

CAPÍTULO 1: LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO GARANTISTA DE LA FAMILIA Y DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

Autor:

Wilson Olivo Chancay Villafuerte, Mgtr.

Universidad Tecnológica ECOTEC

jaylichan@hotmail.com

1.1 Introducción

La violencia intrafamiliar en el Ecuador es un hecho que genera la atención tanto del Estado y sus autoridades como de la colectividad en general, que observa casi a diario las situaciones que salen a relucir tanto en la prensa como en las estadísticas oficiales realizadas al respecto. Por lo que es necesario realizar un análisis de la misma en cuanto a formas de disminuirla o reducir sus efectos colaterales sobre la familia.

La Función Legislativa ha recogido en el COIP las conductas de violencia en contra de cualquiera de los miembros del núcleo familiar y las ha tipificado tanto como delitos y contravenciones con su correspondiente sanción penal. En el artículo 159 se describe la conducta de la contravención contra la mujer o cualquier miembro del núcleo familiar y se la sanciona con penas privativas de libertad que pueden ir desde los cinco hasta los treinta días, el trabajo comunitario hasta ciento veinte horas y medidas de reparación integral.

El Ecuador al ser un estado de Derechos y Justicia consagra en su Carta Magna los métodos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación, al tenor de lo que establece el artículo 190, siempre que la materia en la que se va a llevar a cabo sea susceptible de transacción. Por la naturaleza de un caso de violencia intrafamiliar, al tratarse de una ruptura de la armonía en una pareja, puede valerse de un medio como la conciliación para restablecerla y evitar la ruptura de la relación y de la presencia del padre en el crecimiento y desarrollo de sus hijos.

La presente investigación científica sobre análisis de casos se sustenta en la realidad que vive la sociedad ecuatoriana en cuanto a los casos de violencia intrafamiliar y en la necesidad que tiene el Derecho y la Academia de brindar un aporte para evitar la afectación del núcleo familiar por la separación de las cabezas de la misma, luego de producirse un juzgamiento por contravenciones de violencia contra la mujer o cualquier otro miembro familiar, que traerá como lógica consecuencia una pena privativa contra el agresor y medidas de protección de alejamiento.

1.2 Contexto histórico

La derogada Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, conocida también como Ley 103, consideraba como su finalidad proteger la integridad física, y psíquica de la mujer y los miembros de la familia, a través de la prevención y la sanción de la violencia intrafamiliar. Llegando al extremo, sin ser una ley orgánica, de darle supremacía a las disposiciones contenidas en la misma, por sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico que llegaren a oponérsele.

La Ley 103 en su artículo 20 establecía que los jueces de violencia contra la mujer y la familia debían conocer de las contravenciones cometidas mediante violencia física, psicológica o sexual y, por ende, dentro de su juzgamiento, debían convocar a audiencia de conciliación. Esta audiencia, por mandato del artículo 21 debía empezar por la contestación de la demanda, estando obligado el juzgador a obtener la conciliación de las partes en conflicto, que de lograrse quedaba instrumentado mediante una resolución judicial que se dictaba en la misma audiencia, pudiendo además ordenarse en contra del agresor medidas de rehabilitación o de amparo.

El bien jurídico protegido por la Ley 103 no solo constituía la integridad física de la mujer agredida, sino la integridad psicológica de los demás miembros de la familia y es por ello que si el juez no lograba conseguir que las partes de un proceso por contravenciones llegaran a un acuerdo, emitía una resolución sancionando al agresor con el pago de una indemnización de daños y perjuicios de uno a quince salarios mínimos vitales, de acuerdo con la gravedad de los daños, siendo ésta una causal de divorcio; pero de ninguna forma se sancionaba con pena privativa de libertad, que pudiese traer como consecuencia colateral la desintegración de una familia. Este constituye el antecedente histórico en nuestra legislación de la posibilidad de que las partes dentro de un procedimiento por

contravención de violencia contra la mujer pueda llegar a una conciliación; en ese sentido, este trabajo de investigación no contempla la posibilidad de que se llegue a una conciliación ante el cometimiento de una contravención por violencia contra la mujer sino únicamente en el caso en el cual no existan lesiones para la misma, por cuanto se considera que no cabría un acuerdo en un ambiente en el cual se mantiene la violencia, lo cual altera emocionalmente a la agredida, llegando a tener sentimientos de hostilidad y remordimiento hacia su pareja (Romero, 2017).

1.3 Planteamiento del problema

El presente trabajo estudia el siguiente problema: las contravenciones de violencia contra la mujer o demás miembros del núcleo familiar que no causan lesión son sancionadas con pena privativa de libertad de cinco a diez días, sin que el denunciado pueda solicitar conciliación dentro del procedimiento expedito de juzgamiento de las mismas, por mandato del artículo 641 del Código Orgánico Integral Penal, lo cual es lógico y razonable cuando se ha producido lesiones, tanto por su afectación física como psicológica en el agredido; pero, no cuando no existen lesiones mediante el uso de la fuerza física. Todo lo cual trae como consecuencia que la estabilidad de la familia y sus miembros sean afectados, por cuanto el denunciado que afronta pena privativa de libertad no estará predispuesto a solucionar pacíficamente los inconvenientes con su pareja ni a someterse a tratamientos psicológicos.

Durante la vigencia de la derogada Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, en el proceso de juzgamiento de las contravenciones de violencia contra la mujer u otros integrantes del núcleo familiar que no causaban lesión, el juez estaba obligado a lograr que las partes solucionaran sus diferencias mediante la conciliación. Por lo que carece de lógica jurídica la prohibición actual que realiza el legislador a los operadores de justicia de no realizar la conciliación de las partes dentro del procedimiento expedito originado por esa clase de contravenciones.

1.4 Miembros del núcleo familiar

Los miembros del núcleo familiar se encuentran definidos en nuestro ordenamiento en segundo inciso del artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal, que expresamente determina que son: “la o el cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente,

ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación” (Asamblea Nacional, 2014).

Cuando en el COIP se hace referencia a las contravenciones de violencia contra la mujer u otro miembro de la familia, el legislador ha hecho alusión a las personas ya mencionadas, las cuales pueden ser potenciales víctimas de contravenciones de violencia.

1.5 Violencia Intrafamiliar

La violencia intrafamiliar tiene múltiples definiciones dentro de la doctrina de la sociología, la psicología y el derecho, por lo que hemos escogido aquella que consideramos la más emblemática para la presente investigación:

“La violencia intrafamiliar es toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros y que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica e incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia o que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad” (Comité de Ministros del Consejo de Europa, 1985)

De esta definición podemos considerar que quien comete la violencia intrafamiliar puede ser cualquier miembro del núcleo familiar, igualmente en el caso de la víctima, caracterizándose por una afectación a esta en el aspecto físico y psicológico, trayendo la inevitable consecuencia de un daño a su desarrollo como persona.

El artículo 2 de la derogada Ley contra la violencia a la mujer y la familia definía a la violencia intrafamiliar como: “toda acción u omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar” (Congreso Nacional, 1995).

En nuestra legislación esta fue la primera definición de violencia intrafamiliar, llegando a considerar también el maltrato de carácter sexual que sufre la víctima de dicha agresión, no existiendo en la actualidad una norma que contenga dicha definición.

Actualmente, la Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, como tiene una definición de maltrato intrafamiliar sino de “violencia de género contra las mujeres “cualquier acción o conducta basada en su género que cause o no muerte, daño y/o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, gineco-obstétrico a las mujeres, tanto en el ámbito público como privado” (Asamblea Nacional, 2018). El legislador en esta norma considera además de los tipos de violencia que contenía la derogada Ley 103, la violencia de carácter sexual, económica o patrimonial y gineco-obstétrica

A nivel internacional, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará) define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Organización de Estados Americanos, 1994).

