y del imputado.

En lo que se refiere a la inclusión de los Jueces o Tribunales de Garantías, si lo hacen como mediadores para la discusión del acuerdo implicaría tener ya un control judicial en la negociación de éste y disminuir la posibilidad de un acuerdo rechazado, esto que parece una ventaja no lo es para el fin y la lógica de esta salida alternativa ya que resulta desfavorable pues por una parte se traslada hacia el juez todo el peso de la negociación que significa consumo de su tiempo en algo para lo cual no es indispensable ni está preparado y por otra el interés concreto de la víctima puede sucumbir ante las recomendaciones del juez y de su visión de aquello que es conveniente para la víctima, es decir de cómo y cuanto debe ser reparada lo que excluiría a la voluntad inicial de la víctima e imputado.

En lo que se refiere al **control del sistema de justicia penal** de esta Salida Alternativa y toda vez que su efecto es la extinción de la acción penal, mucho se ha discutido sobre a quién le corresponde realizar el mismo, si al Ministerio Público o Fiscalías, o a los Jueces de Garantías y con respecto a éstos últimos si el control deber ser sólo de legalidad o también de mérito.

Comenzaremos por analizar el control judicial de legalidad que se refiere a aquellas condiciones legales de aplicación cuyo cumplimiento corresponde controlar al órgano jurisdiccional y que se refieren generalmente casi en todas las legislaciones a:

- La voluntad libre de la víctima, por lo cual ésta no debe estar coaccionada ni por imputado ni por el propio sistema, por lo que el juez debe verificar que hay un acuerdo libre y voluntario de la víctima y del imputado, y que han entendido sobre los derechos, obligaciones que adquieren con el acuerdo, como también a aquellos que han

- renunciado, como por ejemplo en el caso del imputado aquel de acudir a juicio y la posibilidad de ser declarado inocente.
- La preclusión, es decir el plazo legal establecido para la aplicación del acuerdo de reparación.
- Que el delito cometido sea de aquellos susceptibles de aplicación del acuerdo de reparación.

En el proceso penal ecuatoriano a más de la voluntad de la víctima e imputado, el control para aplicar los acuerdos de reparación se refiere a delitos que pueden ser susceptibles de conversión de la acción². En este caso el control de legalidad, teniendo siempre presente el interés concreto de la víctima le correspondería al órgano jurisdiccional.

En cuanto al control de mérito, partiendo de que esta salida está diseñada para satisfacer **el interés concreto de la víctima**, no tendría importancia alguna, si el juez o el fiscal estimaran que la reparación acordada con el imputado no es la adecuada, bien que sea menor a lo que estiman debería ser o mayor al daño producido por el delito, si la víctima se siente que está reparada con lo acordado, no hay razón para que el órgano jurisdiccional o la Fiscalía se opongan a ello.

Sin embargo no podemos perder de vista que habrá excepcionalmente casos, en que el interés público prevalezca sobre aquel concreto de la víctima, como por ejemplo cuando se quiere parar la carrera delictiva de un sujeto que delinque, repara, delinque, repara y así sucesivamente; en estos casos debe relevarse la causal para rechazar el acuerdo por razones de interés público o social relevante en los que debe considerarse para efectos de fundamentación las cuestiones de

² Art. 37 C .Procedimiento Penal: Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el juez de Garantías Penales lo autorice. El Fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al Juez de Garantías Penales las razones de su negativa.

No cabe conversión: **a)** Cuando se trate de delitos que comprometan de manera seria el interés social; **b)** Cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado; **c)** Cuando se trate de delitos de violencia sexual. Intrafamiliar o delitos de odio; **d)** Cuando se trate de crímenes de lesa humanidad; **e)** Cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión;

habitualidad y de reincidencia; frente a esto puede haber delitos que no causen mayor alarma social como por ejemplo el hurto en el que generalmente no hay a más de la propiedad otro bien jurídico afectado como si lo es en el robo, pero que sucedería con una persona que ha tenido más de diez procesos penales por hurto en los supermercados, en los cuales ha reparado y ha salido librado del proceso penal. Podríamos concluir que su irrespeto constante al ordenamiento jurídico afecta la seguridad de otras personas y por lo tanto el interés social.

Lo que debe evitarse es que las personas abusen del sistema mediante el uso de las salidas alternativas y en este caso en concreto de los acuerdos de reparación lo que deben tener en cuenta los jueces al momento de resolver y los fiscales para oponerse al acuerdo.

Ahora bien, en el caso de la causal de interés público o social relevante, se abre otro debate, pues este es un concepto muy abierto y subjetivo, pues para unos tendrá tal o cual connotación y para otros distinta, a quien le correspondería rechazar el acuerdo en razón de esto, a las Fiscalías por representar el interés de la comunidad o a los jueces de garantías. Esta causal no se menciona en el COIP para la conciliación.

Si correspondería al Fiscal, tendríamos que incluirlo en el acuerdo pues es quien representa al interés social, esto tendría como consecuencia que sea juez y parte sobre la decisión de aceptar el acuerdo, la reparación del interés concreto de la víctima dependería de la voluntad y decisión de la Fiscalía lo que desnaturalizaría el fin del acuerdo reparatorio, en lo que respecta al juez sería una de las pocas veces que haga un control de mérito.

De esto surge otro inconveniente en lo que se refiere a la causal de interés público o social relevante. El juez tendrá que hacer ese control de oficio o a petición del Fiscal. En esta posibilidad parece que lo pertinente debe ir por la idea de que el control y el análisis del rechazo o no, por la causal de interés público prevalente debe provenir ante la petición del Fiscal

que es quien conoce mejor el caso y por lo tanto puede valorar si el interés público se encuentra afectado y prevalezca por lo tanto frente al interés de la víctima.

4.1.3 Oportunidad y Trámite.

Con esta salida alternativa estamos claros que lo que se busca es el interés concreto de la víctima, por lo que no pareciera justo imponerse un momento específico para tal aplicación, sin embargo siendo un asunto de política pública es necesario que esta salida permita ahorrar recursos al sistema y evitar que las posibilidades de condena en juicio sean el único incentivo para reparar.

En el Procedimiento Penal Ecuatoriano en el inciso segundo del art. 37 reformado se establecía la oportunidad para la aplicación de los acuerdos de Reparación: *“El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa”*. En COIP los acuerdos se dan antes de concluir instrucción Fiscal.

Con esta regulación podemos decir que la posibilidad de constituir un Acuerdo Reparatorio procede desde el inicio del proceso penal en la Audiencia de formalización de la investigación o formulación de cargos; se puede presentar el acuerdo en una Audiencia específica para tal efecto y en general durante el plazo que dure la Instrucción fiscal³(Art 221); durante la etapa Intermedia o de Preparación al Juicio y en la Etapa del Juicio hasta cinco días después que el Tribunal de Garantías Penales al que le ha correspondido tramitar la Etapa del Juicio haya avocado conocimiento siendo este el límite para la presentación del Acuerdo de reparación.

³ Art. 221 del C. Procedimiento Penal.- En cuanto aparezcan en el proceso datos que hagan presumir la autoría o participación de un persona en el hecho objeto de la instrucción, el fiscal formulará la imputación observando el procedimiento y requisitos señalados en el artículo 217 de este Código.

Art. 223 del C. Procedimiento P .- La etapa de Instrucción Fiscal concluirá dentro del plazo de 90 días, improrrogables a partir de la fecha de notificación al imputado o, de ser el caso, al defensor público o al defensor de oficio designado por la jueza o juez de Garantías Penales.

El trámite sigue lo dispuesto en la Constitución de la República,⁴ (Art. 168) y el Código de Procedimiento Penal⁵(Trámites de las Audiencias). Por lo tanto se lo realiza mediante una audiencia pública, oral y contradictoria, este último aspecto permitía que las partes expongan el fundamento del acuerdo y hacer valer los derechos que la ley les franquea.

El juez entonces deberá convocar a una Audiencia a la que acudirán todos aquellos sujetos procesales a quienes pudiera afectar el acuerdo, así la víctima, el imputado, el Fiscal y el Defensor para quienes la asistencia es obligatoria. En este punto de la regulación normativa nacional siendo esta una salida al proceso penal en la que se requiere la aceptación voluntaria de las partes que convienen si bien no consta expresamente en la norma, tiene que contarse con la presencia de las partes interesadas puesto que debe verificarse la voluntariedad del acuerdo y además es necesario que la víctima y el imputado conozcan las consecuencias de la aplicación de esta alternativa o de su incumplimiento, y que sean escuchadas de viva voz por el juez.

En la audiencia de trámite de los Acuerdos de Reparación, el juez verificará que el acuerdo presentado por las partes sea voluntario y que quienes lo constituyeron conocen perfectamente los derechos a los que renuncian, las consecuencias del acuerdo o de su incumplimiento.

⁴Artículo 168, numeral 6, Constitución de la República del Ecuador: La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

⁵ Trámites de las Audiencias.- Las partes podrán proponer cualquier tema que crean procedentes, con excepción de los que entran en contradicción con el debido proceso, aquellos en los que exista una prohibición legal o afecten de manera ilegítima a uno de los derechos de las partes. Se pueden plantear temas como: legalidad de la detención; solicitudes referidas a adoptar medidas para que la Fiscalía y la Policía no violen los derechos del procesado; resoluciones para autorizar ciertos actos investigativos; auto de apertura de la instrucción fiscal; mediadas cautelares, revisión de las medidas cautelares o apelación de las medidas cautelares; cierre del tiempo de investigación cuando se haya dictado prisión preventiva; procedimientos alternativos al juicio como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados.

Instalada la Audiencia, que puede ser en la de calificación de flagrancia, formulación de cargos, de medidas cautelares o una fijada para conocer el Acuerdo, el juez verificará la presencia, del fiscal, procesado y ofensor y se dará lectura al acuerdo.

Es conveniente que se acuerde sobre el tiempo y la manera en que se cumplirá el convenio; que éste sea claro, preciso, por lo que corresponde al juez verificar con las partes si lo entendieron y la posibilidad de cumplimiento.

Se constatará si el delito es de aquellos que permite la aplicación de esta salida; dará la palabra al fiscal para que exprese su posición frente al acuerdo, oirá al defensor, y verificará con el procesado y el ofendido sobre la voluntariedad del acuerdo y les explicará las consecuencias del mismo.

Si las condiciones de reparación son cumplidas inmediatamente o se acredita tal hecho, se dictará el archivo definitivo del proceso, y si se ha establecido un plazo para el cumplimiento del acuerdo se emitirá el archivo provisional del mismo; de existir medidas cautelares se dejarán sin efecto y se terminará la Audiencia; el ofendido deberá informar al juez y al fiscal cuando se ha cumplido totalmente el acuerdo a efecto de archivar definitivamente el proceso.

4.1.4 Problemas, desafíos y Efectos de los Acuerdos Reparatorios

Son varios los problemas y desafíos que se presentan con relación a los Acuerdos Reparatorios, pero entre los, que debemos relevar son aquellos que tienen que ver con el papel que cumplen los Ministerios Públicos o Fiscalías con respecto a esta salida alternativa; sobre la falta de un plan político criminal adoptado por la institución que lleva adelante la persecución penal con respecto a los acuerdos de reparación, y un tercer problema que hace referencia a la ejecución seria y real de estos acuerdos, de manera que ellos no se conviertan en pura impunidad.

Lo que hay que tener muy claro es que en los Acuerdos de Reparación la Fiscalía no es la protagonista de los mismos, pues este es un acuerdo entre la víctima y el imputado para reparar el interés concreto de la primera y su intervención en la Audiencia para aprobación de esta salida alternativa que en el caso de la legislación ecuatoriana es obligatoria se ciñe a oponerse cuando no ha existido voluntad de algunas de las partes, cuando los hechos no están dentro de las categorías de delitos en los que está permitido el acuerdo, o como ya señalamos anteriormente podría existir un interés público que ha sido soslayado por las partes. Fuera de esto a pesar de que las Fiscalías o Ministerios Públicos tiene el monopolio de la acción penal, su opinión en relación con la lógica de esta salida alternativa no tiene valor de aceptación obligatoria y el juez puede aprobar el acuerdo de reparación pese a la oposición de la Fiscalía, pues a ésta no le corresponde establecer si la reparación es la adecuada o no, eso va a depender si la víctima se da por efectivamente satisfecha por la reparación ofrecida por el imputado, pues precisamente uno de los objetivos principales a que debe aspirar el proceso penal es obtener la satisfacción del interés concreto de la víctima, finalidad para lo cual fue diseñada esta salida alternativa en la construcción de la diversidad en la respuesta penal.

Con el postulado del monopolio de la acción penal, los Ministerios Públicos o Fiscalías han venido operando sin prestar atención a los intereses de las víctimas pues entre sus objetivos han estado obtener sentencias como consecuencia de la persecución tradicional, por lo que frente a esta salida alternativa se ha evidenciado un rol muy poco proactivo por parte de los Fiscales para incentivar la aplicación de los acuerdos de reparación, lo que es un error, pues si bien el Acuerdo Reparatorio es un asunto entre la víctima y el imputado, éstos constituyen respuestas penales de alta calidad y otorgan beneficios para racionalizar la carga de trabajo para las Fiscalías, tanto más que éstos son los que están en mejor situación para hacer de intermediarios entre el imputado y la víctima, por lo tanto uno de los desafíos para la Fiscalía es que la promoción, incentivación de los acuerdos Reparatorios es una política criminal que debe dirigir y asumir.

