



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN SENTENCIAS DE
SEGUNDA INSTANCIA Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
IGUALDAD DEL PROCESADO

Autora

Jessica Dayanna Carvajal Ramírez

Año
2019



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN SENTENCIAS DE
SEGUNDA INSTANCIA Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA
IGUALDAD DEL PROCESADO

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía

Ph.D. Diego Alfredo Zalamea León

Autora

Jessica Dayanna Carvajal Ramírez

Año

2019

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo La suspensión condicional de la pena en sentencias de segunda instancia y la vulneración del derecho a la igualdad del procesado, a través de reuniones periódicas con la estudiante Jessica Dayanna Carvajal Ramírez, en el semestre 201920, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Diego Alfredo Zalamea León
Doctor en Derecho
C.C. 010226501-4

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado el trabajo La suspensión condicional de la pena en sentencias de segunda instancia y la vulneración del derecho a la igualdad del procesado, de la estudiante Jessica Dayanna Carvajal Ramírez, el semestre 201920, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Elsa Irene Moreno Orozco
Magister en Derecho
C.C. 1705403713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Jessica Dayanna Carvajal Ramírez
C.C. 1722446661

AGRADECIMIENTO

A Dios y a mis padres por darme la oportunidad de vivir mi sueño de ser una mujer profesional y empoderada. Son mi mayor motivación.

A mi hermano y familia por su amor y apoyo absoluto.

A mi honorable Universidad y sus distinguidos docentes por enseñarme con rigor y excelencia académica la Ciencia del Derecho.

DEDICATORIA

A Mamita Esmeraldita por ser una guerrera de amor, quien me enseñó que la valentía y fuerza de una mujer vence las más duras batallas. Por ser la fuente de amor más puro en mi vida y recordarme que siempre puedo ser la mejor.

A mi padre Dr. Oswaldo Carvajal, por ser el motor de mi vida, mi más grande admiración y mi apoyo incondicional.

A mi madre Lcda. Lourdes Ramírez, por ser la luz de mis días y estar a mi lado en cada instante, mostrándome el camino hacia la superación.

RESUMEN

El presente ensayo académico tiene como finalidad responder a la siguiente pregunta: ¿Se vulnera el derecho a la igualdad del procesado al no permitirse la suspensión condicional de la pena en sentencias de segunda instancia?

Para poder responder a la interrogante en el primer capítulo se realizará una conceptualización de qué es la pena y su finalidad, para entender cómo se origina la suspensión condicional de la pena. Con esto se demuestra el beneficio que aporta esta figura procesal al principio de mínima intervención penal. Seguido de ello se implantará la definición del derecho a la igualdad y su divergencia entre formal y material. Dentro del segundo capítulo se realiza un estudio comparado con las legislaciones de los países integrantes de la Comunidad Andina, esto es Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Con ello se estudia cómo se implementa la suspensión condicional de la pena en las leyes internas de cada nación. Y en el capítulo tercero se responde de manera directa al problema jurídico, donde se verifica si la restricción que hace el Código Orgánico Integral Penal sobre el acceso a la suspensión condicional de la pena es legítima, caso contrario examinar si se vulnera el derecho a la igualdad.

ABSTRACT

The purpose of this academic essay is to answer the following question: Is the right to equality of the accused violated by not allowing the conditional suspension of the sentence in second instance sentences?

In order to answer the question in the first chapter, a conceptualization of what the penalty is and its purpose will be carried out, to understand how the conditional suspension of the sentence originates. This demonstrates the benefit that this procedural figure brings to the principle of minimal criminal intervention. Following this, the definition of the right to equality and its divergence between formal and material will be implemented. Within the second chapter a study is carried out compared to the laws of the member countries of the Andean Community, that is Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. This studies how the conditional suspension of the sentence is implemented in the internal laws of each nation. And the third chapter responds directly to the legal problem, where it is verified if the restriction made by the Organic Comprehensive Criminal Code on access to the conditional suspension of the sentence is legitimate, otherwise examine whether the right to equality.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD	2
1.1.- Definición de pena.....	2
1.1.1 Teorías de la pena.....	3
1.1.2 La finalidad de la pena.....	3
1.2 Suspensión condicional de la pena.....	5
1.2.1 Origen.....	5
1.2.2 Concepto	6
1.2.3 Finalidad	7
1.2.4 Beneficios	7
1.3 Principio de mínima intervención penal.....	9
1.4 Derecho a la igualdad	10
1.4.1 Igualdad material	11
1.4.2 Igualdad formal	11
2. CAPITULO II. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA ECUATORIANA.....	12
2.1 Balance de legislación de países: instauración de la suspensión condicional de la pena en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú	12
2.1.1 Requisitos.....	15
2.2.2 Condiciones.....	17
2.2.3 Formas de terminación	18
2.3 Instancia procesal para acceder a la suspensión condicional de la pena.....	20