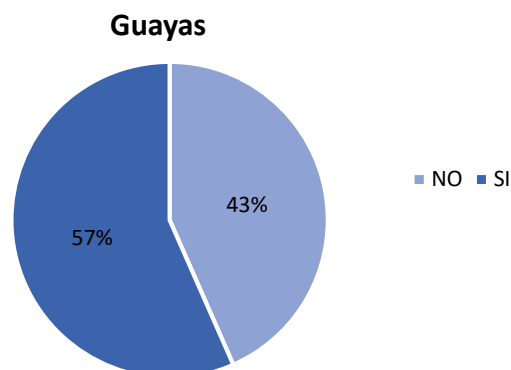
1.6 Situación actual en el Ecuador de Violencia Intrafamiliar

La primera Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres la realizó el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en noviembre del año 2011 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) cuyos datos principales fueron los siguientes:

En la Provincia del Guayas el porcentaje de mujeres que había sufrido violencia en esa fecha era 6 de cada 10, lo cual en porcentajes era muy similar al del resto del país:

Figura 1.

Porcentaje de violencia en mujeres de la provincia del Guayas (2011)

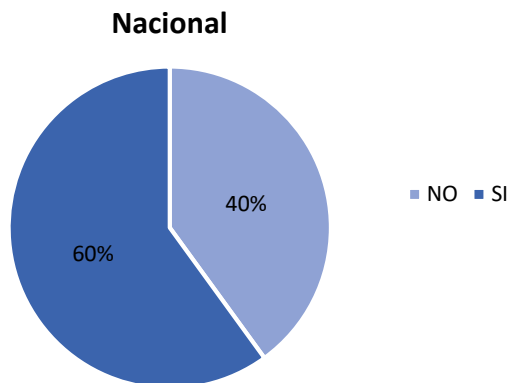


Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Fuente: INEC

Figura 2.

Porcentaje de violencia en mujeres a nivel nacional (2011)

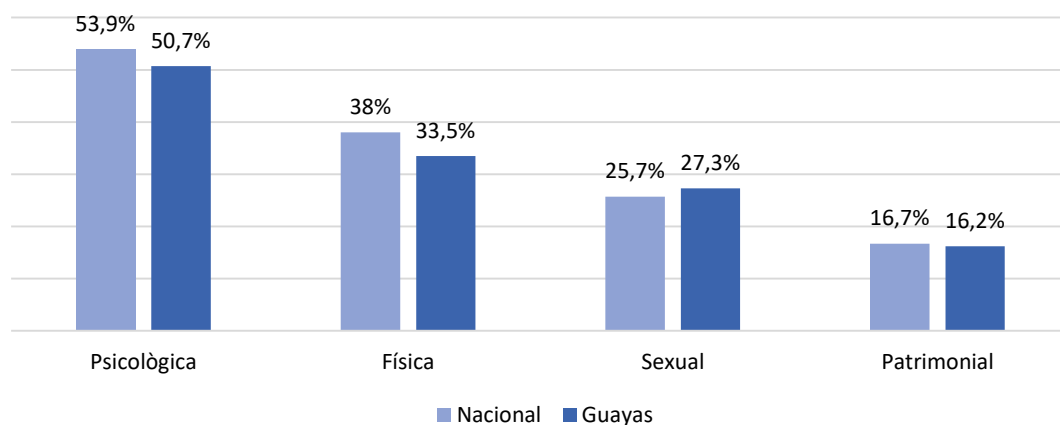


Fuente: INEC

En Guayas en lo relacionado con las clases de violencia que afrontaron las mujeres, en el año 2011, el INEC nos muestra en su encuesta que 3 de cada 10 mujeres fueron víctima de violencia psicológica, como se recoge en los datos de las siguientes encuestas:

Figura 3.

Mujeres que han vivido violencia psicológica, física, sexual y patrimonial (2011)



Fuente: INEC

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

El porcentaje en Guayas, en el 2011, de mujeres que han sufrido violencia física, de acuerdo a la encuesta del INEC es del 89,4% frente al 87,3% a nivel nacional como se puede apreciar en los siguientes datos:

Figura 4.

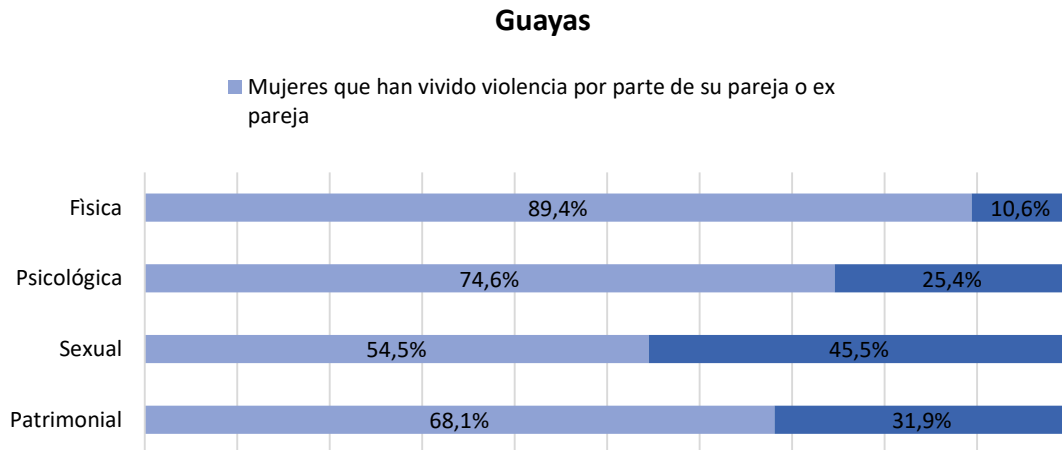
Porcentaje de mujeres que han sufrido violencia física a nivel nacional (2011)



Fuente: INEC

Figura 5.

Porcentaje de mujeres que han sufrido violencia física en la provincia del Guayas (2011)



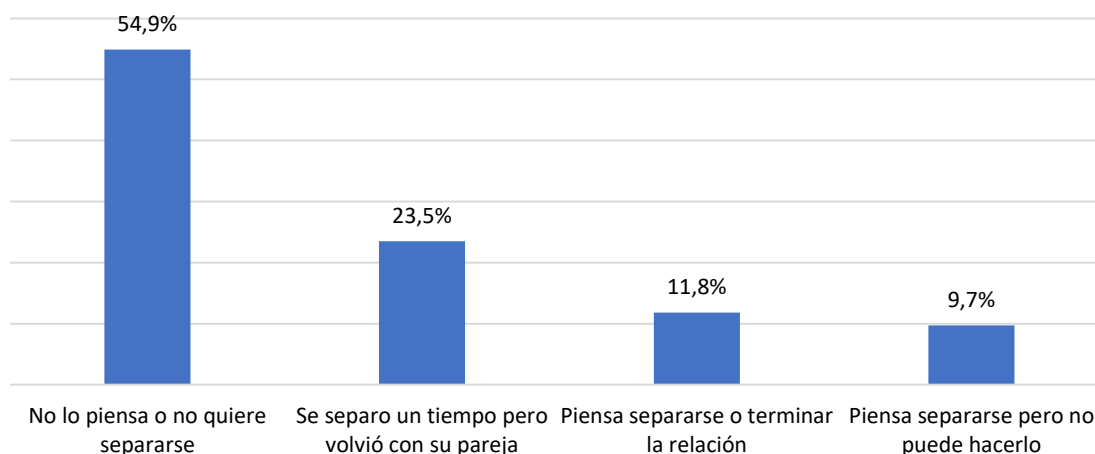
Fuente: INEC

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

La encuesta del INEC del año 2011 nos muestra que el 54,9% de mujeres que han sufrido violencia de género no piensa o no quiere separarse y que a nivel nacional el 88,2% no piensa en separarse de su pareja:

Figura 6.