Asimilada la necesidad de la promoción de esta salida alternativa, ésta debe realizarse en función de un plan de política criminal de las Fiscalías, que conduzca a que los Acuerdos Reparatorios sean soluciones de alta calidad al conflicto delicto, sin embargo dicho plan debe contener también criterios para oponerse a la aprobación de los acuerdos cuando su utilización se dirija para otros fines que no sean aquellos que correspondan a la lógica de esta salida alternativa como es el interés concreto de la víctima y que el proceso sea una instancia para la solución de conflicto penales.

Por último un aspecto que debe ser tomando en cuenta para la efectividad y legitimación de los acuerdos, tiene que ver con la ejecución real de éstos, de manera que no se conviertan en simples declaraciones que en la práctica no sean más que sólo incumplimientos, que desembocarían en impunidad y en insatisfacción de los intereses concretos de la víctima y en la no solución del conflicto que significa el delito, deslegitimándose esta salida alternativa, lo que impone exigencias no sólo a nivel legislativo sino también en la organización de los Ministerios Públicos o Fiscalías, su papel con esta salida alternativa, y su compromiso para luchar contra el incumplimiento del acuerdo en apoyo de la víctima.

Sobre los **efectos** de los acuerdos de reparación tenemos la **extinción** de la acción penal y por ende de la responsabilidad penal que son al mismo tiempo los incentivos para la celebración de los acuerdos. Igual se considera en el COIP que entrara en vigencia para la conciliación. Sin embargo hay que tener claro que es lo que produce la extinción de la acción y la responsabilidad penal, la aprobación del acuerdo o su cumplimiento.

La mayor parte de las legislaciones incluida la nuestra ha normado que el efecto de la extinción de la acción y la responsabilidad penal se produce con el cumplimiento total, pues si fuera con la aprobación o celebración del acuerdo, como por ejemplo si es una reparación económica acordada realizarla en cuotas, esto implicaría una ejecución dificultosa, con

costos adicionales para el sistema para controlar el cumplimiento para la víctima para exigirlo y frente al incumplimiento se generaría la impunidad.

Frente a este último escenario es conveniente que la extinción de la acción penal se dé con el cumplimiento total del acuerdo, pues con ello evitamos los problemas antes descritos, se incentiva el uso de esta salida alternativa y del sistema penal para ahorrar acciones civiles para demandar el daño causado.

En el procedimiento penal ecuatoriano en la regulación del acuerdo de reparación en el artículo 37 se establece que “la resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumple, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe el proceso penal.

El ofendido es quien tiene que informar al fiscal el incumplimiento del acuerdo. El incumplimiento del acuerdo es recomendable que se lo conozca, discuta en Audiencia ante el Juez de o Tribunal Garantías que lo aprobó.

La segunda opción de continuar el proceso penal parece ser menos problemática para la víctima, pues traslada la carga oficiosa de la persecución penal a la Fiscalía que cuenta con todo el aparato estatal para dicho fin; en lo que se refiere a la primera por lo menos en nuestra legislación nada se dice de que mecanismo se valdrá la víctima para hacer cumplir el acuerdo ante el juez de garantías; sin embargo pensamos que la resolución que aprueba el acuerdo de reparación al tener fuerza ejecutoria al igual que una sentencia, sobre todo si es económica la víctima podrá hacer uso de las acciones reguladas en el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal referente a los juicios de indemnización conforme a las reglas de la competencia. En el COIP nada se dice al respecto.

Otro de los incentivos para quien se beneficia de esta salida, concretamente el imputado, y que no está resuelto ni se hace cargo nuestro

procedimiento penal, se refiere a las acciones civiles por daños y perjuicios que pudieran derivarse de delito, sobre lo cual sería necesario que el acuerdo de reparación una vez cumplido impida que la víctima demande adicionalmente por indemnizaciones en la vía civil, y que además este no sea modificado o dejado sin efecto por acción civil alguna.

Un asunto que taxativamente no se ocupa la regulación normativa ecuatoriana con respecto a los acuerdos Reparatorios es lo referente a la pluralidad de ofendidos o imputados, aunque si consta en lo concerniente a la Conversión de la acción, en el artículo 37 reformado del C. Procedimiento Penal. Al respecto y partiendo de que la responsabilidad penal es muy personal, pensamos que el acuerdo producirá sus efectos únicamente respecto de quienes hayan dado su consentimiento para constituir éste, con los que no lo hayan hecho, el proceso seguirá su curso normal.

Finalmente los Acuerdos de Reparación deben documentarse en un registro, para conocimiento de todos los operadores de Justicia. En la legislación ecuatoriana esta obligación corresponde a los Jueces de Garantías Penales, en otras legislaciones por ejemplo en Chile, esta obligación corresponde al Ministerio Público. Creemos que este registro es importante para fines de política criminal, como también para conocer por un lado si quien accedió a esta salida alternativa cumplió con lo acordado, como también para evitar que la misma se convierta en pura impunidad, cuando un procesado que conoce los efectos de la misma pretenda hacer de ella un negocio redondo, por los argumentos que se expuso anteriormente y en donde hacíamos referencia al interés público o social relevante. Cabe señalar que en el Código Integral Penal nada se dice de los acuerdos.

Sobre este aspecto al realizar la investigación sobre la aplicación de las salidas alternativas en la ciudad de Cuenca, se pudo evidenciar que no existe ni en el órgano jurisdiccional, ni en la Fiscalía, un registro recopilado a la orden inmediata de los operadores de justicia en el que conste el tipo

de salida alternativa, la clase de acuerdo o condición a cumplir, el nombre del procesado, de la víctima, únicamente existen en los departamentos de Estadísticas de estas Instituciones información porcentual en cuanto al número de salidas aplicadas con relación a los procesos penales existentes y las causas ingresadas. En el sistema de consulta de casos de la Función Judicial se puede acceder únicamente si se conoce el nombre del procesado o de la víctima en donde se encuentra una síntesis de la Audiencia en la se aprobó la salida alternativa.

Igualmente en la Fiscalía se pudo obtener la información estadística de toda la provincia del Azuay con respecto a la aplicación de esta salida alternativa. En el año 2009 se registraron 3024 causas por delitos no flagrantes y 423 por delitos flagrantes en total 3447; de éstos se iniciaron procesos penales por delitos no flagrantes 245 y en por procesos flagrantes 334 en total 579 procesos; de esta totalidad de los procesos por delitos no flagrantes se constituyeron 04 acuerdos de reparación y en delitos flagrantes 03 acuerdos de reparación.

En el año 2010 se registraron por delitos no flagrantes 6986 causas y 563 por delitos flagrantes ; de esos se iniciaron procesos 382 por delitos flagrantes y 522 por delitos no flagrantes, en total 904 procesos; en delitos no flagrantes se aprobaron 25 acuerdos de reparación y por delitos flagrantes 04 acuerdos de reparación;

Por el año 2011 se registraron 9571 causas, 9018 por delitos no flagrantes y 553 por delitos flagrantes; de ese total se iniciaron procesos penales 506 en delitos no flagrantes y 429 por delitos flagrantes; se aprobaron en delitos no flagrantes 63 acuerdos de reparación y por delitos flagrantes 03 acuerdos.

En el año 2012, se registraron 7968 causas, de ellas 7941 por delitos no flagrantes y 27 delitos flagrantes; en delitos no flagrantes se aprobaron 82 acuerdos de reparación y 13 acuerdos en delitos flagrantes.

Por el año 2013, se registraron 4716 causas, de ellas 4693 por delitos no flagrantes, y 23 flagrantes; en delitos no flagrantes se aprobaron 82 acuerdos y en flagrantes se aprobaron 06 acuerdos.

Desde Enero a Agosto del 2014, se registraron 6183 causas, de ellas 6167 por delitos no flagrantes y 16 por delitos flagrantes; en delitos no flagrantes se registraron 43 acuerdos de reparación y en delitos flagrantes se registró 01 acuerdo de reparación. Vemos que la aplicación de los acuerdos de reparación es muy baja y se evidencia un comportamiento más disminuido cuando se trata de delitos flagrantes en los cuales la duración de la primera etapa del proceso penal, la instrucción fiscal, es de 30 días, no así cuando no se trata de flagrancia donde esta primera etapa dura hasta 90 días.

4.2 Los acuerdos Reparatorios en otras legislaciones

El Derecho Comparado lleva a la investigación del Derecho de otros pueblos, países, como a la investigación de conflictos sociales en los que intervienen los ordenamientos jurídicos para buscar la solución a los mismos. La comparación de las legislaciones, de los sistemas permite conocer la estructura, la naturaleza de las instituciones, los principios comunes que se presentan en todos los ordenamientos, el intercambio de conocimientos y colaboración internacional, como también favorece los procesos de reformas legales.

Los países de la región desde hace más de una década introdujeron en la normativa penal lo referente a las salidas alternativas como forma de solución al conflicto social que significa el delito, examinaremos a continuación algunas regulaciones normativas sobre Acuerdos de Reparación de otras legislaciones:

En **Paraguay**, no hay una institución regulada como Acuerdos de Reparación, sin embargo en el código procesal penal de este país encontramos que la reparación del daño es una causal de extinción de la acción.

Artículo 25.- Motivos de extinción

La acción penal se extinguirá:

10) En los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso.

En la República de **Bolivia**, consta normado en el Código Procesal la posibilidad de prescindir de la acción penal bajo determinados requisitos y en ciertos supuestos se exige la reparación a la víctima para lo cual ésta firmará un acuerdo con el imputado; igualmente una de las formas de extinguir la acción penal es mediante la reparación del daño en los supuestos delictuales que la ley prevea.

Art 21.La fiscalía tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos que sea procedente. No obstante, podrá solicitar al juez que prescinda de la persecución penal de uno o varios de los hechos imputados, respecto de uno o algunos de los partícipes en los siguientes casos.

- 1) Cuando se trate de un hecho de escasa relevancia social por la afectación mínima del bien jurídico protegido.
- 2) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse;
- 3) Cuando la pena que se espera por el delito de cuya persecución prescinde carece de importancia en consideración a una pena impuesta por otro delito.
- 4) Cuando sea previsible el perdón judicial.
- 5) Cuando la pena que se espera carezca de importancia en consideración a la de otros delitos, o a la que se impondría en un proceso tramitado en el extranjero y sea procedente la extradición solicitada.

En los supuestos previstos en los numerales 1,2, y 4 será necesario que el imputado en su caso haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzada suficientemente esa reparación.

Artículo 27. Motivos de extinción:

La acción penal, se extingue:

6. Por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada hasta la audiencia conclusiva, en los delitos de contenido patrimonial o en los delitos culposos que no tengan por resultado la muerte, siempre que lo admita la víctima o el fiscal, según el caso.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público se establece como política criminal de actuación de esta institución la prioridad de aplicación de las salidas alternativas, así en el artículo 64 se establece que las salidas alternativas deberán los fiscales solicitarlas sin demora.

Así mismo en esta ley consta como principio “el de solución del conflicto”, por el cual esta institución está en la obligación dentro del marco legal, a solucionar el conflicto penal mediante la aplicación de los criterios de oportunidad y salidas alternativas previstas en el Código de Procedimiento Penal. Así mismo dispone que cuando se persigan delitos de contenido patrimonial o culposos que no tengan por resultado la muerte, y siempre que no exista un interés público gravemente comprometido, el fiscal, de oficio o a petición de parte, deberá exhortarlas para que se manifieste cuáles son las condiciones en las que aceptarían conciliarse. La conciliación tiene el efecto de extinguir la acción penal.

En la República de **Venezuela**, encontramos regulados los acuerdos de Reparación en el Código Procesal Penal; el ámbito de aplicación se limita a aquellos delitos que precautelen bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial y a delitos culposos que no hayan ocasionado la muerte y ni afectado gravemente la integridad física; se puede aplicar desde la fase preparatoria, y se construye sobre el acuerdo entre la víctima y el imputado.

Entre sus efectos está la extinción de la acción penal. Se establece un límite en el tiempo para que el imputado se favorezca de esta salida cuando ya lo ha hecho con anterioridad, de tal manera que sólo en el plazo de tres años podrá el procesado que se benefició anteriormente aplicar un nuevo acuerdo por otro delito; luego de la acusación del fiscal y si se propone el acuerdo de reparación el imputado tendrá que admitir el hecho que se le acusa, pues en caso de incumplimiento esa admisión será suficiente para dictar una sentencia condenatoria; el plazo para el cumplimiento es de tres meses en caso de incumplimiento el proceso continuará. Consta en el Capítulo III, De las alternativas a la Prosecución del Proceso, Sección Segunda, artículo 40.

Artículo 40.- Procedencia: El Juez podrá, desde la fase preparatoria, aprobar acuerdos Reparatorios entre el imputado y la víctima, cuando:

1. El hecho punible recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial; o
2. Cuando se trate de delitos culposos contra las personas, que no hayan ocasionado la muerte o afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas.

A tal efecto, deberá el Juez verificar que quienes concurren al acuerdo hayan prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, y que efectivamente se está en presencia de un hecho punible de los antes señalados. Se notificará al Fiscal del Ministerio Público a cargo de la investigación para que emita su opinión previa a la aprobación del acuerdo reparatorio.

El cumplimiento del acuerdo reparatorio extinguirá la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él. Cuando existan varios imputados o víctimas, el proceso continuará respecto de aquellos que no han concurrido al acuerdo.