3. CAPÍTULO III. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS PROCESADOS DE SEGUNDA INSTANCIA EN LA RESTRICCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.....	21
3.1 Trato desigual a los procesados en segunda instancia: test de restricción de derechos	21
3.2 Violación del derecho a la igualdad formal y material	28
3.3 El acceso a la suspensión condicional de la pena en segunda instancia: restricción de derechos fruto de la interposición de un recurso de apelación	29
3.4.- Vulneración del principio de mínima intervención penal	32
4. CONCLUSIONES.....	33
REFERENCIAS	36

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo académico tiene como finalidad abordar el siguiente problema jurídico: El trato inequitativo que el COIP da a los condenados en segunda instancia al proscribir la posibilidad de que puedan acogerse a la suspensión condicional de la pena, cuando se dicta un fallo en apelación. O dicho en otras palabras, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Se vulnera el derecho a la igualdad del procesado al no permitirle acceder al mencionado beneficio procesal en sentencias de segunda instancia?

La importancia del estudio de este tema, radica en que este trato inequitativo vulnera derechos básicos de las personas. Además del valor de la igualdad que ya fue mencionado en el párrafo anterior, existe una afectación al principio de mínima intervención penal, con repercusiones serias como las que produce el encarcelamiento.

En el primer capítulo se analizan los dos pilares conceptuales de este estudio: la suspensión condicional de la pena y el derecho a la igualdad. Se define a la figura procesal, se estudia su importancia y beneficios. En la segunda parte se ensaya el mencionado principio y sus dos esferas la formal y la material.

En el segundo capítulo se realiza un estudio comparado con las legislaciones de los países integrantes de la Comunidad Andina, esto es Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Con el fin de verificar si esta manera de dejar sin efecto la pena de prisión, consta en las leyes de las distintas naciones. Esto se realiza con el fin de verificar si el resto de los Estados restringen el acceso a la mencionada figura procesal, o si se trata únicamente de una particularidad de la ley ecuatoriana.

Finalmente, en el capítulo tercero se responde de manera directa al problema jurídico que contiene el ensayo, donde se verifica si la restricción que hace el Código Orgánico Integral Penal sobre el acceso a la suspensión condicional de

la pena es ilegítima. Para ello se implementó el test de razonabilidad y restricción de derechos, donde el resultado arrojó que el derecho vulnerado es la igualdad. Para al final conducir el ensayo a la parte medular, en donde se materializa el problema que surge a partir de la interposición de un recurso de apelación.

1. CAPÍTULO I. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El presente capítulo trata los dos pilares fundamentales de la investigación que es por un lado la suspensión condicional de la pena, y por otro lado el derecho a la igualdad. Para el desarrollo de la figura procesal, primero se definirá a la pena y cuál es su finalidad en la ley, para así entender el origen de la suspensión de la misma, con el fin de analizar sus beneficios y objetivos a cumplir en un sistema penal. Y, para el principio de igualdad, se establecerá su definición en los diversos tratados internacionales, y se explicará su clasificación entre igualdad formal y material. La finalidad del presente capítulo será establecer los conceptos básicos de las figuras legales que son protagonistas del problema jurídico, ya que se requiere su previa explicación para más adelante entender cómo se relacionan, y la afectación que tiene la una en la otra.