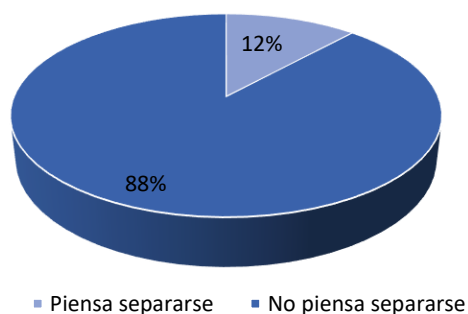
Porcentaje de mujeres a nivel nacional que han vivido violencia de género y no piensa o no quiere separarse de su pareja (2011)



Fuente: INEC

Figura 7.

Porcentaje de Mujeres a nivel nacional que han vivido violencia de género y que no piensan separarse de su pareja (2011)

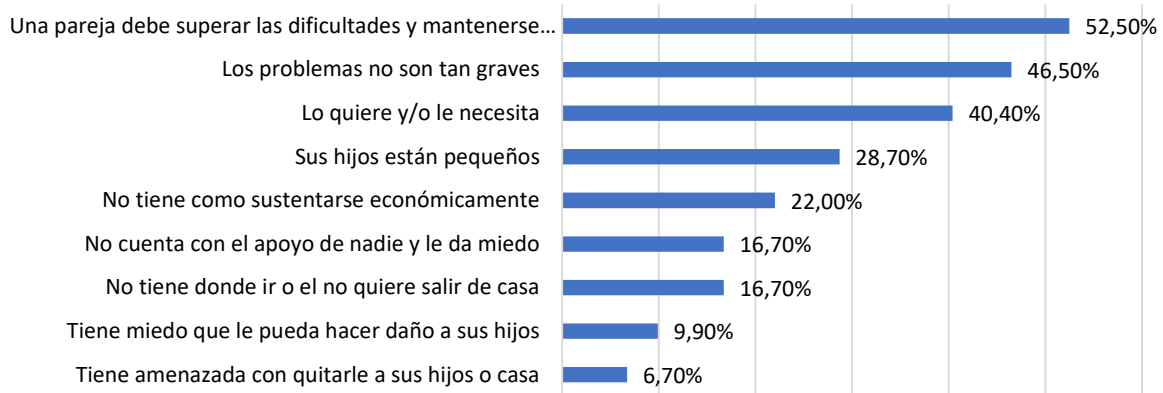


Fuente: INEC

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Figura 8.

Razones por las que han decidido no separarse las mujeres que han vivido violencia de género

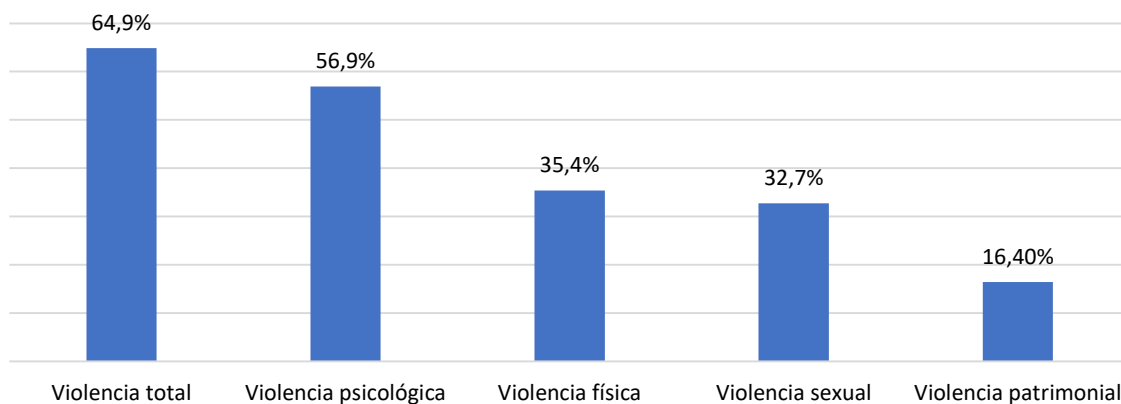


Fuente: INEC

La segunda Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres la realizó el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) en noviembre del año 2019 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) cuyos datos principales fueron los siguientes:

Figura 9.

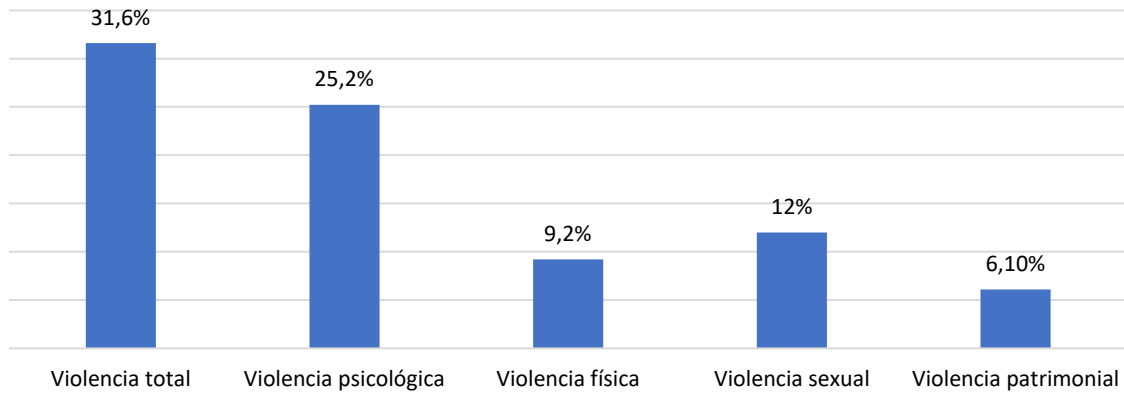
Porcentaje de Prevalencia contra las mujeres a lo largo de la vida (2019)



Fuente: INEC

Figura 10.

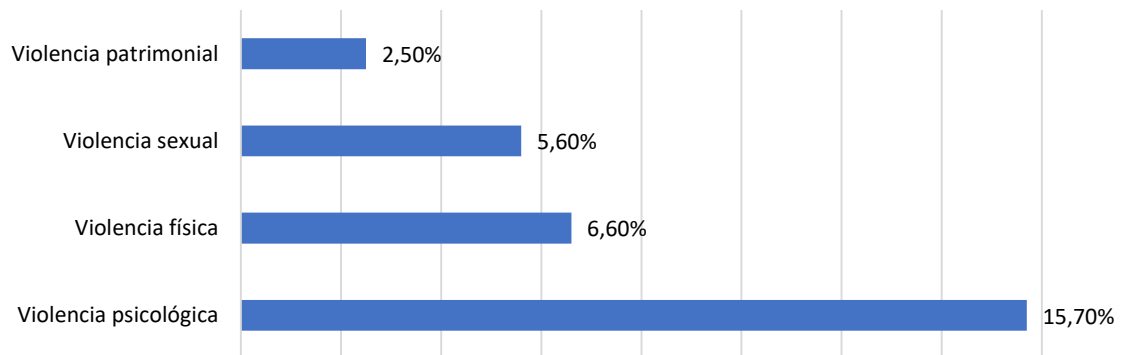
Porcentaje de Prevalencia contra las mujeres últimos doce meses (2019)



Fuente: INEC

Figura 11.