Cuando se trate de varias víctimas, podrán suscribirse tantos acuerdos Reparatorios, como víctimas existan por el mismo hecho. A los efectos de la previsión contenida en el aparte siguiente, se tendrá como un único acuerdo reparatorio, el celebrado con varias víctimas respecto del mismo hecho punible. Sólo se podrá aprobar un nuevo acuerdo reparatorio a favor del imputado, después de transcurridos tres años desde la fecha de cumplimiento de un anterior acuerdo. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les hayan sido aprobados acuerdos Reparatorios y la fecha de su realización.

En caso de que el acuerdo reparatorio se efectúe después que el Fiscal del Ministerio Público haya presentado la acusación, y ésta haya sido admitida, se requerirá que el imputado, en la audiencia preliminar, o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, admita los hechos objeto de la acusación. De incumplir el acuerdo, el Juez pasará a dictar la sentencia condenatoria, conforme al procedimiento por admisión de los hechos, pero sin la rebaja de pena establecida en el mismo.

Artículo 41. Plazos para la reparación. Incumplimiento: Cuando la reparación ofrecida se haya de cumplir en plazos o dependa de hechos o conductas futuras, se suspenderá el proceso hasta la reparación efectiva o el cumplimiento total de la obligación.

El proceso no podrá suspenderse sino hasta por tres meses. De no cumplir el imputado el acuerdo en dicho lapso, sin causa justificada, a juicio del Tribunal, el proceso continuará.

En caso de que el acuerdo se hubiere realizado después de admitida la acusación o antes de la apertura del debate, si se trata de un procedimiento abreviado, el Juez procederá a dictar la sentencia condenatoria correspondiente, fundamentada en la admisión de los hechos realizada por el imputado, conforme al procedimiento por admisión de los hechos.

En el supuesto de incumplimiento, los pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos.

En Chile, los acuerdos reparatorios proceden cuando se cumplen los siguientes requisitos:

Art. 241. Procedencia de los acuerdos Reparatorios: El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos Reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos Reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos Reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular.

Art. 242. Efectos penales del acuerdo reparatorio. Una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado.

Art. 243. Efectos civiles del acuerdo reparatorio. Ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

El acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

Art. 244. Efectos subjetivos del acuerdo reparatorio. Si en la causa existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará respecto de quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

Art. 245. Oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos Reparatorios. La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio podrán solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se plantea en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.

Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio sólo podrán ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral.

Art. 246. Registro. El ministerio público llevará un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se decretare la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio.

El registro tendrá por objeto verificar que el imputado cumpla las condiciones que el juez impusiere al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o reúna los requisitos necesarios para acogerse, en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio.

El registro será reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado.

En Colombia en el Código de Procedimiento Penal, encontramos diferentes instituciones como la conciliación preprocesal, conciliación en el

trámite de reparación integral y la mediación que puede referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón, todas estas formas constituyen parte de la justicia restaurativa como podemos ver de la su regulación normativa, en las cuales víctima, imputado o acusado resuelven sobre el delito que les involucra; en el capítulo I, del Libro VI, en las Disposiciones General, encontramos lo que debe entenderse por Justicia Restaurativa y los principios generales que la regulan.

Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se registrarán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.
2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.
4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.
5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.
6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Artículo 520. Condiciones para la remisión a los programas de justicia Restaurativa. El fiscal o el juez, para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.
2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

Artículo 521. Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación preprocesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

En los capítulos II y III encontramos lo referente a la conciliación preprocesal y la mediación:

Artículo 522. La conciliación en los delitos querellables. La conciliación se surtirá obligatoriamente y como requisito de procedibilidad para el

ejercicio de la acción penal, cuando se trate de delitos querellables, ante el fiscal que corresponda, o en un centro de conciliación o ante un conciliador reconocido como tal.

En el primer evento, el fiscal citará a querellante y querellado a diligencia de conciliación. Si hubiere acuerdo procederá a archivar las diligencias. En caso contrario, ejercitará la acción penal correspondiente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

Si la audiencia de conciliación se realizare ante un centro o conciliador reconocidos como tales, el conciliador enviará copia del acta que así lo constate al fiscal quien procederá al archivo de las diligencias si fue exitosa o, en caso contrario, iniciará la acción penal correspondiente, si fuere procedente, sin perjuicio de que las partes acudan al mecanismo de la mediación.

La inasistencia injustificada del querellante se entenderá como desistimiento de su pretensión. La del querellado motivará el ejercicio de la acción penal, si fuere procedente.

En cualquier caso, si alguno de los citados fuere incapaz, concurrirá su representante legal.

En cuanto a la Mediación tenemos en el artículo 523, Capítulo III:

Artículo 523. Concepto. Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el Fiscal General de la Nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima y el imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón.

Artículo 524. Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa.

En los delitos con pena superior a cinco (5) años la mediación será considerada para otorgar algunos beneficios durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción.

Artículo 525. Solicitud. La mediación podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, según el caso, para que el Fiscal General de la Nación, o su delegado para esos efectos, procedan a designar el mediador.

En los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación.

Artículo 526. Efectos de la Mediación. La decisión de víctima y victimario de acudir a la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral.

El mediador expedirá un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación.

Los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia.

Artículo 527. Directrices. El Fiscal General de la Nación elaborará un manual que fije las directrices del funcionamiento de la mediación, particularmente en la capacitación y evaluación de los mediadores y las reglas de conducta que regirán el funcionamiento de la mediación y, en general, los programas de justicia restaurativa.

CAPÍTULO 5

LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

5.1 La suspensión condicional del proceso

La Suspensión condicional del proceso, como salida alternativa al proceso penal es una institución que igualmente responde a la necesidad de diversificar la respuesta penal, pues el delito como decíamos es un fenómeno heterogéneo, multicausal, específico, por lo que su solución debe responder a esas características de manera que no es posible para conflictos diversos, contar con una sola respuesta como es la persecución tradicional, por lo tanto su lógica es que debe construirse una mejor solución en atención a las circunstancias concretas y específicas de un caso y pasa por los siguientes argumentos:

1.- La suspensión condicional debe hacerse cargo de los conflictos sociales más inmediatos que acarrea el delito, como es procurar la reinserción social del imputado y detener la carrera delincuencia que ha emprendido; evitar las consecuencias del encierro para el imputado y su familia, así para éste la contaminación con la violencia del encarcelamiento tanto más cuando es primerizo en la comisión del delito; la desintegración de la familia y las necesidades que ésta pueda pasar cuando el imputado es quien mantiene a la misma.

2.- La suspensión condicional del proceso es una respuesta con que cuenta el Estado para disminuir la impunidad que puede devenir de sentencias absolutorias, a pesar de que el órgano de persecución oficial está convencido de la responsabilidad del imputado, sin embargo por la debilidad de la prueba, ya porque los testigos, la víctima no quieren colaborar con la investigación, se puede colegir que el ejercicio de la acción penal no va a tener éxito con el costo que significa ello pero el procesado accede a someterse a cumplir ciertas condiciones para resolver el conflicto.

3.- Esta salida alternativa también representa racionalización de los recursos para el sistema de justicia penal, pues aplicada tempranamente, evita gastos de la investigación y del juicio.

Así la suspensión condicional del proceso, llamado también suspensión del proceso a prueba, es una salida alternativa en virtud de la cual el proceso, el desarrollo de la imputación realizada por el órgano de persecución oficial se detiene provisionalmente a favor de una persona, por un plazo determinado, con la condición de que el procesado cumpla ciertas condiciones pactadas con la Fiscalía e impuestas por el juez de garantías, cumplidas las mismas la consecuencia es la extinción de la acción penal, caso contrario, de no existir una justificación racional para el incumplimiento se revoca la suspensión y se retoma el desarrollo del proceso penal.

Se la puede definir también como un instituto que supone la paralización provisional de la pretensión punitiva del Estado, a través de un acuerdo entre la Fiscalía y el imputado, por el cual se imponen ciertas condiciones por un periodo de tiempo determinado las que cumplidas se extingue la acción penal, caso contrario el proceso se reanuda. Puede ser pedida por el Fiscal o por el imputado, en algunos países no es necesario el reconocimiento de responsabilidad como tampoco la reparación a la víctima es requisito indispensable para su aplicación.

5.2 La suspensión condicional de proceso en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

En nuestro país igualmente ante la necesidad de diversificar la respuesta penal y acorde con el sistema acusatorio que nos rige, se introdujo en el procedimiento penal mediante las reformas al Código Adjetivo Penal, publicadas en el Registro Oficial # 555 del 24 de Marzo del 2009.

En la regulación ecuatoriana consta como suspensión condicional del procedimiento, sin embargo modestamente creemos que debe denominarse como suspensión condicional del proceso, pues existe

diferencia entre el significado de procedimiento y proceso; el primero se refiere a la composición externa, formal, desarrollo del proceso o de una etapa de este, mientras que el proceso comprende las relaciones jurídicas que se establecen entre los sujetos del proceso y la finalidad de este. Diferencia que hay que tener en cuenta, tanto más como veremos más adelante que los efectos de esta salida alternativa incide sobre el proceso y no sobre el procedimiento.

De conformidad con las reformas del 24 de Marzo del 2009 los actores principales son el procesado pues éste debe admitir su participación en el delito y el Fiscal porque es quien pide al Juez de Garantías Penales la suspensión del proceso.

Corresponde ahora ver el texto normativo que ha regulado esta salida alternativa, mediante los artículos agregados al artículo 37 del Código de Procedimiento Penal:

Art. 37.-Suspensión condicional del procedimiento.- En todos los delitos sancionados con prisión y en los delitos sancionados con reclusión de hasta cinco años, excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad, el fiscal, con el acuerdo del procesado, podrá solicitar al juez de garantías penales la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación.

La suspensión se pedirá y resolverá en audiencia pública a la cual asistirán el fiscal, el defensor y el procesado. El ofendido podrá asistir a la audiencia y si quisiera manifestarse será escuchado por el juez de garantías penales.

Al disponer la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantías penales establecerá como condición una o más de las medidas contempladas en el artículo siguiente. Las condiciones impuestas no podrán exceder de dos años.

Durante el plazo fijado por el juez de garantías penales se suspende el tiempo imputable a la Prescripción de la acción penal y a los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente.

Cumplidas las condiciones impuestas, el juez de garantías penales declarará la extinción de la acción penal.

Art. ...- Condiciones.- El juez de garantías penales dispondrá, según corresponda, que durante el período que dure la suspensión, el procesado cumpla una o más de las siguientes condiciones:

- a) Residir o no en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico o psicológico;
- d) Tener o ejercer un trabajo o profesión, oficio, empleo, o someterse a realizar trabajos comunitarios;
- e) Asistir a programas educacionales o de capacitación;
- f) Reparar los daños o pagar una determinada suma al ofendido a título de indemnización de perjuicios o garantizar debidamente su pago;
- g) Fijar domicilio e informar a la Fiscalía de cualquier modificación del mismo;
- h) Presentarse periódicamente ante la Fiscalía u otra autoridad designada por el juez de garantía penales, y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas; e,
- i) No tener instrucción fiscal por nuevo delito.

El juez de garantías penales resolverá en la misma audiencia la suspensión e impondrá la o las condiciones y el período durante el cual deben cumplirse. El ofendido u otros interesados podrán solicitar copia de la resolución. Dicha copia en poder del destinatario operará como una orden directa a la Policía para que intervenga en caso de que la condición esté siendo violada.

Art. ...- Revocación de la suspensión condicional.- Cuando el procesado incumpliere cualquiera de las condiciones impuestas o transgrediere los plazos pactados, el juez de garantías penales, a petición del fiscal o el ofendido, convocará a una audiencia donde se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la suspensión condicional. En caso de que en ella el juez de garantías penales llegue a la convicción de que hubo un incumplimiento injustificado y que amerita dejarla sin efecto, la revocará y se sustanciará el procedimiento conforme a las reglas del procedimiento ordinario. Revocada la suspensión condicional, no podrá volver a concederse.

Corresponde ahora analizar los aspectos fundamentales regulados para la existencia de la suspensión condicional del proceso.

5.2.1 Ámbito de Aplicación, Requisitos.

El ámbito de aplicación de esta salida alternativa se encuentra señalado en el C. P. Penal en la regulación normativa de la misma, y se refiere a todos los delitos sancionados con prisión, y aquellos sancionados con penas de hasta cinco años de reclusión, estableciéndose delitos respecto de los cuales no procederá como los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad.

Esta medida ha sido concebida para delitos de mediana gravedad, cuya aplicación previa la solicitud del Fiscal puesta en conocimiento del juez o Tribunal de Garantías se discute en Audiencia, a la cual deben acudir el procesado para efectos de admitir su participación, y obligatoriamente el defensor y el fiscal.

Partiendo de la necesidad de una mayor diversificación de la respuesta penal, y por lo tanto de aplicación de salidas alternativas entre ellas la suspensión condicional del proceso como una mejor solución a un caso en concreto, sin embargo ello no es cierto respecto de cualquier delito o imputado, razón por la cual las legislaciones comparadas en la materia han delimitado un ámbito de aplicación, de manera que la suspensión no sea utilizada como simple mecanismo de descongestión del sistema.