1.1.- Definición de pena

Para Cesar Beccaria (1993, p. 52) el poder estatal de castigar surge de la renuncia de una parte de la libertad de los hombres para gozar de seguridad frente a posibles agresiones de sus congéneres. Para evitar estas violaciones el Estado usa como instrumento el castigo. Carrara (2000, p. 62) por su parte complementa este concepto como un mal que el Estado impone a quienes son reconocidos como culpables de un delito.

Este estudio, sobre la base de estos conceptos citados plantea una definición un tanto más precisa: la pena es una sanción impuesta por el poder judicial a una persona que se ha probado, más allá de duda razonable, que es culpable de un delito.

1.1.1 Teorías de la pena

La teoría de la pena se encarga de analizar la razón de ser del castigo estatal. En su interior han existido dos posiciones predominantes: la primera es la teoría absoluta, que para Bustos (1995, p. 21) la misma puede ser resumida como: un mal que retribuye a otro, lo que para Jimenez (1984, p. 152) la meta es el castigo en sí mismo y no busca ningún beneficio adicional. La postura de quien escribe es que la referida corriente resulta insuficiente, ya que al buscar sólo punir, pierde de vista los beneficios que pueden conllevar una respuesta estatal.

La segunda teoría es la relativa o también llamada finalista. Jimenez (1984, p. 153) manifiesta que esta teoría legitima el dolor impuesto por el Estado, en virtud del beneficio para la sociedad. La diferencia con la anterior consiste en que su fundamento no es la mera retribución, sino más bien busca la abstención de delinquir. En concreto esta prevención admite dos modalidades prevención especial y general. Las mismas se detallan a continuación.

1.1.2 La finalidad de la pena

La prevención especial según Roxín (1976, p. 15) no busca retribuir un hecho pasado, sino que ve la justificación de la pena en la prevención de nuevos delitos por parte del condenado, es decir que se busca evitar la reincidencia. Para ello Liszt Frank Von (1991, p. 11) manifiesta que en concreto, la meta es resocializar al infractor.

Este tipo de prevención se subdivide en positiva y negativa. La primera busca incidir en la persona para que sea capaz de vivir en sociedad. Este tipo de

visión fomenta, sobre todo para infracciones no graves, alternativas a la pena o incluso sanciones mínimas. El segundo enfoque busca aquietar la capacidad criminal de un procesado especialmente mediante el uso de la prisión. Para Villa (1998, p. 113) esta filosofía es aplicable sobre todo a personas que han incurrido en delitos graves, o que ya han sido reincidentes. En sí, la prevención especial en sus dos vertientes busca la no reincidencia en el cometimiento de delitos.

Por otro lado, Welzel (1964, p. 241) considera que la prevención general, es utilizar la pena para conseguir que la sociedad sea fiel al derecho, de manera que se informe a las comunidades lo que está prohibido por la norma, además de la capacidad del orden jurídico en permanecer e imponerse sobre cualquier situación y finalmente, el crear conciencia del respeto hacia el derecho. Esta prevención al igual que la anterior se fracciona en positiva y negativa. La positiva manifiesta Santiago Mir Puig (1986, p. 51) se basa en el aseguramiento de las normas básicas y protección de los valores fundamentales, a fin de coaccionar a un grupo social para que acate la ley. Y a diferencia de ello, la negativa por otro lado se centra en la intimidación para no cometer acciones penadas.

A todo esto, la normativa ecuatoriana establece que la pena es una sanción que consiste en la privación de la libertad para quienes incurrieren en delitos tipificados en la ley. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art 51). Por ello, a consecuencia del principio de legalidad solo podrán ser sancionadas las acciones u omisiones que están explícitamente tipificadas en la ley.

Este mismo cuerpo legal en el artículo 52, dispone que las finalidades de la pena son tres, la primera de ellas es la prevención general. La cual consiste en el mensaje que el castigo transmite a la sociedad para conseguir un comportamiento apegado a la norma jurídica. Para Jakobs (2003, p. 16) ello responde a que el derecho penal tiene como meta, garantizar una función orientadora de las normas jurídicas.

La segunda finalidad de la pena es el “desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena”. La doctrina conoce a este objetivo como la prevención general positiva. Durán (2016, p. 291) considera que esta meta demuestra que la pena ya no se concibe sólo como el castigo social o la reprensión por el cometimiento de un delito, sino que busca potenciar las capacidades de la persona condenada.