Porcentaje de Violencia contra la mujer en el ámbito de pareja (2019)



Fuente: INEC

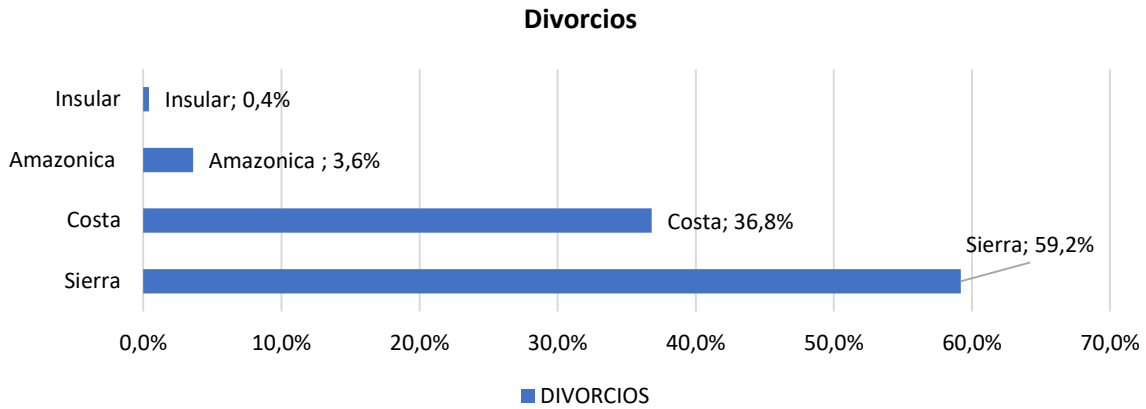
1.7 Situación actual de divorcios en el Ecuador

El INEC en su encuesta realizada en el año 2018 (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos) nos muestra que a nivel nacional la región en la que más se producen divorcios es en la sierra, seguida de la costa.

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Figura 12.

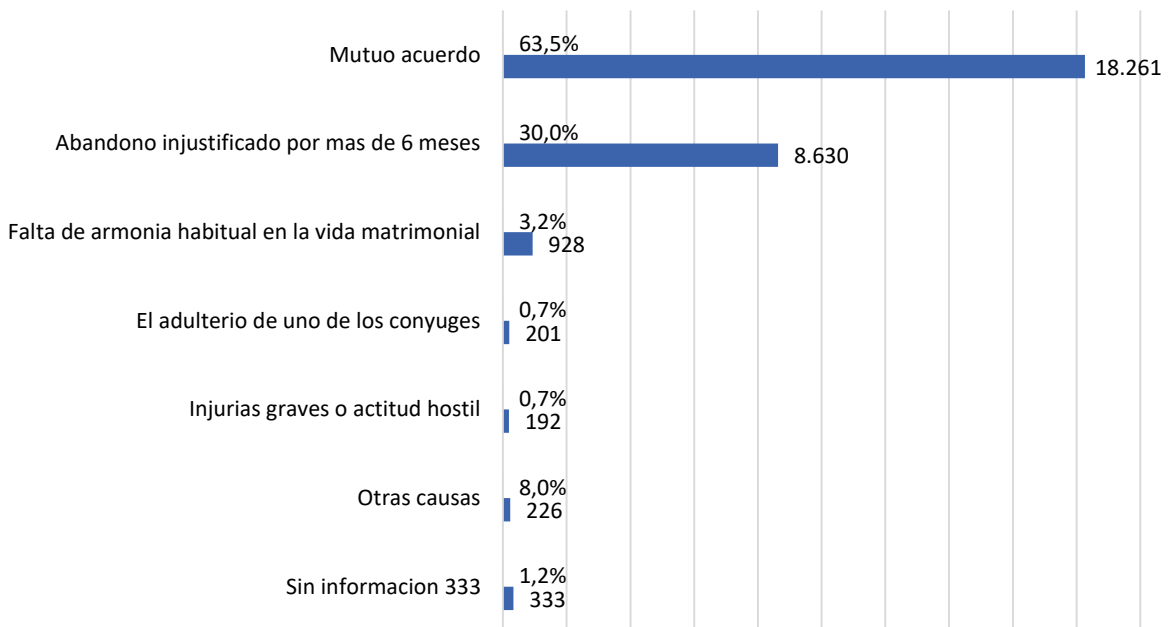
Porcentaje de divorcios en las regiones del Ecuador (2018)



Fuente: INEC

Figura 13.

Causales de divorcio a nivel nacional (2018)

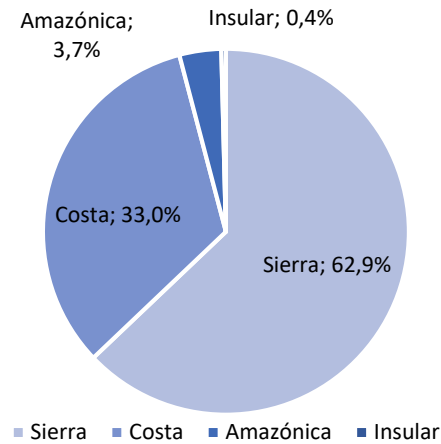


Fuente: INEC

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Figura 14.

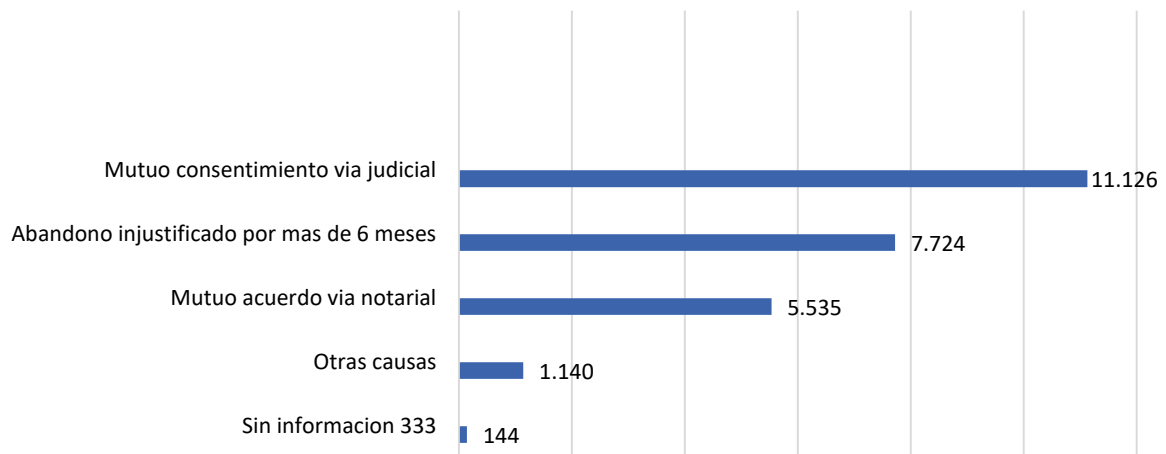
Regiones del Ecuador en las que más se producen divorcios (2018)



Fuente: INEC

Figura 15.

Formas como termina la relación conyugal en divorcio (2018)



Fuente: INEC

1.8 Qué es contravención

En la Ciencia Penal la contravención es definida como “acciones o actividades que contravienen lo dispuesto por la ley, independientemente de que tales faltas hayan sido cometidas de forma voluntaria e involuntaria, observándose una sanción específica a ser cumplida para punir dicha falta” (Ramírez, 2010). Por lo que podemos inferir que la contravención será aquella conducta que el legislador considere como tal, teniendo como característica que no se trate de un delito tipificado.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de conformidad con lo que establece el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 19, las infracciones penales se clasifican en delitos y contravenciones (Asamblea Nacional, 2014), deduciéndose que dicha distinción estriba en la gravedad del daño causado. Debido a ello, el legislador ha establecido que los delitos sean sancionados con pena privativa de libertad que supera los 30 días y las contravenciones con pena privativa de libertad inferior a ese tiempo.