Así los principales aspectos a considerarse para delimitar el ámbito de aplicación de la suspensión condicional tienen que ver con el tipo de delito o el límite máximo de la pena a aplicarse y el imputado, este último aspecto no está considerado en el código procesal penal ecuatoriano actual, en el Código Integral Penal próximo a aprobarse nada se dice de esta salida alternativa las condiciones a cumplirse son parte del acuerdo de conciliación

En lo que se refiere al tipo de delito o tope de pena, este límite parece ser que evalúa mejor la gravedad de la ofensa, así en el caso de nuestro ordenamiento penal en donde la gravedad del ilícito se mide por la aplicación de penas de prisión y reclusión, se establece que es aplicable para todos los delitos sancionados con prisión y en aquellos de reclusión que no pasen de cinco años de privación de la libertad, estando prohibida su aplicación para los delitos sexuales, lesa humanidad, violencia intrafamiliar y odio. Igualmente en el Código Orgánico Integral Penal que entrará en vigencia, en función de la regulación de las penas contenida en su Primer Libro ya no se hace la diferenciación de penas de reclusión y prisión, simplemente se refiere a penas privativas de libertad.

Para algunos autores estos límites tienen “su justificación en el grado de desconfianza que se tiene del criterio de las instituciones encargadas de la aplicación de las salidas alternativas, pues en cuestión de principios como ya se ha dicho, incluso para casos más graves siempre hay soluciones mejores que la cárcel” (Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá. Chile 2004).

Sin embargo y pese a que en el caso de la legislación ecuatoriana nada dice, a diferencia de otras de la región, creemos que para el límite de pena debe ser considerada la pena en concreto, es decir el caso con sus circunstancias concretas (atenuantes, agravantes, grados de participación,

iter criminis) y no la pena en abstracto que es la que señalan los códigos, pues ello nos permite una mejor aproximación a la gravedad concreta, aquí compartimos el mismo criterio que se expuso para los acuerdos de reparación.

La resolución # 1 del Consejo Consultivo de la Función Judicial de fecha 03 de Mayo del 2010, en el numeral 2 de las Disposiciones Generales señala: “para la aplicación de las salidas alternativas o procedimientos especiales descritos en este protocolo, se considerará la pena en concreto establecida para el respectivo delito, la que se obtendrá con la aplicación de las circunstancias atenuantes existentes o las agravantes específicas, de haberlas, aplicando para el efecto las reglas para la modificación de las penas establecidas en el artículo 72 y siguientes del Código Penal. La pena modificada que se proyecte, luego de utilizar las mencionadas reglas, será la base para la aplicación de este protocolo en todos los casos.

En la práctica, por lo menos en la provincia del Azuay en muy pocos casos se ha podido aplicar una salida alternativa o un procedimiento abreviado, tomando en consideración la pena en concreto, pues esto ha dependido de la interpretación que tengan los Jueces y Tribunales de Garantías con respecto a asumir control de legalidad y mérito sobre la aplicación de salidas alternativas y procedimientos simplificados en los términos del análisis que se hizo en párrafos anteriores, siendo controlados estos dos aspectos por el órgano jurisdiccional, lo que ha desembocado en menor acceso de casos a ser solucionados vía estas instituciones.

Sobre los imputados algunas legislaciones han limitado la posibilidad de que algunos no puedan acceder a esta salida alternativa, atendiendo a la calidad de reincidentes, a la calidad de funcionarios públicos. En el código de procedimiento penal ecuatoriano, no había limitación expresa a la calidad del imputado, de manera que en principio cualquiera podría acceder a la suspensión incluidos los que fueron condenados por otros delitos, o que fueron beneficiados con una anterior suspensión u otra salida alternativa. En el Código Orgánico Integral no

regula esta salida alternativa, y ésta prevista únicamente en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia para los delitos con pena privativa de libertad de hasta diez años, siempre que exista el consentimiento y se denomina suspensión del proceso a prueba (artículo 349).

Creemos que por legitimidad del sistema, los fines de las salidas alternativas, éstas nos pueden seguir beneficiando a quien ha hecho del delito su ocupación, pues se estaría abriendo una puerta para que cualquier ciudadano crea que cada vez que cometa un delito, simplemente está obligado a cumplir ciertas condiciones, por un plazo determinado, a reparar a la víctima, y seguir con su carrera delictiva.

Ante la falta de respuesta legislativa en este tema, el Consejo Consultivo de la Función Judicial antes referido ha señalado en el artículo 1, numeral 3, “no procederá una salida alternativa cuando el procesado haya cometido con anterioridad un delito, resuelto mediante un acuerdo de reparación, suspensión condicional del procedimiento, o cuando el delito haya sido cometido por una organización delictiva”.

En cuanto a sus requisitos procede conforme el texto del artículo 37 reformado, cuando el delito no se encuentre dentro de las hipótesis prohibidas por la ley, de manera especial por la pena a imponerse y que exista un acuerdo entre el fiscal y el imputado.

De manera que procede cuando la pena privativa que pudiere imponerse al procesado **no excediera** de 5 años en los delitos de reclusión y en todos los delitos que merezcan pena de prisión, a excepción de los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad.

Una de las cuestiones que problematiza la aplicación de esta salida es lo referente al límite de la pena y que ha dado lugar en la práctica a diversas interpretaciones provenientes de los jueces de garantías y de los fiscales, es lo referente a que si el límite de pena señalado, se refiere a la

pena en abstracto o a la pena en concreto que podría aplicarse al imputado en el evento que fuera a una Audiencia de Juicio.

En otras legislaciones esto no ha sido motivo de discusión puesto que en la regulación normativa este asunto está aclarado como lo es en el código procesal chileno, así dice “la pena que pudiera imponerse en el evento de dictarse condenatoria”, conforme a lo cual habría que considerar el límite de pena por ejemplo atenuantes, grado de participación, es decir la pena en concreto, eso no pasa en nuestra normativa nacional y en la provincia del Azuay, donde se ha manifestado por parte de jueces de garantías, que la modificación de las penas es una tarea exclusiva de los jueces, que los fiscales tendrían que aplicar los límites de pena que ha establecido el legislador, es decir considerar la pena en abstracto, lo cual no ha permitido que delitos de mediana gravedad sean solucionados vía esta figura y pone en evidencia la desproporción de las penas, como también un límite a la capacidad de administrar la carga de trabajo de quien tiene el monopolio de la acción y persecución penal y la diversificación de la respuesta penal.

Sin embargo en la resolución # 1 del Consejo Consultivo de la Función Judicial de fecha 03 de mayo de 2011 anotado cuando nos referimos a los acuerdos de reparación, en la Disposición General # 2 dice, “para la aplicación de las salidas alternativas o procedimientos especiales descritos en este protocolo se considerará la pena en concreto establecida para el respectivo delito”. Es decir se refiere a la pena en concreto considerando atenuantes, y grados de participación, sin embargo esto en la práctica no se ha aplicado por la reparación de la pena en abstracto y sobre todo por la interpretación de que al no estar considerado en el texto legal, el protocolo referido no puede aplicarse por encima de aquel.

De igual forma que en los acuerdos de Reparación, es necesario que para efectos de aplicar esta salida alternativa exista la **imputación** resuelta en contra del procesado a efectos de conocer los hechos que se atribuyen,

su grado de participación, y determinar la procedencia de la suspensión del proceso.

En lo que se refiere a la existencia de una **constancia** de la negociación entre el fiscal y el procesado sobre la suspensión condicional del proceso y las condiciones a cumplirse, la normativa nacional nada expresa como lo hace en los acuerdos de reparación, por lo que el acuerdo debe realizarse previo a la Audiencia donde va a ser propuesto, que se lo puede hacer en **forma verbal**, no se prohíbe tampoco que el acuerdo sobre las condiciones se lo presente por escrito.

Será el Fiscal quien **comunique** al juez en la **Audiencia**, el acuerdo al que ha llegado con el procesado para suspender condicionalmente el proceso, esta petición podrá presentarse en la Audiencia de calificación de flagrancia, de formulación de cargos, de medidas cautelares, de preparación del juicio o una solicitada específicamente para presentar el acuerdo.

Este acuerdo será **aprobado** en una **Audiencia oral, pública y contradictoria**, por el **juez** de garantías penales ante quien se presentará el acuerdo que lleguen a proponer el Fiscal en consenso con el procesado.

A esta Audiencia deben comparecer el fiscal, el defensor y el procesado, podrá hacerlo también el ofendido, sin embargo su presencia no es vinculante para la aprobación del acuerdo.

En cuanto al **plazo** para el cumplimiento de las condiciones, cada uno de los códigos procesales de la región han establecido tiempos que se han considerado prudenciales para incentivar el uso de esta salida alternativa y están relacionados con la dimensión de las penas que podrían haberse aplicado a los casos en la persecución tradicional, en el caso de nuestro país se establece un plazo máximo de dos años para la duración de la suspensión, nada se dice de plazo mínimos, por lo que éste queda a

criterio del acuerdo entre fiscal e imputado sin que exceda de plazo de los dos años. En el COIP condiciones del acuerdo tienen plazo de 180 días.

Un requisito importante a considerarse para la procedencia y aplicación de la suspensión provisional del proceso, es la existencia del **acuerdo** entre la Fiscalía y el procesado, que encierra dos aspectos fundamentales, basados en consideraciones políticos-criminales, por un lado el Estado entrega al órgano de persecución penal la decisión de no seguir con ésta y por otro es una garantía para el imputado de que no le sea aplicado otro mecanismo de control, privación de sus derechos, distinta de la pena sino se cuenta con su consentimiento.

El procesado siempre podrá negarse a la proposición del Fiscal de la suspensión y optar por ir a juicio ante el órgano jurisdiccional para ser condenado o absuelto, de manera que la voluntariedad del imputado será una garantía “de que la suspensión condicional del proceso no será un mecanismo de control social que vulnere el principio de inocencia y el resto de sus derechos a contar con un debido proceso” (Mauricio Duce y Cristian Riego.- ob cit. El Proceso Penal. Pág. 317), por lo tanto lo que debe ser evitado es que esta salida se convierta en un mecanismo de coacción psicológica para el imputado.

Otro asunto de vital importancia con relación a la aplicación de esta figura, y que en algunas legislaciones es requisito vital para la aplicación de la suspensión, es lo referente al **reconocimiento de responsabilidad** lo que ha sido regulado de diversa forma en el Derecho Comparado.

Una posición es que el acuerdo implica que el procesado admita su responsabilidad en los hechos, lo que fue rechazado por considerar que no responde a los fines de esta salida, como es la reinserción social y la no estigmatización del imputado; otra opción es la propuesta en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en el que el imputado debe aceptar la veracidad de los hechos, ya que en caso de revocatoria se pueda optar por el procedimiento Abreviado; una tercera opción y que ha sido

admitida en algunos códigos es que la aceptación es únicamente una manifestación de su voluntad para acceder a la salida alternativa, para muchos autores con esto se evita el riesgo de la utilización del acuerdo en caso de revocatoria.

En nuestro Código de Procedimiento Penal es requisito fundamental la **aceptación de la participación** en el hecho que se le atribuye. Aquí es importante la presencia del defensor, quien deberá explicar en que consiste esta salida alternativa, las condiciones que va a cumplir, los efectos y la posibilidad de negarse a pactar la suspensión.

Hay que tener presente que la aceptación de participación como uno de los requisitos que se establece para acceder a la suspensión no podrá ser utilizada en el juicio oral como reconocimiento de responsabilidad contra el imputado luego de reiniciado el proceso como consecuencia de la revocatoria de la suspensión, sería de mucha utilidad que se regulase que este antecedente con la voluntad del procesado se utilice para la aplicación de un procedimiento abreviado u otro procedimiento de simplificación.

Otro aspecto importante a tomar en cuenta en la aplicación de esta salida alternativa es aquel que tiene relación con el cumplimiento de las condiciones y el plazo impuesto por el juez, y si el imputado puede o no retractarse de la aceptación previa que hizo.

La salida alternativa que nos ocupa es una renuncia del imputado a su derecho de ir a juicio, en la cual **la voluntariedad** respecto a las condiciones y el plazo para el cumplimiento de las mismas es una garantía del procesado que le permitiría en el momento de aceptar la suspensión o al momento de imponérsele las condiciones, desistir de la misma por considerar que son gravosas, pues si bien se entiende que previo a la Audiencia para la aplicación de la suspensión hay un acuerdo con el Fiscal sobre el plazo y las condiciones, podría darse el caso que el juez imponga otras condiciones que no estuvieron en el acuerdo, el imputado tiene todo el

derecho a solicitar que se siga con el desarrollo del proceso hasta llegar a la etapa del juicio.

En otras legislaciones como la chilena existe la posibilidad de que impuestas las condiciones, el imputado puede apelar de aquello, en la legislación ecuatoriana no hay esa posibilidad, pues se parte de que la misma se construye sobre el acuerdo entre el fiscal y el procesado, y se pueden ejecutar las condiciones de la suspensión únicamente con la aceptación del procesado, por eso la importancia de que en la Audiencia para aplicación de esta salida esté presente el procesado y su defensor, pues la intervención de este último significa la garantía de la defensa técnica, que le permitirá conocer los efectos de su voluntad y de las condiciones a cumplir.