Lo anterior, concuerda con los derechos consagrados en el artículo 77 de la Constitución, puesto que en el numeral 11 establece que la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.

Lo que en consecuencia da paso a explicar la figura jurídica de la suspensión condicional de la pena, la cual es un mecanismo que efectiviza el mandato de incluir otras alternativas a la privación de libertad. La idea es conseguir los fines que busca la sanción mediante un mecanismo menos riguroso que la cárcel.

1.2 Suspensión condicional de la pena

1.2.1 Origen

Todo comienza con la justicia restaurativa, la cual se remonta en la historia desde que en las comunidades el robo se constituía como ofensa, se obligaba a reparar el daño devolviendo lo robado o trabajando para quienes fueron víctimas del robo. Aquí se aprecia que se da prioridad a la reparación antes que un castigo físico o represión de la libertad. Esto es visto también, en el Código de Hammurabi en la antigua Mesopotamia, en donde se establecía que si alguien robaba un animal de ganado tendría que devolver treinta veces su valor. Por lo que Melgosa (2008, p. 15) infiere que, con ello una vez más se evidencia que otra manera de sancionar delitos contra la propiedad, es reparar la pérdida pecuniaria con la sustitución de lo sustraído.

Es por ello que, estas circunstancias de solución de conflictos aplicadas por civilizaciones antiguas, al ser de cierta manera efectivas, se mantienen en el siglo actual de tal forma que hasta en el campo del Derecho Internacional Público se crean tratados internacionales que garantizan la protección de derechos no solo de la víctima sino también del procesado. Un ejemplo de ello son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) del 14 de diciembre de 1990, en donde el referido instrumento tiene como objetivo presentar los principios básicos, que promuevan la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como también posibilidades de aplicar medidas sustitutivas a la prisión en favor de los procesados.

Esto da origen a que los Estados adapten sus legislaciones con la inclusión de alternativas a la pena o reducciones en ella, como lo es la suspensión condicional de la pena, con el fin de racionalizar la aplicación del derecho penal como tal.

1.2.2 Concepto

La suspensión condicional de la pena, se establece como una medida cuyo fin es la prevención especial positiva, por ello Téllez (2005, p. 83) afirma que esto se da debido a que permite cambiar un castigo que desocializa a la persona condenada, por uno que se destina a desarrollar sus capacidades. De esta manera se evitan los costos personales que conlleva la privación de la libertad. En sí, la suspensión condicional de la pena es una figura jurídica empleada en los códigos penales, cuyo fin es suspender la pena impuesta en sentencia, para que se sustituya la privación de libertad por una alternativa menos lesiva.

Los sistemas de suspensión que propone López Barja de Quiroga (2002) son:

El sistema angloamericano (*probation*) en donde se produce la declaración de la culpabilidad, pero se suspende la imposición de la

pena privativa de libertad, incluso la propia condena, quedando el procesado sometido a control. En el segundo, en cambio el sistema europeo (*sursis probatorio*), declara la culpabilidad y se impone la pena en la sentencia, quedando en suspenso la ejecución de la pena (p. 123).

El sistema de *sursis probatorio* es el que se refiere a la suspensión de la pena, ya que se requiere que en sentencia se declare a más de la culpabilidad, la sanción carcelaria, para que pueda suspenderse la ejecución de dicha condena. Por lo que la *probatio* sería lo que se conoce como suspensión del procedimiento, que difiere del primero por suspenderse el proceso en sí, antes de llegar a la etapa procesal en donde se establece la pena en concreto.

1.2.3 Finalidad

La razón de ser de la suspensión de la condena nace en primar las medidas alternativas de la pena, sobre la mera privación de la libertad, cuando no exista otro medio de dar cumplimiento con las penas, ante lo que Pozo (2000, p. 124) infiere que se debe analizar el medio menos dañoso para el procesado, para que tanto él, como otros, no cometan delitos. Esto obedece al principio de ultima ratio.