Las contravenciones de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar están tipificadas en el artículo 159 del COIP (Asamblea Nacional, 2014) de la siguiente manera:

- Violencia física que cause lesiones que los incapacite por hasta tres días, sancionada con pena privativa de libertad de 15 a 30 días.
- Violencia física que no cause lesiones, sancionada con pena privativa de libertad de 15 a 30 días, trabajo comunitario de 60 a 120 horas y medidas de reparación integral.
- Violencia patrimonial que no constituya delito, sancionada con trabajo comunitario de 40 a 80 horas, la devolución de los bienes o el pago de su valor y medidas de reparación integral.
- Violencia psicológica que no constituya delito, sancionada con 50 a 100 horas de trabajo comunitario, tratamiento psicológico de la víctima y el agresor y medidas de reparación integral.

1.9 Qué es el principio de proporcionalidad penal

El principio de proporcionalidad penal se considera como la correspondencia entre la gravedad del daño causado y el grado de responsabilidad con la pena a aplicarse, siendo de gran importancia en la ciencia penal, por cuanto una desviación del mismo puede suponer una violación de derechos (Narváez, 2016).

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

En nuestra legislación el principio de proporcionalidad penal constituye una garantía y tiene su origen en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República que señala que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Asamblea Constituyente, 2008). Se trata de una garantía constitucional por cuanto el legislador no puede crear una pena que no sea acorde a la infracción cometida, tal como lo sostiene Von Hirsch:

“Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia” (Von Hirsch, 1993).

Algunos exponentes importantes en la doctrina consideran que la intervención del Estado debe ser mínima pero sobre todo debe ser útil, necesaria y proporcionada (Barnes, 2009). En esa misma línea, por mandato constitucional, los legisladores ecuatorianos al momento de creación o modificación de una ley, tienen la obligación de respetar los derechos garantizados en la Carta Magna:

“Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (Asamblea Constituyente, 2018)”.

El legislador ecuatoriano no puede al momento de crear o reformar una ley desconocer la existencia del principio de discrecionalidad, dado que en virtud del mandato constitucional no puede vulnerarlo; de hacerlo, estaría violentando derechos humanos y constitucionales. Debido a ello el artículo 3 del COIP establece que solo debe haber intervención penal solamente cuando sea necesaria para la protección de las personas y no existan mecanismos extrapenales: “Art. 3.- Principio de mínima intervención. La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales (Asamblea Nacional, 2008)”.

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Como sostiene el penalista Puig Mir en el Derecho Penal no todo bien jurídico debe ser protegido porque se considera que no toda agresión amerita la intervención del legislador: “Con esto, la conocida afirmación del Derecho penal y su exclusiva y necesaria protección de “bienes jurídicos” no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención y regulación del Derecho penal(Puig Mir, 1998)”.

En el caso de las contravenciones de violencia contra la mujer y la familia, en las cuales no existe lesión, habría que determinar no sólo cuál es el bien jurídico protegido sino el hecho de que la pena privativa de libertad sea el mecanismo adecuado para sancionar este tipo de violencia en consideración a la afectación causada. Tomando en consideración que el artículo 21 de la derogada Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, contemplaba la posibilidad de que la mujer agredida pudiera llegar a la conciliación con su agresor, es necesario establecer si hubo necesidad para que el legislador eliminara este método alternativo de solución de conflictos y a dicha infracción la sancionara con pena privativa de libertad, es decir, si existe debida aplicación del principio de proporcionalidad al momento de legislar la pena en el COGEP.

A consideración de Bernal para tipificar una infracción y establecer su pena se debe tener en cuenta el criterio de idoneidad, que consiste en que el legislador en el momento de creación de la sanción que afectará a derechos humanos y constitucionales como el de la libertad y libre tránsito, considere si dicha afectación es necesaria y conveniente para persuadir el comedimiento de la infracción (Bernal, 2005). Esta idoneidad a criterio de otros autores como Sánchez, se debe desarrollar considerando la teleología de la pena, es decir, si su finalidad es legítima y si es adecuada para lograr la persuasión de no cometer la infracción(Sánchez, 2007); en esa misma línea de pensamiento, García considera que la idoneidad en la proporcionalidad de la pena no solo radica en el fin de la misma sino de las consecuencias de su aplicación(García, 2014), argumento que va de la mano con nuestra idea a defender de las consecuencias de poder introducir la conciliación en el juzgamiento de las contravenciones de violencia contra la mujer y otros integrantes de la familia, que no comprendan lesiones, porque la pena privativa de libertad no trae como consecuencias, sanar y volver armonizar las relaciones de los integrantes de la familia, sino que lo más probable sería producirse una separación.

El principio de proporcionalidad comprende otro criterio, el de necesidad, que de acuerdo a la tesis de Alexy, realiza ya no un examen del fin perseguido sino del medio utilizado para conseguirlo, en consideración a que éste no lesione o lo haga en menor grado, derechos humanos y constitucionales. En otras palabras, de acuerdo a nuestra idea a defender, si el legislador en lugar de sancionar las conductas de agresiones a la mujer y a los demás miembros del grupo familiar con pena privativa de libertad, puede llevar a las partes a una conciliación que comprenda no solo un restablecimiento de la relación sin el tratamiento psicológico de ambos, a fin de no lesionar el derecho a la libertad y el derecho humano de protección a la familia (Alexy, 2012). En este punto es acertado el análisis doctrinal que realiza Aguado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán:

“Se declarará que un medio es innecesario para conseguir el fin pretendido cuando en virtud de un juicio ex ante se constata que el legislador podría haber adoptado otro medio igualmente eficaz pero menos lesivo; o bien cuando en virtud de un juicio ex post llegue a la conclusión de que el medio elegido, en comparación con otros, conlleva una restricción más grave de derechos fundamentales(Aguado, 1999)”.

1.10 Qué son los métodos alternativos de solución de conflictos

De acuerdo a la definición que nos da el Diccionario de Guillermo Cabanellas, los métodos alternativos de solución de conflictos “son aquellos en los cuales las partes en conflicto tienen el poder de resolver directamente su discordia, algunas veces ayudados por un tercero, pero sin que este pueda decidir por una alternativa de solución determinada” (Cabanellas, 2008). La Constitución de la República en su artículo 190 establece que los métodos alternativos de solución de conflictos que deben emplearse en el Ecuador son el arbitraje, la mediación y los demás reconocidos por la doctrina; quedando condicionada su aplicación a que la ley permita la transacción en el tema.

Coincidimos con Israel en la apreciación que tiene sobre los métodos alternativos de solución de conflictos, considerándolos como: “aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial ordinario, que permiten la solución privada al conflicto (Israel, 2013)”. El sistema de justicia en el caso de la familia y las relaciones familiares, debe proporcionar a los habitantes la posibilidad de que en los casos en los que exista violencia que no haya producido lesiones físicas, se pueda llegar a un arreglo pacífico que no genere una distancia entre la pareja o la desintegración de la familia.

Los métodos alternativos de solución de conflictos tienen una larga historia en el Ecuador, comenzando con la conciliación que se viene aplicando desde la aparición del derogado Código de Procedimiento Civil, hasta el actual Código General de Procesos, dentro de los procesos judiciales. Luego con la aparición de la Ley de Arbitraje y mediación, en el año 2006, se contempla la utilización de ambos métodos, pero como una alternativa convenida entre las partes para no acudir a la justicia común.

1.11 La conciliación en las contravenciones por violencia contra la mujer y la familia

La idea a defender del presente trabajo concuerda con la premisa de Ávila, que sostiene que:

“Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín conciliatio que significa composición de ánimos en diferencia. En cada una de estas precisiones está presente la intención de solucionar el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que se puede lograr dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de habérselo promovido (Ávila, 2010).