La disposición legal que regula esta salida alternativa, nada dice con respecto a los ciudadanos que ya han sido sentenciados con anterioridad como en otras legislaciones, donde uno de los requisitos para la procedencia de esta salida alternativa es que el imputado no ha ya sido condenado por otro delito, y ahí hay diferentes aplicaciones, pues algunos Fiscales no consideran el tema de la reincidencia, y otros se abstienen de aplicar esta salida cuando se trata de una persona que ya ha cometido un delito por el cual fue sancionado, bajo la consideración de que ese individuo no tiene voluntad para la reinserción social.

5.2.2 Titularidad y condiciones

Se ha discutido mucho sobre la **titularidad** de esta salida alternativa, pues si bien por un lado se trata de restricciones a la libertad de las personas y solución de un caso ingresado al sistema, parece razonable que el juez de garantías sea quien decrete de oficio esta salida; sin embargo por otro, al considerarse de que esta salida alternativa es una mejor respuesta estatal al conflicto delito, es razonable que sea la Fiscalía que tiene el monopolio de la persecución penal quien la solicite, de manera que el órgano jurisdiccional no la puede decretar de oficio y además queda vinculado a las condiciones propuestas por el Fiscal, pues esta salida se

levanta sobre un acuerdo previo entre los sujetos procesales Fiscal e imputado, por lo tanto ni siquiera podría modificarse el mismo, a no ser que afecte gravemente los derechos del procesado.

Pero la discusión sobre la **titularidad** de esta salida alternativa no queda ahí, pues se argumenta que al requerirse también de una tercera voluntad para su aplicación, el juez de garantías, que es quien la decreta, fije las condiciones y el plazo de la misma, por lo tanto hasta que punto su voluntad determina la aplicación o no de la suspensión, dicho en otras palabras su accionar debe ir encaminado a realizar control de legalidad o revisar el mérito de la suspensión.

Sobre el primer aspecto, control de legalidad, parece razonable que el órgano jurisdiccional controle que el caso sobre el cual pretende aplicarse la salida alternativa, cumpla con los requisitos de procedencia, es decir en el caso del procedimiento penal ecuatoriano que los delitos no sean aquellos para lo cual está prohibida la aplicación, que sean sancionados con prisión y en aquellos de reclusión que la pena sea de máximo de cinco años de privación de libertad.

Sin embargo con relación a una posible revisión por parte del juez en cuanto al mérito de la suspensión, y su rechazo por considerar que no es conveniente, el criterio mayoritario es que en un sistema acusatorio el único que tiene el monopolio y la responsabilidad de la persecución penal es el Fiscal, por lo que la voluntad de éste y del imputado, es el único aspecto decisivo para la aplicación de la suspensión condicional del proceso, responsabilidad que no le compete al órgano jurisdiccional a quien le correspondería sólo realizar control de legalidad y no la conveniencia, siendo la Fiscalía a quien le corresponde decidir sobre el mérito de aplicar o no esta salida alternativa, pues le pertenece la titularidad de la acción penal, de no ser así se correría el riesgo de desconocer la división de las funciones jurisdiccionales y de persecución penal y el costo que ello implica para el sistema de justicia penal.

El único caso que el Juez podría rechazar la aplicación de esta salida alternativa es cuando detectara que el procesado está coaccionado para consentir su aplicación o que no entendió sus efectos en perjuicio de sus derechos, es decir referente a la voluntariedad del procesado en el acuerdo con el Fiscal.

Otro problema que se presenta, es aquel referente a que si el juez de garantías debe pronunciarse sobre la valoración jurídica que ha hecho el Fiscal. Con el mismo razonamiento expuesto en párrafos anteriores, de aceptarse aquello la aplicación de esta salida alternativa se rechazaría por el desacuerdo con el Fiscal en cuanto a la calificación jurídica, lo que igualmente desnaturalizaría el rol de cada uno de los actores del proceso, obviamente si aquella es extremadamente errónea tendría que hacerlo por vía de control de legalidad.

Y con respecto a la decisión de la víctima en la aplicación de la suspensión, siendo esta una decisión de política criminal, su voluntad no sería determinante para la procedencia de esta institución, es más en muchos casos la aplicación de la suspensión puede estar en contra de sus intereses concretos y particulares, pues a diferencia de los acuerdos Reparatorios en donde se privilegia el interés la víctima, en esta salida alternativa se privilegia el interés del sistema.

Sin embargo no podemos olvidar que muchas veces el interés concreto de la víctima tiene un rol fundamental en la idoneidad de la condición, con respecto al imputado y al delito, así el pago de una cantidad de dinero por parte del imputado o la indemnización a la víctima por los daños de la infracción; lo que no quiere decir que el consentimiento de la víctima sea un requisito para la aplicación de esta salida, pero oírla ayudará a la Fiscalía para acordar si es del caso condiciones razonables.

En nuestro ordenamiento con respecto a la víctima u ofendido se establece que “el ofendido podrá asistir a la audiencia y si quisiera manifestarse será escuchado por el juez de garantías penales”. Se colige

que su participación no es obligatoria ni determinante para esta salida alternativa.

En cuanto al plazo para el cumplimiento de las condiciones, cada uno de los códigos procesales de la región han establecido tiempos que se han considerado prudenciales para incentivar el uso de esta salida alternativa y están relacionados con la dimensión de las penas que podrían haberse aplicado a los casos en la persecución tradicional, en el caso de nuestro país se establece un plazo máximo de dos años para la duración de la suspensión, nada se dice de plazo mínimos, por lo que éste queda a criterio del acuerdo entre fiscal e imputado sin que exceda de plazo de los dos años.

Sobre las condiciones a cumplirse durante el plazo de la suspensión, los códigos procesales penales traen un listado de éstas, así en el código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, en el art. 37 reformado, encontramos condiciones que se refieren a restricciones sobre la libertad ambulatoria del procesado, (residir o no, frecuentar, en tales o cuales lugares) control sobre su persona (presentación ante determinada autoridad, fijar domicilio que pueda ser ubicado por los operadores de justicia), otras en beneficio de la víctima (indemnizaciones económicas) otras que incluso benefician al propio imputado (tratamiento médicos); en nuestro código procesal penal las condiciones son taxativas, no hay una disposición que deje abierta la posibilidad de la aplicación de cualquier otra condición que resulte adecuada al caso concreto que no esté taxativamente descrita en el articulado indicado.

En este sentido debe existir suficiente flexibilidad y no criterios preestablecidos para imponer únicamente tales o cuales condiciones pues no podemos olvidar que esta salida se levanta sobre el acuerdo entre el fiscal y el procesado, el juez debe imponer aquellas condiciones pactados por éstos y que son dados a conocer en las solicitudes que hace el Fiscal, pues éste conoce su caso y la situación del imputado. Esto no quiere decir que el órgano jurisdiccional no controle que las condiciones sean

razonables, idóneas de cumplirse, y relacionadas con el fin resocialización del imputado.

Han surgido críticas que sostienen que las condiciones impuestas representan restricciones a los derechos del procesado, “algunos las han considerado como una pena sin un juicio previo; sin embargo no olvidemos que uno de los requisitos para la aplicación de esta salida es precisamente la voluntariedad del imputado, quien antes de la resolución judicial tendrá siempre la oportunidad de retractarse y requerir ser llevado a juicio (Mauricio Duce y Cristian Riego.- ob cit. El Proceso Penal. Pág. 317).

Sobre la implementación y seguimiento a las condiciones, no se han desarrollado por lo menos en nuestro país, mecanismos que permitan aquello, pese a que legalmente se establece que los jueces de garantías llevarán un control de aplicación de esta medida, esto no está debidamente desarrollado ni en el órgano jurisdiccional ni en la Fiscalía, que además ha incidido en que no se hayan creado mecanismos que permitan hacer efectivas estas condiciones, lo que desemboca en menos alternativas para proponer condiciones, y consecuentemente en el uso de esta salida y en la diversificación de la respuesta penal, como ejemplo tenemos el problema de adicciones, no hay centros de desintoxicación estatales que ayuden a la resocialización de los tenedores de drogas, tampoco con los centros particulares se han creado mecanismos para controlar el tratamiento de estos y que no se conviertan en potenciales futuros traficantes.

Una de las condiciones que ha sido motivo de nuevas consideraciones en legislaciones comparadas en la materia para dar paso a esta salida alternativa es sobre el pago de indemnización a la víctima, así en Paraguay, reparar los daños causados a ésta, es un requisito central para dar paso a esta salida, en legislaciones como la nuestra, la chilena es una condición más a pactarse con el imputado, no alcanzarse la misma no es obstáculo para la aplicación de la suspensión.

5.2.3 Oportunidad y Trámite.

Sobre el momento procesal en que procede la suspensión condicional del proceso, evidentemente que al hablar del proceso, estamos refiriéndonos a que el órgano de persecución penal ejercitó ya la acción penal es decir cuando ya se formularon cargos, por lo tanto esta salida alternativa podrá ser aplicada desde el momento que se da inicio al proceso penal.

En el actual Código de Procedimiento Penal, no se establece hasta que momento procesal puede aplicarse sin embargo considerando que la norma manifiesta que podrá hacerse ante el Juez de Garantías y que en ningún momento se refiere a los Tribunales de Garantías Penales pensamos que puede hacérselo hasta la Audiencia Preparatoria del Juicio. Al respecto vale la pena reflexionar por qué no darle el mismo tratamiento que a los acuerdos reparatorios que si pueden ser aprobados por los Tribunales y es igualmente una salida alternativa, que proviene de un acuerdo entre el Fiscal y el imputado.

Creemos que teniendo en cuenta los fines de la suspensión, entre ellos la reinserción social del imputado, la racionalización de la persecución penal, como también la política pública relacionada a la eficiencia del gasto, y a poner incentivos para que la suspensión sea aplicada lo más temprana posible para obtener mayor beneficio en el ahorro de recursos, lo óptimo es que esta salida alternativa en lo posible sin excluir otros momentos procesales, sea aplicada en la audiencia de formalización de cargos o de Instrucción Fiscal por lo que la iniciativa debe surgir no sólo de la Fiscalía, sino también de la Defensoría Pública, defensores privados, incluso los jueces de garantías pueden manifestar a los sujetos procesales la conveniencia de la aplicación de esta salida alternativa, así de esta manera se evita una carga innecesaria de trabajo para el sistema como también se incentiva el acceso a ella por parte de los imputados.

En el artículo 1, numeral 3, de Generalidades de la resolución # 1 del Consejo Consultivo de la Función Judicial en cuanto a las actuaciones de los fiscales y defensores, se establece que “se priorizará la aplicación de salidas alternativas en las audiencias de calificación de flagrancias y/o formulación de cargos, permitiendo la resolución del conflicto en etapas tempranas previas al juicio”

Por lo tanto el **trámite** para aplicar esta salida alternativa, supone una solicitud de la Fiscalía para la realización de una Audiencia Pública, Oral y contradictoria, en la que el juez debe constatar la presencia del fiscal, el procesado y su defensor y el ofendido si éste quisiera asistir.

Se concederá la palabra al Fiscal quien expondrá los fundamentos de la petición para la suspensión condicional del proceso, indicará que hay consenso para el cumplimiento de determinadas condiciones; en igual forma podrá actuar el defensor. Recalcaremos que es importante la presencia del defensor, pues se trata de la defensa técnica, que aparte de la explicación que realice el juez de garantías sobre los efectos de la suspensión, éste también está en la obligación igualmente hacer conocer a su defendido el derecho que tiene de no consentir la salida alternativa y exigir que sea llevado a juicio, o los beneficios de la suspensión.

El juez constará si el delito es de aquellos que la norma exige, o si se encuentra dentro de los delitos para los cuales no es posible su aplicación, previo argumentación sobre ponderación de intereses del sistema.

Así mismo constará que el procesado ha accedido a la suspensión condicional de manera libre y voluntaria y que admite su participación en el hecho que se le atribuye. Explicará las consecuencias de esta salida alternativa y el derecho del procesado de exigir ser llevado a juicio.

Escuchará al Fiscal, Defensor sobre las condiciones pactadas, al ofendido si este quisiera ser escuchado. Luego de lo cual establecerá las

condiciones, la forma y el plazo de cumplimiento de las mismas. Si la condición ya se ha cumplido podrá declarar la extinción de la acción penal, caso contrario ésta se la realizará en otra Audiencia cuando se acredite el cumplimiento de la condición. De existir medidas cautelares estas se revocarán, y si se trata de prisión preventiva, se ordenará igualmente la revocatoria y la libertad del procesado.

5.2.4 Problemas, efectos y revocación de la suspensión condicional del proceso.

La suspensión condicional del proceso, en cuanto pretende ser una respuesta penal de alta calidad, tiene sus efectos los mismos que se evidencian de su regulación, aquellos provisionales mientras decurre el plazo para el cumplimiento de la o las condiciones, y aquellos definitivos una vez cumplido el propósito de la suspensión.

Entre los efectos provisionales, tenemos que el procesado se somete a las condiciones pactadas con la Fiscalía y decretadas por el juez de garantías, con el conocimiento pleno de que en caso de incumplimiento de éstas y que no pueda justificar racionalmente dichas circunstancias se revoca la suspensión.

El proceso penal se suspende mientras dure el plazo establecido para el cumplimiento de las condiciones, consecuentemente el plazo para el cierre de la etapa en la cual se aprueba y ejecuta la suspensión; igualmente se suspende el transcurso del tiempo para la prescripción de la acción penal:

Art 37. Código de procedimiento penal reformado: “Durante el plazo fijado por el juez de garantías penales se suspende el tiempo imputable a la Prescripción de la acción penal y a los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente”

Por otra parte, entre los efectos que constituyen un incentivo para los procesados para convenir esta salida alternativa es que una vez transcurrido el plazo de la suspensión, cumplidas las condiciones, el juez o

Tribunal de Garantías según el caso, podrá decretar la extinción de la acción penal.