El fin principal que busca esta herramienta jurídica, es garantizar principios de humanización y de reinserción en la sociedad en favor del culpable. Por ello es acertado afirmar, que todo sistema penal que garantice derechos, en conjunto con la Constitución debe incorporar la suspensión condicional de la pena en su cuerpo legal.

1.2.4 Beneficios

Esta figura conlleva beneficios en algunos ámbitos: En primer lugar, existen varios beneficios para el procesado. Vallejo (2003, p. 42) establece que: primero, le otorga la oportunidad de mantener su libertad, debido a que la pena

carcelaria se sustituye por una sanción alternativa a la privación de libertad. Segundo, le permite mantener relaciones familiares y su situación laboral. Esto, debido a que el condenado no será separado de la sociedad en donde reside, ni de su entorno familiar, por lo que la suspensión condicional de pena permite cumplir con lo que manda el artículo 67 de la Constitución en donde se establece que el Estado protege la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines.

Así también en el artículo 69 del mismo cuerpo legal, promueve la maternidad y paternidad responsables, en donde la madre y el padre, estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

Por lo que, esta figura legal protege los derechos de los miembros de la familia, al no permitir que se aisle a un procesado en un centro carcelario, sino que le permite a más de cumplir su pena, seguir desarrollándose en la sociedad y actuar con la debida responsabilidad como padre, madre o hijo respecto a su familia.

Tercero se evita los daños de la prisonización, ya que, en la mayoría de los casos, la vida carcelaria genera desocialización en la persona. Por ello si evita la cárcel se impiden costos relacionados con la salud e incluso la integridad del condenado, en concreto problemas relacionados con posibles agresiones, deficiencias alimenticias y enfermedades propiciadas por el entorno.

Por otro lado, si sobre la base de un eficaz compromiso entre delincuentes y víctima, se le exime al convicto de consecuencias nocivas y discriminatorias de la privación de libertad, y si se le da la impresión de volver a ser aceptado por la sociedad, según Roxín (1991, p. 19) con ello se hace más por su resocialización, que con una costosa ejecución del tratamiento penitenciario.

Como consecuencia, también existen beneficios para la sociedad, como: evitar los costos en materia de infraestructura de los centros carcelarios y la alimentación, salud, vestimenta y vigilancia de una persona privada de libertad. Finalmente, se suprime el riesgo de desocialización, esto que el procesado adquiera conductas delictivas e incluso que ingrese a bandas criminales afincadas en la prisión.

En conclusión, la suspensión condicional de la pena es cambiar el mero encierro por nuevas formas de sanción, en donde se pone en práctica el principio de mínima intervención penal, dado el carácter aflictivo del encierro por este medio se consiguen respuestas más humanas y se cumple con el anhelo de que la cárcel sea ultima ratio.

1.3 Principio de mínima intervención penal

El principio de mínima intervención penal está ligado con la suspensión de la condena, ya que limita el derecho de punir del Estado y su poder judicial, cuando permite que se sustituya la pena privativa de libertad en delitos menores. Ferrajoli (2005, p. 17) conoce a la mínima intervención penal como la minimización de la violencia de la parte punitiva del Estado, de manera que se dé una protección al más débil, en razón de la víctima o del procesado.

Consecuente a ello, se entiende al principio de mínima intervención penal como el límite a los poderes del Estado para legislar y aplicar la punición en los casos estrictamente necesarios, conforme a su naturaleza de ultima ratio. La repercusión práctica que genera es la obligación de buscar una alternativa diversa al área penal y de no haber la sanción menos dolorosa para la persona procesada.

Ahora bien, en el caso de la legislación ecuatoriana, dicho principio se plasma en la Constitución de 2008 en el artículo 195, se hace mención sobre la responsabilidad de Fiscalía General del Estado en ser quien impulse su labor

en base a la mínima intervención penal. Y, por otro lado, en el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 3 se valida la intervención penal, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales, lo cual permite inferir que debe aplicarse el derecho penal en última instancia.

Es necesario mencionar, que el referido principio, va de la mano con el de proporcionalidad, pues, para Laso (2009, p. 144) por un lado el legislador debe buscar que la sanción sea proporcional, así como los fiscales y jueces deben proponer y atribuir una sanción adecuada al delito, y en ello viene el ejercicio de la sana crítica del juzgador, en aplicar una pena privativa de libertad o de considerar una alternativa a ella. Justo allí se ve el rol de la proporcionalidad según el bien jurídico afectado.