La conciliación igual que los demás métodos alternativos de solución de conflictos están reconocidos en la Constitución en su artículo 190 y su utilización depende solamente de la existencia de una prohibición en la ley, con respecto a la aplicación de la transacción en la materia a la que se va aplicar.

La transacción de acuerdo al artículo 2348 del Código Civil es “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual (Congreso Nacional, 2005)”. En consecuencia, cuando las partes acuerdan voluntariamente poner fin a un proceso judicial o evitar que se produzca uno, estamos frente a una transacción y por ende, si la conciliación que es un acuerdo inter partes pone fin a un juicio, es evidente que dicha conciliación es a la vez una transacción.

El legislador desarrolló la institución jurídica del procedimiento expedito, en el artículo 641 del COIP, para que el juzgamiento de las contravenciones penales, de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y de tránsito, en el cual existe la posibilidad de llegar a una conciliación entre el denunciado y la víctima que ponga fin al mismo.

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Quedando expresamente prohibida la conciliación en este procedimiento especial cuando se trate de contravenciones contra la mujer y demás miembros del núcleo familiar.

Podemos evidenciar que el órgano legislativo adicionalmente a la conciliación que existe en el procedimiento expedito, ha incorporado en el Título X, artículos 662 al 665 del COIP, de forma general, el mecanismo alternativo de solución de conflictos de la conciliación. Pudiendo solamente ser utilizada en: a) delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años; b) delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano; y, delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general. Pero existe la prohibición expresa de utilizar la conciliación en delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, pero en dicha prohibición no se hace referencia a las contravenciones por ese tipo de violencia, por lo podría ser utilizado.

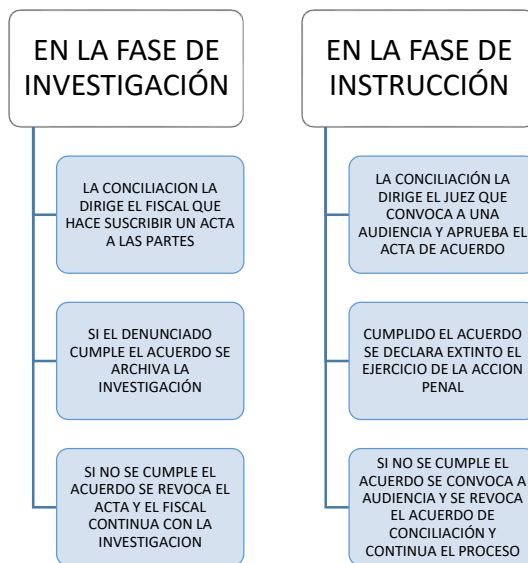
En las reglas generales de la conciliación penal, establecidas en el artículo 665 del COIP se establece que las partes pueden solicitar por escrito al fiscal de la causa la conciliación en dos momentos procesales: a) En la fase de investigación y; b) en la fase de instrucción. Quedando concluido el proceso penal cuando es solicitada la conciliación en cualquiera de estas dos etapas.

En base a los argumentos expuestos, podemos expresar que la prohibición de utilización de la conciliación en el procedimiento expedito vulneraría el principio de proporcionalidad penal, por cuanto, cuando no se producen lesiones físicas en las contravenciones de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar, sería desproporcionado sancionar al infractor con pena privativa de libertad de hasta 10 días, sin que pueda solicitar la conciliación a la otra parte, cuando en la derogada Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, se aceptaba la conciliación en el cometimiento de contravenciones de todo tipo de violencia.

En comprobación de nuestra idea a defender podemos afirmar que la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos existe en el COIP en el caso del procedimiento ordinario, que comprende el juzgamiento de delitos, en las siguientes etapas procesales y con las siguientes consecuencias:

Figura 16.

Etapas en las que se establece la conciliación en el COIP

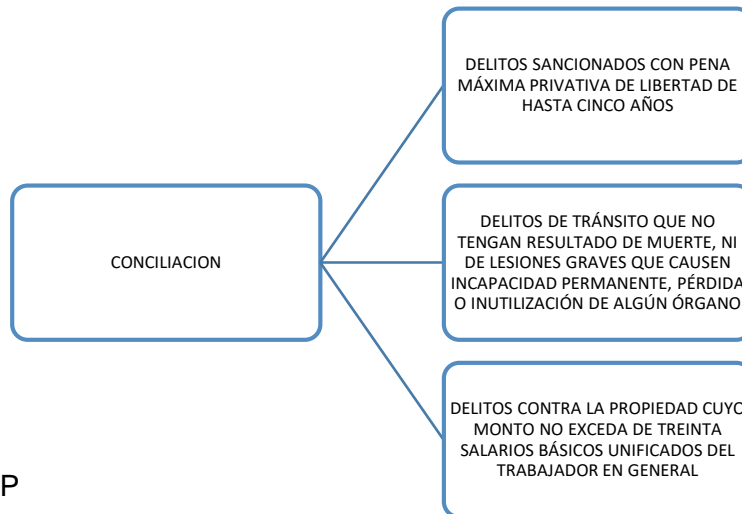


Fuente: COIP

La conciliación en el procedimiento ordinario, procede cuando se trata del juzgamiento de los siguientes delitos:

Figura 17.

Cuando se produce la conciliación en el procedimiento ordinario



Fuente: COIP

La evidencia de la vulneración del principio constitucional de proporcionalidad penal consiste en que el legislador para infracciones que causan mayor daño y alarma social, como el caso de los delitos con pena privativa de libertad de hasta 5 años, ha establecido la posibilidad de utilizar la conciliación; pero, para el caso de contravenciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sin la presencia de lesiones físicas, cuya pena privativa de libertad puede llegar hasta los 10 días, ha negado la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio a los miembros de la familia en conflicto, trayendo como inevitable consecuencia la suspensión del derecho constitucional de libertad del agresor, por ese tiempo, lo cual afectará directamente a la familia, no sólo por una probable pérdida del trabajo de éste sino por la imposibilidad de lograr una reconciliación conyugal que permita a la familia poder desarrollarse en el tiempo con una debida cohesión de sus integrantes.

1.12 Violencia intrafamiliar en la legislación comparada

1.12.1 Legislación argentina

En la legislación argentina, específicamente, en la provincia de San Juan existe la Ley N. 6542 de Prevención de violencia contra la mujer (LEY N. 6542 de la provincia de San Juan, 1994), cuyo artículo 7 BIS procedemos a citarlo:

“ARTICULO 7 BIS.-El proceso civil sustanciara por la vía sumarísima, debiéndose acompañar los recaudos que la autoridad actuante requiera según la característica del hecho. El juez podrá fijar audiencia de conciliación entre los sujetos involucrados, en un término no mayor de diez (10) días a la que podrá asistir el Ministerio Público.

Podrá solicitar además la intervención de los equipos interdisciplinarios de la subsecretaria de la familia y de los demás organismos del estado, sin perjuicio de los del Poder Judicial.”

1.12.2 Legislación mexicana

La legislación de México, específicamente, del estado de Nuevo León, existe un Código Penal (Código Penal del estado de Nuevo León , 1990) cuyo artículo 111 procedemos a citar:

“Artículo 111.- El perdón otorgado por la víctima, ofendido o por quien se encuentre legitimado para otorgarlo, extingue la acción penal, cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el delito se persiga a instancia de parte;
- II. Que el perdón se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva que se dicte; y
- III. Que la víctima u ofendido haya sido debidamente informada en forma clara, del significado y la trascendencia jurídica del perdón judicial, en caso de que deseen otorgarlo.