Otro de los efectos que permite beneficiar a la víctima, pero no es incentivo para los procesados, y que en nuestra legislación adjetiva actual no dice nada como en otras por ejemplo en el código procesal chileno,⁶ (Art. 240), es que las acciones civiles pese al cumplimiento de la suspensión, no se extinguen, por lo tanto se mantiene vigente el derecho a reclamar las indemnizaciones pecuniarias que pudieren tener lugar por la infracción, a no ser que éstas hayan sido solucionadas mediante el cumplimiento de la condición por la cual la víctima fue indemnizada. Para incentivar el uso de esa salida alternativa, debería considerarse legislativamente, que cumplidas las condiciones al declararse la extinción de la acción penal, quedarían igualmente extinguidas las acciones civiles, pues entendemos que el conflicto se solucionó.

La suspensión condicional debe ser y es susceptible de revocarse cuando las condiciones son incumplidas o el plazo, pues su cumplimiento hace de esta institución una respuesta penal de mejor calidad.

Para efectos de la revocatoria, la infracción al cumplimiento de la condición deber ser relevante, grave, injustificado, para el propósito de la misma, debiendo tenerse en cuenta, la gravedad, la reiteración y la justificación, tanto más que en algunas legislaciones, la admisión de hechos o de participación para acceder a la suspensión, una vez incumplida la condición, permite al órgano de persecución penal, la aplicación de otras instituciones como el procedimiento abreviado.

Como ejemplo del carácter del incumplimiento, supongamos que una de las condiciones para el procesado es no acercarse alrededor de veinte metros a la víctima, y resulta que por coincidencia se encuentran en la fila

⁶ **Art. 240.** *Efectos de la suspensión condicional del procedimiento.* La suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos en virtud de lo previsto en el artículo 238, letra e), ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder.

de un supermercado, o en un vuelo de avión, de hecho que objetivamente se puede pensar que hay un incumplimiento, sin embargo estas circunstancias no son buscadas a propósito por lo tanto hay una justificación racional.

Cuando el incumplimiento ha sido injustificado, el juez de garantías de oficio, a pedido del Fiscal, de la víctima, o de un tercero interesado deberá convocar a una Audiencia donde con la presencia del imputado o de su defensor se discutirá la pertinencia de la revocación de la suspensión, los antecedentes para dicho efecto y se ordenará que se reinicie el proceso en la etapa que éste haya quedado, a fin de que se resuelva sobre la responsabilidad del imputado mediante un juicio oral, público, contradictorio. En cuanto al tercero interesado, recordemos que el artículo 37 reformado del C.P.P señala, “que el ofendido u otros interesados podrán solicitar copias de la resolución”.

El artículo 37 reformado del C.P.Penal, no señala que funcionario o institución deberá llevar el registro de esta salida alternativa; pensamos que quien debe cumplir con esta exigencia es la Fiscalía como encargada de la persecución penal.

Es necesario contar con un registro sobre la aplicación de estas salidas para conocer que personas han accedido a ella, por qué delito, lo que permitiría en el futuro conocer sobre las posibilidades de reinserción, saber que algunas condiciones han tenido o no éxito, que determinada persona que ha accedido a esta salida alternativa en otros casos ha infringido o cumplido, lo que servirá para un caso concreto la aplicación o no de esta medida; todo lo cual permitirá que la Fiscalía tenga acceso inmediato a los antecedentes del imputado como objeto de salidas alternativas, registros que deberán compilarse por cada Cantón, Provincia y construirse un Registro Nacional de la Fiscalía. Esto en la práctica no se ha dado la realidad es la misma que comentamos cuando tratábamos de los Acuerdos de Reparación.

Podemos decir que la suspensión provisional del proceso, es una institución que beneficia a todos los integrantes del sistema penal, así a los operadores del sistema, porque les permite resolver un caso en etapas tempranas del proceso, por lo tanto optimizar sus recursos para resolver casos más graves y complejos; a la víctima porque puede obtener una reparación más oportuna y resolver un conflicto con mejores resultado que a través de una sentencia tardía, y al imputado pues evita el antecedente condenatorio.

En cuanto a la aplicación de la suspensión condicional del proceso, partiendo de la información que recogimos en la Fiscalía con respecto a la provincia del Azuay en relación al número de ingresos de causas y el número de procesos iniciados ya anotados cuando tratamos de los acuerdos de reparación, tenemos que en el año 2009 cuando se dieron las reformas procesales que incluyeron esta institución para el proceso penal, para delitos no flagrantes se acordaron 11 suspensiones y en delitos flagrantes 00.

Para el año 2010, en delitos no flagrantes se acordaron 132 suspensiones y en delitos flagrantes 12; en el 2011, en delitos no flagrantes se acordaron 154 suspensiones y en delitos no flagrantes 16; en el año 2012, se registran 159 suspensiones en delitos no flagrantes y 11 en delitos flagrantes; en el año 2013 en delitos no flagrantes se registraron 163 suspensiones del proceso, y 14 en delitos flagrantes; desde Enero a Agosto del 2014 se registran en delitos no flagrantes 143 y en flagrantes 10 suspensiones del procedimiento.

Vemos que su aplicación al igual que en los acuerdos de reparación es menor en los delitos flagrantes, sin embargo a pesar de que los acuerdos de reparación privilegian el interés de la víctima existe una mayor incidencia de aplicación de la suspensión condicional del proceso.

5.3 La Suspensión Condicional del proceso en otras legislaciones

El Derecho procesal penal de cada país permite la ejecución de las normas constitucionales y sustantiva penal, de sus resultados prácticos dependen que éste pueda ser tomado en cuenta para reformas por otros países.

La justicia penal en América Latina por mucho tiempo se caracterizó por ineficiente, con procedimientos inquisitivos, escritos, formalistas, inaccesibles para el ciudadano común, falta de preparación de los operadores de justicia, alejados totalmente de las víctimas del delitos, corrupción en todos sus niveles, falta de independencia frente al poder político, ausencia total de políticas criminales, lo que la sumió en una crisis ética, institucional y operativa, lo que requirió de un proceso de reformas, de transformación de los sistemas de justicia penal acorde con un Estado de Derecho.

Estas reformas permitieron la revalorización de instituciones como el Ministerio Público o Fiscalía, a quienes les ha correspondido ser titulares de la acción penal, pero también a dirigir, construir la política criminal del Estado, y “el mantenimiento de un sistema dinámico y acorde con las garantías constitucionales y el respeto de los derechos humanos” (Jorg Stippel y Adrián Marchisio .- Principio de Oportunidad y Salidas alternativas al Juicio oral en América Latina.- Editorial Ad-hoc.- Buenos Aires.- Primera Edición.- 2002.- página 23).

El problema de la delincuencia no puede ser solucionado sólo con aumentos de penas y creación indiscriminada de normas penales que pretenden solucionar vía el Derecho Penal todo problema que se presenta en la sociedad provocando la inflación penal y alejándose de los postulados de mínima intervención penal y de última ratio que deben caracterizar a un Derecho Penal Moderno, este problema debe ser resuelto con una justicia más eficiente y con diversas respuestas al conflicto delito.

La necesidad de acelerar la administración de justicia, ha hecho que los diferentes ordenamientos jurídicos hayan modificado su regulación

procesal penal, en donde el principio de oportunidad y las salidas alternativas se presentan como instrumentos importantes para optimizar los recursos del proceso penal.

En la República de **Argentina**, es llamada suspensión del proceso a prueba; el acuerdo es vinculante para el juez; las condiciones serán las determinadas por las partes.

Así, el artículo 404 (Ley 13.943).- En los casos que la ley permita suspender el proceso, a requerimiento de parte, y desde la declaración del artículo 308 de este Código, el órgano jurisdiccional competente convocará a las partes a una Audiencia.

El acuerdo entre Fiscal y Defensor será vinculante para el Juez o Tribunal, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas. La resolución deberá ser inmediatamente comunicada al Juez de Ejecución.

En los casos en que se formule la petición ante un órgano colegiado, actuará un solo juez, quien podrá sustanciarlo y resolverlo.

Las partes sólo podrán acordar este trámite hasta treinta (30) días antes de la fecha fijada para la Audiencia del debate oral.

En **Paraguay** está regulada esta salida alternativa en el Código Procesal Penal, siempre que el imputado admita hechos, haya reparado el daño o haya firmado un convenio con la víctima sobre las formas de reparar; no impide la acción civil; puede solicitarse hasta la Audiencia Preparatoria; el plazo de la suspensión no será menor a un año ni mayor a tres; la revocatoria de la suspensión no impedirá la suspensión a prueba de la condena; la víctima tiene derecho a ser oída antes de resolver sobre la suspensión condicional del procedimiento; entre sus efectos está la extinción de la acción penal.

En el artículo 21, se establece los requisitos y algunos de sus efectos: “Cuando sea posible la suspensión a prueba de la ejecución de la condena en las condiciones establecidas en el Código Penal, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del procedimiento”.

Si el imputado presta conformidad con la suspensión y admite los hechos que se le imputan, el juez dispondrá la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales civiles.

Cuando la solicitud sea promovida por el Ministerio Público o el querellante, deberán acreditar el consentimiento del imputado y señalar las reglas de conducta que requieran para el régimen de prueba.

Esta solicitud de podrá presentar hasta el momento de la Audiencia preliminar”.

Luego en **el artículo 22**, tenemos las condiciones que podrá imponer el juez: Condiciones y reglas.- Al resolver la suspensión del procedimiento el juez fijará un plazo de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres y determinará las condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado en ese plazo, seleccionando entre las siguientes:

- 1) Residir en un lugar determinado;
- 2) La prohibición de frecuentar determinados lugares o personas;
- 3) Abstenerse del consumo de drogas, o del abuso de bebidas alcohólicas;
- 4) Someterse a la vigilancia que determine el juez;

- 5) Comenzar y finalizar la escolaridad primaria, si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o institución que determine el juez o el tribunal;
- 6) Prestar trabajo a favor del Estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo;
- 7) Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia;
- 8) Someterse a tratamiento médico o psicológico, si es necesario;
- 9) Prohibición de tener o portar armas;
- 10) La prohibición de conducir vehículos; y,
- 11) Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria.

El juez podrá imponer otras reglas racionales análogas a las anteriores solamente cuando estime que son convenientes para la reintegración del sometido a prueba y notificará personalmente al imputado la suspensión condicional del procedimiento, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta, así como sobre las consecuencias de su inobservancia

Se establece las consecuencias del incumplimiento de la suspensión en el **artículo 23: Revocatoria.**- Si el imputado se aparta considerablemente y en forma injustificada de las reglas impuestas o comete un hecho punible, se revocará la suspensión y el procedimiento seguirá su curso. En el primer caso, el juez podrá ampliar el plazo de prueba hasta cinco años.

La revocatoria de la suspensión del procedimiento no impedirá la posterior suspensión a prueba de la ejecución de la condena.

En el **artículo 25** se establece como causal de extinción de la acción penal, el cumplimiento de la condición: **Motivos de la extinción.**- La acción penal se extinguirá: en los casos de suspensión condicional del

procedimiento, por el vencimiento del plazo de prueba, sin que la suspensión haya sido revocada.

La víctima tiene una participación importante en la aprobación de la suspensión del procedimiento, así se lo establece en el **artículo 68: Derechos de la víctima**. La víctima tendrá derecho a: ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.

En **Bolivia**, se encuentra la suspensión condicional del proceso, prevista en los artículos 23 al 26 del NCPP, señala que es aplicable a aquellos delitos que merezcan pena de privación de libertad de tres años; el plazo de la suspensión es entre uno y tres años; se debe ofrecer reparar el daño al alcance de las posibilidades del imputado; se resuelve en Audiencia con las partes; sólo el imputado puede apelar la decisión del juez sino no está de acuerdo con las condiciones, y la suspensión puede ser aplicada a solicitud de cualquiera de las partes; si el imputado injustificadamente incumple las condiciones o la reparación del daño civil, o se formaliza acusación por otro delito se revocará la suspensión; la revocatoria no impide el posterior perdón judicial o la suspensión condicional de la pena; si se han cumplido todas las condiciones y se ha reparado el daño civil, la obligación se declara extinguida.

En el **artículo 23 del NCPP** se establece los requisitos a cumplirse para aplicar la suspensión así:

“Cuando sea previsible la suspensión condicional de la pena, las partes podrán solicitar la suspensión condicional del proceso”. Esta suspensión procederá si el imputado presta su conformidad y, en su caso, cuando haya reparado el daño ocasionado, firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzado suficientemente esa reparación. La solicitud se podrá presentar hasta antes de finalizada la etapa preparatoria.

Al resolver la suspensión condicional del proceso, el juez fijará un período de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres y en ningún caso excederá el máximo de la pena prevista; determinará las condiciones y reglas que deberá cumplir el imputado en ese plazo, seleccionando de acuerdo con la naturaleza del hecho entre las siguientes:

1. Prohibición de cambiar de domicilio sin autorización del juez;
2. Prohibición de frecuentar determinados lugares o personas;
3. Abstención del consumo de estupefacientes o de bebidas alcohólicas;
4. Someterse a la vigilancia que determine el juez;
5. Prestar trabajo a favor del Estado o de instituciones de asistencia pública, fuera de sus horarios habituales de trabajo;
6. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión;
7. Someterse a tratamiento médico o psicológico;
8. Prohibición de tener o portar armas; y,
9. Prohibición de conducir vehículos.

El juez podrá imponer otras reglas de conducta análogas, que estime convenientes para la reintegración social del sometido a prueba. El juez notificará personalmente al imputado la suspensión condicional del proceso, con expresa advertencia sobre las reglas de conducta, así como sobre las consecuencias de su inobservancia.

La suspensión condicional del proceso sólo será apelable por el imputado y únicamente, cuando las reglas sean ilegítimas, afecten su dignidad o sean excesivas.

El juez de ejecución penal velará por el cumplimiento de las reglas.

El incumplimiento de las condiciones con las cuales se ejecuta la suspensión, trae conforme reza el **Artículo 25** la revocatoria de la misma:

Si el imputado se aparta considerablemente y en forma injustificada de las reglas impuestas, no cumple los acuerdos o promesas de reparación del daño civil, o se formaliza la acusación por la comisión de un nuevo delito, el juez de la causa revocará la suspensión y el proceso continuará su curso.

En el primer caso, el juez podrá optar por la ampliación del período de prueba y/o la modificación de las medidas impuestas.

La revocatoria de la suspensión del proceso no impedirá el posterior perdón judicial o suspensión condicional de la pena.

Si la suspensión condicional del proceso no ha sido revocada hasta el vencimiento del período de prueba, el juez de la causa declarará extinguida la acción penal.

En Venezuela se encuentra regulado en el Capítulo III, De las Alternativas a la prosecución del proceso, en la sección Tercera, del C Procesal Penal así: se establece que el plazo de la suspensión no puede ser menos de dos años ni mayor a dos años; se aplica a los delitos que tiene como pena máxima de tres años; se requiere la admisión de responsabilidad del imputado, que no tenga otra medida a su cargo y buena conducta anterior al delito por el que se propone la suspensión; la revocatoria se conoce en Audiencia y por una sola vez, ampliar el plazo de prueba por un año más, previo informe del delegado de prueba y oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima; procede en cualquier momento, luego de admitida la acusación presentada por el Ministerio Público y hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral y público, o, en caso de procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes de la apertura del debate; tiene como efectos en caso de cumplimiento de las medidas o condiciones la extinción de la acción penal. Si se opone la víctima y el Ministerio Público deberá negarse por el juez.

En el artículo **42 del NCPP** se establecen los requisitos de procedencia, “en los casos de delitos leves, cuya pena no exceda de tres años en su límite máximo, el imputado podrá solicitar al Juez de control, o al

Juez de juicio si se trata del procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso, siempre que admita plenamente el hecho que se le atribuye, aceptando formalmente su responsabilidad en el mismo; se demuestre que ha tenido buena conducta predelictual y no se encuentre sujeto a esta medida por otro hecho. A tal efecto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través del órgano del Poder Judicial que designe, llevará un registro automatizado de los ciudadanos a quienes les haya sido suspendido el proceso por otro hecho. La solicitud deberá contener una oferta de reparación del daño causado por el delito y el compromiso del imputado de someterse a las condiciones que le fueren impuestas por el tribunal conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de este Código. La oferta podrá consistir en la conciliación con la víctima o en la reparación natural o simbólica del daño causado”.

El procedimiento para la aplicación de la suspensión, lo encontramos en el **Artículo 43**: “A los efectos del otorgamiento o no de la medida, el Juez oír al fiscal, al imputado y a la víctima, haya participado o no en el proceso, y resolverá, en la misma audiencia, o a más tardar, dentro de los tres días siguientes, salvo que el imputado estuviere privado de su libertad, en cuyo caso la decisión será dictada en un plazo no mayor de veinticuatro horas”. La resolución fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso, y aprobará, negará o modificará la oferta de reparación presentada por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad.

En caso de existir oposición de la víctima y del Ministerio Público, el Juez deberá negar la petición. Esta decisión no tendrá apelación y se ordenará la apertura del juicio oral y público.

La suspensión del proceso podrá solicitarse, en cualquier momento, luego de admitida la acusación presentada por el Ministerio Público y hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral y público, o, en caso de procedimiento abreviado, una vez presentada la acusación y antes de la apertura del debate”.

En el **Artículo 44 ibídem**, se establece las condiciones que puede fijar el juez y el plazo de duración en que pueden cumplirse aquellas: “El Juez fijará el plazo del régimen de prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a dos, y determinará las condiciones que deberá cumplir el imputado”, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado.
2. Prohibición de visitar determinados lugares o personas.
3. Abstenerse de consumir drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y de abusar de las bebidas alcohólicas.
4. Participar en programas especiales de tratamiento, con el fin de abstenerse de consumir sustancias estupefacientes o psicotrópicas o bebidas alcohólicas.
5. Comenzar o finalizar la escolaridad básica si no la tiene cumplida, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el Juez.
6. Prestar servicios o labores a favor del Estado o instituciones de beneficio público.
7. Someterse a tratamiento médico o psicológico.
8. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
9. No poseer o portar armas.
10. No conducir vehículos, si éste hubiere sido el medio de comisión del delito.

A proposición del Ministerio Público, de la víctima o del imputado, el Juez podrá acordar otras condiciones de conducta similares, cuando estime que resulten convenientes.

En todo caso, el imputado deberá cumplir con la oferta de reparación acordada por el Juez, y someterse a la vigilancia que determine éste. El régimen de prueba estará sujeto a control y vigilancia por parte del delegado

de prueba que designe el Juez, y en ningún caso, el plazo fijado podrá exceder del término medio de la pena aplicable”.

Sus efectos constas descritos en el **Artículo 45 ibídem: Efectos.-** Finalizado el plazo o régimen de prueba, el Juez convocará a una audiencia, notificando de la realización de la misma al Ministerio Público, al imputado y a la víctima, y, luego de verificado el total y cabal cumplimiento de todas las obligaciones impuestas, decretará el sobreseimiento de la causa.

Por último tenemos las consecuencias del incumplimiento de las condiciones o si el imputado no ha cesado en su carrera delictiva **Artículo 46ibídem: Revocatoria.-** “Si el imputado incumple en forma injustificada alguna de las condiciones que se le impusieron, o de la investigación que continúe realizando el Ministerio Público, surgen nuevos elementos de convicción que relacionen al imputado con otro u otros delitos, el Juez oirá al Ministerio Público, a la víctima y al imputado, y decidirá mediante auto razonado acerca de las siguientes posibilidades:

1. La revocación de la medida de suspensión del proceso, y en consecuencia, la reanudación del mismo, procediendo a dictar la sentencia condenatoria, fundamentada en la admisión de los hechos efectuada por el imputado al momento de solicitar la medida;
2. En lugar de la revocación, el Juez puede, por una sola vez, ampliar el plazo de prueba por un año más, previo informe del delegado de prueba y oída la opinión favorable del Ministerio Público y de la víctima. Si el imputado es procesado por la comisión de un nuevo hecho punible, el Juez, una vez admitida la acusación por el nuevo hecho, revocará la suspensión condicional del proceso y resolverá lo pertinente.

En caso de revocatoria de la suspensión condicional del proceso, los Pagos y prestaciones efectuados no serán restituidos”.

En Chile se encuentra regulada esta institución en el código Procesal Penal, el fiscal como titular de la acción es quien analiza la conveniencia de la suspensión por lo tanto quien realiza la petición; el tope de pena de los delitos a los que se aplica es de tres años de privación de libertad, se considera la pena en concreto; debe haber ausencia de condenas ejecutoriadas; el juez puede pedir los antecedentes que estime necesarios para resolver; para la validez de la suspensión es necesario la presencia en la Audiencia la presencia del defensor del imputado; el plazo para el cumplimiento de las condiciones no puede ser inferior a un año ni mayor a tres; se suspende el curso de la prescripción de la acción penal; la resolución sobre la suspensión es apelable por cualquiera de las partes; no excluye el ejercicio de la acción civil respecto de las responsabilidades pecuniarias; la petición la realiza la Fiscalía; y sobre la reparación queda a criterio del juez de garantías la imposición o no del pago de una suma de dinero a la víctima.

El **Artículo 237 ibídem** señala: “El Fiscal con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantías la suspensión condicional del procedimiento. El juez podrá requerir del Ministerio Público los antecedentes que estimare necesario para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de la libertad, y
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

En el **Artículo 238 ibídem** encontramos las condiciones a cumplir, el juez tiene la facultad de modificar las condiciones, una vez oídas las partes: *“Condiciones por cumplir decretada la suspensión condicional del procedimiento.* El juez de garantía dispondrá, según correspondiere, que durante el período de suspensión, el imputado esté sujeto al cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones:

1. Residir o no residir en un lugar determinado.
2. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas.
3. Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza.
4. Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación.
5. Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá

autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento.

6. Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas.
7. Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo.
8. Otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

Durante el período de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurrieren a ella, el juez podrá modificar una o más de las condiciones impuestas.

El incumplimiento injustificado, grave o reiterado será motivo para revocar las condiciones impuestas, así lo prevé el artículo **239: Revocación de la suspensión condicional**, Cuando el imputado incumpliere, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o fuere objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, revocará la suspensión condicional del procedimiento, y éste continuará de acuerdo a las reglas generales.

Será apelable la resolución que se dictare en conformidad al inciso precedente.

La suspensión si bien tiene como efecto principal la extinción de la acción penal, no tiene la misma consecuencia con respecto a las acciones civiles, así reza el **artículo 240. Efectos de la suspensión condicional del procedimiento**: La suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibiere pagos en virtud de lo previsto en el artículo 238, letra e), ellos se imputarán a la indemnización de perjuicios que le pudiere corresponder.

Transcurrido el plazo que el tribunal hubiere fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto, sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento definitivo”.

Sobre la oportunidad para solicitarse esta salida alternativa consta en el **Artículo 245**: La suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio podrán solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se planteare en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez citará a una Audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.

Una vez declarado el cierre de la investigación, la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo Reparatorios solo podrán ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral.

En Colombia, se lo denomina la suspensión del procedimiento a prueba, y está regulado en el Libro 2, Título V referente al Capítulo V referente al principio de oportunidad, y se basa en los principios de la justicia restaurativa; puede solicitarlo el acusado o imputado con el ofrecimiento de reparación del daño y las condiciones a cumplir; se lo puede ejecutar también mediante la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa, por lo tanto procedería para los delitos donde opera la mediación es decir delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa; el periodo de prueba no podrá ser superior a tres años; de no cumplirse las condiciones, o el plan de reparación o lo establecido a través de la mediación, la admisión de hechos que haya hecho el imputado no podrá utilizarse como prueba de su culpabilidad.

El **Artículo 324** del código procesal colombiano en el numeral 7, cuando se refiere a las causales para aplicación del principio de oportunidad, establece: El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

El **artículo 325**, modificado por la ley 1312 del 2009 al referirse a la suspensión del procedimiento a prueba dice:

“El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir”.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad”

En el Parágrafo consta: “El Fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal”.

Y las condiciones a cumplirse durante el periodo de prueba, descritas en el **Artículo 326**, modificado por la ley 1312 del 2009, fijadas por el Fiscal son:

“ El Fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la Audiencia de juzgamiento, entre las siguientes:

- a. Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo.
- b. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas.
- c. Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad.
- d. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- e. No poseer o portar armas de fuego.
- f. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
- g. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
- h. La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
- i. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- j. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa
- k. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
- l. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
- m. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

1) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales.

m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el párrafo segundo del artículo 324”

En el Párrafo a continuación de este artículo se establece: “Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.” Es decir uno de sus efectos es también la extinción de la acción penal.

Así hemos podido observar en lo que se refiere a la suspensión condicional del proceso, en los diferentes países, las diferencias en cuanto a su regulación son mínimas y tienen que ver con el tipo de delitos al que se aplican, las penas, los plazos de la suspensión, las condiciones que se imponen, la participación de la víctima, de la Fiscalía, la aceptación de responsabilidad del imputado.

6. CONCLUSIONES

La persecución penal tradicional que guarda íntima relación con el sistema de justicia de corte inquisitivo en el cual por el predominio del principio de legalidad procesal al considerar que el conflicto entre los ciudadanos es un problema que le pertenece al Estado y por lo tanto es el único llamado a resolverlo, no ha sido efectivo para resolver el delito. Al incorporar como solución únicamente la pena de privación de libertad, ésta no responde a la naturaleza del delito de ser multicausal, heterogéneo. Por lo tanto la aplicación de penas privativas de libertad para todos y cada uno de los delitos antes que solucionar o redefinirlo lo han agravado, con costos altos no solamente para los procesados sino igualmente para las víctimas que ha visto sus intereses concretos diluirse en los intereses estatales, pues la realidad ha demostrado que la pena de prisión no ha dado mayor efecto sobre los ciudadanos a más de aislarlos y evitar su resocialización.