El perdón otorgado al autor o autores beneficia a los partícipes y a los encubridores del delito, siempre que se haya reparado el daño; el otorgado a un partícipe o ***encubridor solo beneficia a quien se le haya otorgado.***

Igualmente procederán los efectos del perdón en aquellos delitos que persiguiéndose de oficio, no sean de los considerados como graves, su sanción, incluyendo las modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, no exceda de seis años de prisión como pena máxima y se logre por medio de la mediación o conciliación, un acuerdo entre el inculpado o procesado y la víctima u ofendido, siempre que se haga del conocimiento del ministerio público y en su caso a la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto.”

1.13 Aporte de la legislación extranjera citada

De la legislación argentina tenemos el aporte no sólo de la posibilidad jurídica de utilizar la conciliación en los conflictos entre las partes sino de la intervención del Ministerio Público (en Ecuador sería la Defensoría del Pueblo), de equipos interdisciplinarios de la subsecretaría de la familia (en Ecuador sería del MIES) y de los demás organismos del estado necesarios, para que la conciliación permita restablecer la armonía de la pareja y garantizar la continuidad de la familia.

La legislación mexicana nos aporta la posibilidad de utilizar la conciliación en los conflictos de violencia intrafamiliar, los cuales pueden llegar a un acuerdo en el que intervenga el Ministerio Público (en Ecuador sería la Defensoría del Pueblo).

1.14 Caso de violencia intrafamiliar en el que no se han producido lesiones físicas

1.14.1 Elementos del caso

- **JUEZ:** Edwin Armando Tierra Gusqui
- **AGREDIDOS:** Josué Moran Fuller y Carmen Guaranda Rugel
- **AGRESOR:** Villena Vargas Alberto Laurentino de nacionalidad ecuatoriana, de 54 años de edad, de estado unión libre, de instrucción secundaria, de ocupación albañil, domiciliado en Patria Nueva del cantón Daule
- **CONDUCTA PENAL:** Contravención del artículo 641 COIP
- **PRUEBAS:**
 - El Parte de Aprehensión de fecha 06 de noviembre del 2018 a las 11:05, suscrito por los señores Josué Moran Fuller y Carmen Guaranda Rugel.
 - El testimonio de la víctima Pedro José Bajaña Bueno, quien luego del juramento de ley, en lo principal dijo: "...mí tía estaba en el suelo y me metí a defenderla y vino el Alberto Villena y me pego dos patazos en el estómago ..."
 - El testimonio del señor Villena Vargas Alberto Laurentino, quien luego de las generales de ley, en lo principal dijo: "...pido mil disculpas a las personas; me ofusque y estaba exaltado, pido disculpas a las personas presentes, no lo volveré hacer; tengo problemas de salud y me ofusque y cometí un error...".

1.14.2 Fallo

Se declara culpable a Villena Vargas Alberto Laurentino, de nacionalidad ecuatoriana, de 54 años de edad, de estado unión libre, de instrucción secundaria, de ocupación albañil, domiciliado en Patria Nueva del cantón Daule, autor directo de la contravención de violencia intrafamiliar, tipificada y reprimida en el Art. 159 del Código Orgánico Integral Penal en concordancia con el Art. 42 numeral 1, literal a) del prenombrado cuerpo legal. Se le impone la pena privativa de libertad de diez días pena privativa de libertad que la cumplirá en el Centro de Privación Provisional de Personas Adultas en Conflicto de Guayaquil. En cuanto a la reparación integral de la víctima, el Art. 622 numeral 6 del Código Orgánico Integral

Penal, manifiesta: “La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.”, por lo que, se dispone que el sentenciado Villena Vargas Alberto Laurentino, pida disculpas públicas.- Se conceden a favor de la víctima Lizzeth Darioleta Hidalgo Paredes, las medidas de protección contenidos en los numerales 1, 2, 3, y 4 del Código Orgánico Integral Penal, debiendo establecer que dichas medidas fueron notificadas al sentenciado Villena Vargas Alberto Laurentino, de manera personal en la misma audiencia.

1.14.3 Conclusión del caso

El agresor debido a su condena debió pasar diez días de pena privativa de libertad en el Centro de Privación Provisional de Personas Adultas en Conflicto de Guayaquil y pedir disculpas, lo cual no garantiza el restablecimiento de la relación con su pareja ni la continuidad de la familia, debido a que el artículo 641 del Código Orgánico Penal no permite la conciliación a las partes en conflicto dentro del juzgamiento de contravenciones de violencia contra la mujer y la familia cuando no se han producido lesiones físicas.

1.16 Enfoque de la investigación

La presente investigación es de tipo exploratorio- diagnóstico, por cuanto se llevó a cabo mediante el análisis de cualitativo y cuantitativo de casos múltiples en la provincia del Guayas de forma especial en las zonas rurales, durante el periodo 2017-2019. También tiene un alcance correlacional y explicativo porque demuestra la relación que existe entre la falta de aplicación de la conciliación en los casos de violencia intrafamiliar y la continuidad del núcleo familiar.

1.17 Análisis cualitativo

En esta investigación se ha utilizado el método cualitativo que se caracteriza por el estudio de la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, instrumentos en una determinada situación o problema. Con la finalidad de analizar con sumo detalle como ocurre el proceso en que se da el problema. Todo ello se realizó mediante el empleo de técnicas de obtención de datos: el análisis documental de la legislación ecuatoriana, el estudio de casos y la entrevista abierta a expertos en el tema.

1.18 Entrevistas realizadas expertos

1.18.1 Entrevista realizada al Abogado Edwin Armando Tierra Gusqui

Entidad en la que labora: Unidad Judicial Multicompetente de Daule

Cargo que tiene: Juez

¿En su criterio considera que el artículo 159 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal garantiza el principio de proporcionalidad al sujeto que es sentenciado con pena privativa de libertad por el cometimiento de contravenciones de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar, en las que no se han producido lesiones físicas?

El constituyente estableció que debe haber una perfecta equivalencia entre la conducta típica cometida y la pena, por lo que el artículo 159 del COIP castiga de manera desmesurada a las contravenciones en las que no hay daño de lesiones físicas, esto constituye un quebranto a dicha proporcionalidad porque el procesado puede ser sentenciado hasta 10 días por situaciones en las que fácilmente la pareja podría superarlas si son guiadas por el juez.

¿Considera que es correcto que el legislador haya eliminado la posibilidad de aplicar la conciliación en el procedimiento expedito de juzgamiento de las contravenciones de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar del COIP cuando en la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia si se contemplaba para estos casos?

Es un quebranto a la igualdad ante la ley, si bien el bien protegido es la familia no existe coherencia para que en todo tipo de contravención se pueda dar la conciliación y en los casos de violencia contra la mujer no, más aún hay que recordar que en la ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia si se permitía que las partes puedan conciliar sin mayor restricción.

¿Cuál cree usted que sea la consecuencia para la relación de la pareja y la familia cuando el agresor es sentenciado por cometimiento de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar?

El hombre por el pensamiento imperante en nuestra sociedad cuando su pareja lo ha denunciado y por eso es privado de libertad y hasta pierde su trabajo, no sólo que no quiere saber más de su pareja sino de sus propios hijos, lo cual lleva inexorablemente a que esa familiar termine, porque nunca se les dio la oportunidad de superar su conflicto.

¿Considera que al implementar la conciliación en el juzgamiento de casos de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar se podría afectar a la armonía o seguridad de la familia?

Créame que estoy rotundamente de acuerdo, como operador de justicia me siento impotente ante la falta de un mecanismo que permita a las partes en conflicto dentro de un caso de violencia intrafamiliar en el que no hay daño físico, poder llegar a un arreglo y poder dictarles medidas psicológicas a ambos para preservar la familia como es deber del Estado.

¿Piensa que es necesaria una reforma del legislador para incorporar el método de la conciliación en el juzgamiento de los casos de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar, con la finalidad de preservar la continuidad de las relaciones conyugales y la familia?

No sólo necesario sino imperioso por todo lo que le he expresado, con parte integrante del Estado es mi deber como operador de justicia garantizar a la familia, pero nuestro legislador ha querido ser muy punitivo y ha obviado su papel de contribuir ante los conflictos familiares para que esa célula fundamental de la sociedad no se destruya. Felicito su iniciativa por analizar un tema que vivimos a diario y al que no podemos dar solución porque el legislador no nos ha dotado de las herramientas para ello.

1.18.2 Entrevista realizada al Abogado Wilmer Jesús Valencia Rodríguez

Entidad en la que labora: Unidad Judicial Multicompetente de Daule

Cargo que tiene: Juez

¿En su criterio considera que el artículo 159 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal garantiza el principio de proporcionalidad al sujeto que es sentenciado con pena privativa de libertad por el cometimiento de contravenciones de violencia

contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar, en las que no se han producido lesiones físicas?

En mi opinión no, los tratados de derechos humanos de los que el Ecuador es suscriptor y la Constitución garantizan al procesado que por la conducta típica que ha cometido recibirá una pena que será proporcional a la misma y cuando no existen lesiones físicas es excesiva la imposición de pena privativa de libertad, lo adecuado sería unas medidas de tratamiento psicológico.

¿Considera que es correcto que el legislador haya eliminado la posibilidad de aplicar la conciliación en el procedimiento expedito de juzgamiento de las contravenciones de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar del COIP cuando en la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia si se contemplaba para estos casos?

No existe lógica jurídica cuando el legislador contempla que en todos los demás casos de cometimiento de contravenciones son susceptibles de conciliación excepto en el caso de violencia contra la mujer o la familia, cuando el bien jurídico es la propia familia, por lo que se debe dotar a las partes la posibilidad de restablecer la relación en los casos que no sea de excesiva violencia o gravedad, porque como usted menciona, la contra la Violencia a la Mujer y a la Familia si permitía que pudieran conciliar en esta clase de contravenciones.

¿Cuál cree usted que sea la consecuencia para la relación de la pareja y la familia cuando el agresor es sentenciado por cometimiento de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar?

La consecuencia inevitable es solo una, la terminación de esa relación en la que la mujer ha sufrido violencia y el hombre se siente humillado por haber ido a la cárcel.

¿Considera que al implementar la conciliación en el juzgamiento de casos de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar se podría afectar a la armonía o seguridad de la familia?

No, no se afectaría a la familia, muy por el contrario, se daría la posibilidad de que la misma no se afecte por los conflictos entre marido y mujer, porque se les daría la posibilidad de llegar a acuerdos que quedarían plasmados en un acta, en la cual se establecería además medidas de tratamiento psicológico para ambos. Al no existir actualmente, si se produce

una terminación de la relación familiar por el pensamiento machista del hombre que es privado de su libertad.

¿Piensa que es necesaria una reforma del legislador para incorporar el método de la conciliación en el juzgamiento de los casos de violencia contra la mujer u otros miembros del núcleo familiar, con la finalidad de preservar la continuidad de las relaciones conyugales y la familia?

En mi experiencia considero que es muy necesaria una reforma legislativa al COIP que aplique la proporcionalidad no sólo en la pena de privación de libertad en los casos en las contravenciones en los que no se produce violencia física, sino que en el sentido de que en todas las demás clases de infracciones que son contravenciones se aplica la conciliación.

1.19 Conclusiones

En esta investigación se pudo comprobar que en las legislaciones argentina y mexicana los casos de juzgamiento de violencia intrafamiliar cuentan con el mecanismo de solución de conflictos del acuerdo conciliatorio de las partes.

Una vez analizada la legislación ecuatoriana que regula los casos de violencia intrafamiliar contra la mujer u otros integrantes del núcleo familiar, se pudo evidenciar que el legislador estableció el uso de la conciliación cuando se cometen delitos castigados con privación de libertad de hasta cinco años, que no se traten de violencia intrafamiliar y para contravenciones que tampoco se traten de este tipo de violencia, quedando en evidencia una ruptura del principio de proporcionalidad, dado que en los casos de violencia física en la que no se producen lesiones, se le priva al procesado de la posibilidad de llegar a una conciliación con su pareja y se le aplica una pena privativa de libertad de hasta diez días, cuando en delitos con mayor daño y alarma social si se permite, trayendo como consecuencia una afectación a la familia.

A través del análisis de caso, de las encuestas y entrevistas a expertos se pudo comprobar las consecuencias para la continuidad del núcleo familiar al no existir la conciliación como un método alternativo que solucione los conflictos entre las parejas que acuden al sistema de justicia por violencia en la que no se ha producido lesiones físicas y como la solución a este problema sería una reforma al Código Orgánico Integral Penal.

Se formula una propuesta de reforma al artículo 641 del Código Orgánico Integral Penal que incorpora la utilización de la conciliación en las contravenciones de violencia contra la mujer o miembros de la familia, en las que no se han producido lesiones físicas como una contribución a la Academia y al Foro en general.

1.20 Referencias Bibliográficas

- Aguado, T. (1999). *El principio de proporcionalidad y el derecho penal*. Madrid: EDER.SA.
- Alexy, R. (2012). *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República. Art. 76 No. 6., Art.84
- Asamblea Nacional. (2008). Código Orgánico Integral Penal. Art. 3, 19, 155, 159
- Asamblea Nacional. (5 de febrero de 2018). Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres. Art. 4 No. 2.
- Ávila, L. (2010). *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Barnes, J. 1. (2009). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración pública* , 1 (135), 12.
- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico* (12 ed., Vol. 4to.). Buenos Aires: Heliasta.
- Código Penal del estado de Nuevo León . (26 de marzo de 1990). Art. 111.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa. (26 de marzo de 1985). Considerando de la Recomendación No. 85.A.
- Congreso Nacional. (2005). Código Civil. Art. 2348.
- Congreso Nacional. (11 de diciembre de 1995). Ley contra la violencia a la mujer y la familia. Art. 2.
- García, J. (2014). El Juicio de ponderación y sus partes. *Revista Jurídica de la Universidad de León* , 1 (16), 18.

Reflexiones Actuales de Derecho Penal: Violencia Intrafamiliar, Medidas de Seguridad de Inimputables y Compensación Económica en Accidentes de Tránsito

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (s.f.). Recuperado el 5 de febrero de 2020, de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/sitio_violencia/presentacion.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (s.f.). *Ecuador en cifras*. Recuperado el 05 de febrero de 2010, de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Poblacion_y_Demografia/Matrimonios_Divorcios/2018/Principales_resultados_MYD_2018.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (s.f.). *Ecuador en cifras*. Recuperado el 5 de febrero de 2020, de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/Violencia_de_genero_2019/Principales%20resultados%20ENVIGMU%202019.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (s.f.). *Ecuador en cifras*. Recuperado el 5 de febrero de 2020, de <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>

Israel, k. (2013). *Victimología y los metodos alternativos*. México D.F.: Porrúa .

LEY N. 6542 de la provicia de San Juan. (24 de noviembre de 1994). Art. 7 BIS. Boletín Oficial.

Narváez, T. .. (2016). ABC del nuevo sistema acusatorio penal. *HOLA* (30), 68.

Organización de Estados Americanos. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Art. 1.

Puig Mir, S. (1998). *Derecho Penal Parte General* (5ª edición ed.). Barcelona: Marcial Pons.

Ramírez, S. (2010). *La realidad de la mujer puertas adentro*. Barcelona: Planeta.

Romero, H. (2017). *La infidelidad femenina como producto de la violencia intrafamiliar* , 51.

Sánchez, R. (2007). *El principio de proporcionalidad*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Von Hirsch, A. (1993). *Censurar y castigar*. Madrid: Trotta.