El conflicto delito es entre partes, entre individuos de carne y hueso, y uno de los problemas que no ha permitido avanzar en la solución de éste es precisamente que las víctimas no intervienen en el proceso, pues lo importante es satisfacer el interés del Estado que ha asumido el conflicto y que busca un proceso penal para la imposición de una pena, sin considerar si a la víctima le interesa ese castigo estatal o si lo que busca es que se le resarza el daño causado de la forma que ella se sienta satisfecha, o simplemente no le interesa la persecución penal; este panorama sólo podrá cambiar cuando se empiece a contar como parte de las aspiraciones del proceso penal los derechos e intereses de las víctimas por lo que podemos decir que para el cumplimiento de aquello su voluntad es determinante para en ciertos supuesto de delitos llegar a una solución basada en la alternatividad y diversificación de la respuesta penal.

Frente a los intereses de los individuos que involucra el conflicto delito, la persecución tradicional y la pena de privación de libertad no ha sido la mejor respuesta para todos los casos, la diversidad de la respuesta penal

se hace necesaria a fin de lograr respuestas menos represivas del sistema penal; las instituciones de los acuerdos de reparación y la suspensión condicional del proceso permiten el consenso en los sistemas de justicia penal y por lo tanto una justicia eficaz, rápida, el mismo que responde a argumentos de política criminal y de utilidad social, por lo que las salidas alternativas constituyen soluciones de alta calidad al igual que una sentencia, en tanto en cuanto sean aplicadas para solucionar conflictos y no como simple impunidad.

La aplicación de los acuerdos de reparación y de la suspensión condicional del proceso con los fines que persiguen y aplicadas a delitos de mediana gravedad empleadas adecuadamente en tiempos tempranos del proceso penal, permiten que el sistema libere recursos implicando ahorro de tiempo para los operadores de justicia que podrán dedicarse a casos de criminalidad alta; para el Estado el gasto que le significa tener a ciudadanos encerrados en una cárcel y por lo tanto responsable de su cuidado; al procesado le representa oportunidades para su resocialización y para la víctima el reconocimiento de sus intereses concretos; por lo tanto la utilización de estas salidas alternativas permite optimizar los recursos del sistema y ante ciertas categoría de delitos optimizar las respuesta del sistema penal.

Es importante no confundir las facultades discrecionales con las salidas alternativas pues las primeras responden a una lógica como es la descongestión del sistema penal, y las salidas alternativas se operativizan dentro de un proceso penal y su lógica descansa sobre la diversificación de la respuesta penal pues conocido el conflicto su fin es solucionarlo de manera que los intervinientes o a quienes afecta este conflicto queden satisfechos con el reconocimiento de sus derechos e intereses.

Los intereses de las víctimas una vez reconocidas éstas como parte importante del conflicto social que significa el delito ha sido una aspiración del proceso penal y la diversificación de la respuesta penal entre ellas la aplicación de los acuerdos reparatorios donde prevalece el interés concreto

de la víctima. Ellos han sido uno de los mecanismos más concretos y significativos para cumplir esta aspiración, lo que no es posible con la persecución tradicional en donde siempre prevalece el interés del Estado y en la cual poco o nada importa las aspiraciones y derechos de las partes.

En cuanto a las ventajas de la utilización de las salidas alternativas, aparte de los costos para el sistema, está el evitar la estigmatización social del procesado y su contaminación en los mal llamados centros de rehabilitación social y evitar la revictimización; éstas coadyuvan a que en determinadas categorías de delitos en donde es conveniente la alternatividad, el proceso se extienda innecesariamente por lo que es imperioso que las regulaciones normativas de las diferentes legislaciones prevean que sean aplicadas en su mayoría en momentos tempranos del proceso penal.

Es necesario que la legislación ecuatoriana ante el incumplimiento de los acuerdos de reparación o las condiciones sobre las que se basa la suspensión, prevea por legitimidad del sistema, se permita utilizar esos antecedentes de las salidas alternativas para la aplicación de procedimientos de simplificación, pues no sería justo para el órgano de persecución penal retomar una investigación cuando todos los indicios ya han desaparecido.

La titularidad de las salidas alternativas de conformidad con el fin y la lógica que conllevan, en cuanto a los acuerdos de reparación si en éstos prevalece el interés de la víctima pensamos que la titularidad corresponde a ésta, y en lo que se refiere a la suspensión condicional del proceso si la Fiscalía o Ministerios Públicos representan el interés social, conocen a profundidad los casos, parece conveniente que sea a ésta institución a quien le corresponda la titularidad. El órgano jurisdiccional tendrá únicamente el control de legalidad en una u otra salida alternativa.

La razón de ser de las salidas alternativas descansa en la necesidad de la diversidad de la respuesta penal para categorías de delitos donde la

persecución tradicional no es conveniente, ya sea por racionalización del sistema, utilidad social, por lo tanto su existencia es independiente de la pena de la sanción es más consideramos que son excluyentes una de la otra por ser distintas respuestas penales, por lo que de ninguna manera podríamos considerar que son atenuantes de la pena.

El sistema penal de corte acusatorio que rige en el Ecuador a partir de la Constitución de 1998 y ratificado en la reciente que data del 2008, las disposiciones Constitucionales que contemplan el principio de mínima intervención penal, los métodos alternativos en la resolución de conflictos, la diversificación en la respuesta penal, es perfecto para la aplicación de las salidas las alternativas, principios que han sido operativizados en el Código de Procedimiento Penal a través de las reformas de Marzo del 2009.

El problema de la escasa aplicación de las salidas alternativas no radica en la normativa constitucional y legal, sino en el desconocimiento de que el proceso penal es un escenario para resolver conflictos, cuestión que se presenta no sólo en muchos operadores de justicia, sino incluso en medios donde se dirige y construye la política criminal del país donde se ha considerado que la cárcel es la única solución a todos los delitos y que ello constituye mayor aporte a la seguridad ciudadana olvidándose que ello sólo aporta a desarrollar más violencia.

Esta concepción equivocada de considerar a la persecución tradicional y a la pena de privación de libertad como la única solución adecuada, y sobre todo de protección de la seguridad ciudadana ha desembocado en una escasa aplicación de las salidas alternativas frente al universo de procesos penales, sumado a ello está la tergiversación del órgano jurisdiccional al asumir el control de mérito, la resistencia a considerar la pena en concreto para la negociación de los acuerdos de reparación y la suspensión condicional del proceso lo que ha hecho que gran cantidad de delitos de mediana gravedad no sean solucionados a través de la alternatividad.

Creemos que es necesario que los operadores de justicia nos capacitemos en entender las características de última ratio, subsidiariedad, fragmentariedad del Derecho Penal, que el conflicto del delito en ciertas categorías debe ser resuelto conforme el interés de sus actores que no pueden ser cosificados pues son individuos de carne y hueso, que viven, sienten, sufren, tienen aspiraciones, y no únicamente respondiendo al interés abstracto del Estado.

La víctima es una parte relevante del proceso penal que también tiene que estar al igual que el procesado cubierta de garantías, respetarse sus derechos, y sobre todo su aspiración de resarcimiento, reparación del daño causado. Sin embargo hemos podido ver con la muestra estadística que anotamos que mayor es la aplicación de la suspensión condicional del proceso que los acuerdos de reparación, lo que denota que pese que se ha avanzado mucho en cuanto a los intereses y derechos de las víctimas y que ha sido elevado a una obligación constitucional aún tiene un papel marginal, de invitada de piedra al proceso penal y por otro lado la desconfianza de ésta con el proceso penal, con los operadores de justicia hace que no se le interese exigir sus derechos e intereses concretos.

De igual manera la información estadística muestra que frente al total de procesos que se inician en la Provincia del Azuay, aún es mínima la aplicación de salidas alternativas, de manera especial en los delitos flagrantes, evidenciándose que el interés concreto del Estado y la persecución penal tradicional siguen prevaleciendo .

Por último podemos decir que la cuestión de la alternatividad surge como un cuestionamiento al sistema penal y la penas, especialmente las privativas de la libertad, que no han logrado solucionar la dificultad de la criminalidad y sobre todo el conflicto social que significa el delito, de manera que las llamadas salidas alternativas se constituyen en respuestas más satisfactorias para las partes procesales, responden al carácter selectivo del sistema penal, satisfacción real de la víctima, razones de utilidad social y estas tienen como escenario un sistema de corte acusatorio en donde

predomina el principio de oportunidad, resultando inconciliables con el sistema inquisitivo por la influencia del principio de legalidad. Por lo tanto es menester que la política criminal en nuestro país, contando con la base Constitucional, sea dirigida a que el proceso penal sea un escenario de solución de conflictos mediante el uso de la diversificación en la respuesta penal.

BIBLIOGRAFÍA

- Araujo María Paulina.- *Artículo El Principio de Mínima Intervención Penal en la Legislación Ecuatoriana Vigente*. Capacitación Fiscalía General.
- Apuntes del Primer Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal.- Centro de Justicia de las Américas y Agencia de Desarrollo Internacional de Canadá.- Chile 2004.
- Beristaín, Antonio, *“Desde la Victimología de mínimos hacia la Victimología de máximos, en Cuadernos de Política Criminal #85*. 2005 CESEJ Madrid.
- Bovino, Alberto *“La participación de la víctima en el procedimiento penal en Victimología y Victimodogmática en una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho penal”*. Coordinador Luis M. Reyna Alfaro. Ara Editores. Perú. 2003.
- Bovino Alberto.- *Problemas del Derecho procesal Penal Contemporáneo*.- Editores del Puerto S.R.l. 1ra reimpresión.- 2006.
- Cafferata Nores, José I., *Cuestiones Actuales sobre el proceso penal*.- Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, en La víctima en el sistema penal*.- Luis Reyna Alfaro Grijley.- 2006.
- Garzón Alejandro, Londoño César, Gloria Martínez.- *Negociaciones y Preacuerdos*.- Tomo I.- Ediciones Nueva Jurídica.- 2007.- Bogotá Colombia.
- González Navarro, Antonio Luis, *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio, La víctima y el sistema penal en La Justicia Restaurativa y el incidente de la Reparación, en el proceso Penal Acusatorio*.- Editorial Leyer.- Bogotá Colombia.
- Hassemer, Winfried, *“Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una para una teoría de la imputación en Derecho Penal”* en *La víctima en el sistema penal*.- Luis M. Reyna Alfaro. Editorial .Grijley 2006. Lima Perú.

- Landrove, *Victimología* (#. 1) 1990.
- Joan J. Queralt, *La mediación en España y perspectivas internacionales” en Victimología y Victimodogmática.- Una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- ARA Editores.- 2003.*
- Elena Larrauri.- *Victimología.- De los Delitos y de las Víctimas.- Segunda reimpresión.- Editorial Ad-hoc.- Argentina.- 2008.- página 285.*
- Lelio Braga Calhau, *Víctima, Justicia Penal y Ciudadanía en Victimología y Victimodogmática, una aproximación al estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- Coordinador Luis M. Reyna Alfaro.- ARA Editores. 2003*
- Maier, Julio. *“La víctima en el sistema penal” De los delitos y las víctimas. Ad.hoc 1992. Buenos Aires.*
- Maier. Julio - *Es la reparación una tercera vía del Derecho Penal, en El Penalista Liberal.- Editorial Hammurabi SRL- Buenos Aires.- 2004.*
- Maier Julio.- *Derecho Procesal Penal I.- Fundamentos.- Editores del Puerto.- Buenos Aires.-*
- Nils, Christie, *Los conflictos como pertenencia.- Editorial Ad.hoc.- Buenos Aires.- 1992.*
- Parma, Carlos, *“Víctimas”. Estado de situación en el proceso penal argentino.- ARA Editores.- 2005.*
- Pedro R. David.- *Justicia Reparadora.- Mediación Penal y Probation.- Editorial Lexus Nexis.- Argentina.- 2005*
- Pérez Cepeda Ana Isabel.- *La Victimodogmática en Derecho Penal.- Victimología y Victimodogmática.- Una aproximación del estudio de la Víctima en el Derecho Penal.- Coordinador, Luis Miguel Reina Alfaro.- Ara Editores.- Perú.- 2003.*
- Reyna Alfaro, Luis, *La víctima en el sistema penal.- Grijley. Lima- 2006.*
- Shüneman, Bernd, *“El papel de la víctima dentro del sistema de Justicia Criminal: Un concepto de tres escalas; en La Víctima en el sistema penal. Luis Reyna Alfaro. Grijley 2006. Lima.*
- Rodríguez Fernández Gabriela.- *Compiladora de Resolución Alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000*

- Rosas Yataco Jorge.- *Manual de Derecho Procesal Penal*.- Editorial Jurídica Grijley.- Lima –Perú.-2003.
- JorgStippel y Adrián Marchisio.- *Principio de Oportunidad y Salidas alternativas al Juicio oral en América Latina*.- Editorial Ad-hoc.- Buenos Aires.- Primera Edición.- 2002.
- *Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal*.-Programa de Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador. Quito.- Mayo 2012.
- *Vademécum Victimológico.- Sistema Nacional de Protección a Víctimas y Testigos y otros participantes en el proceso penal*.- Fiscalía General del Estado.- 1ra Edición.- Mayo 2011.
- Zavala Baquerizo, Jorge *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Editorial Edino 2004.
- Constitución de la República del Ecuador
- Código Orgánico de la Función Judicial
- Código de Procedimiento Penal de Ecuador
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial del Ecuador.
- Política # 1 del Consejo Consultivo de la Función Judicial del Ecuador
- Código Penal de Argentina de la Nación Argentina.
- Código Procesal Penal de la República de Paraguay.
- Código de Procedimiento Penal de Bolivia.
- Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela.
- Código Procedimiento Penal de la República de Colombia.
- Código Procedimiento Penal de la República de Chile.