En relación con la suspensión condicional de la pena, el juez deberá en cada caso hacer un ejercicio de razón en base a la sana crítica, que Couture (2010, p. 219) la define como reglas del correcto entendimiento humano en la experiencia y el conocimiento, en lo que respeta a la proporcionalidad y el principio de mínima intervención penal, para aplicar en un caso en concreto una alternativa a la pena carcelaria. Evaluando en sí, que puede ser más efectivo para evitar los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión como tal.

1.4 Derecho a la igualdad

“El derecho de igualdad parte en el nivel de conciencia jurídica de la humanidad, sobre la igual dignidad de toda persona” (Nogueira, 2006, p.62), es decir la igualdad de trato, sin discriminación. La importancia de este derecho ha sobrepasado fronteras a nivel internacional, plasmándose en declaraciones y tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 1 determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así mismo el artículo 7 refiere que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Otro instrumento internacional conocido como el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 3 expresa que los Estados Partes se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos. Ecuador ha ratificado los mencionados tratados y a su vez en la Constitución de la República en el artículo 66, numeral 4 se garantiza y reconoce el derecho a la igualdad material y formal.

1.4.1 Igualdad material

La igualdad material supone una doble dimensión, para Cabrera (1987, p. 31) la primera es concebida como la igualdad como punto de partida, sobre la no discriminación de ninguna persona en el ejercicio de sus derechos en la sociedad de un Estado. Y la segunda, la igualdad como punto de llegada, como consecuencia de las medidas a tomar por los poderes públicos para una vida de trato igualitario y satisfacción de necesidades humanas. Esto quiere decir que los individuos deben ser tratados de manera igualitaria, bajo un mismo parámetro, según sus condiciones y características.

1.4.2 Igualdad formal

La igualdad formal alude a tres nociones básicas: la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley o a través de la ley (Atienza, 2004, p. 173). La primera se refiere al reparto del poder político en una sociedad, en la igualdad en los procesos para elegir quien estará en el poder, y la manera en ser repartido el poder. La segunda refiere que la ley no debe tratar de manera diferente a las personas que se encuentren bajo un mismo sistema jurídico, ya que las normas deben ser generales y aplicarse de la misma forma en casos que demuestren ser iguales. Y la tercera pretende una igualdad garantizada dentro de la ley, de manera que su aplicación produzca los mismos resultados en cuanto a las condiciones de vida de cada ciudadano.

2. CAPITULO II. LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA EN DERECHO COMPARADO Y NORMATIVA ECUATORIANA.

La suspensión condicional de la pena es una figura jurídica que la mayoría de las normativas penales latinoamericanas han adoptado, por ello se realizará un análisis sobre la realidad de cómo se encuentra regulada dicha figura en las legislaciones de los países que conforman la Comunidad Andina, los cuales son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

La razón de ser de la comparación es que la Comunidad Andina es una organización internacional en base a un sistema andino de integración latinoamericana, al que está anexo Ecuador, que, por su ubicación territorial con el resto de las naciones, conlleva a que sean similares en su idiosincrasia y cultura. Además de la tradición jurídica, incluso en los procesos de reforma penal han sido similares, pasaron de sistema predominante inquisitivo y actualmente a un sistema acusatorio oral. Por ello es fundamental analizar cómo se implementa la suspensión de la pena en cada nación, sobre todo cómo radica su acceso, proceso, requisitos a cumplir y restricciones. De estas, la última es la que importa, ya que el comparar con la norma penal de Ecuador permitirá inferir en una diferencia radical que podría limitar derechos fundamentales.

2.1 Balance de legislación de países: instauración de la suspensión condicional de la pena en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú

Es fundamental detallar la legislación penal de las cuatro naciones de la CAN, en lo que respecta a la suspensión de la condena, debido a que el analizar a fondo la figura legal, permite acreditar la similitud de cómo se implementa en los diversos ordenamientos jurídicos. Sobre esta base, el cuadro recoge un análisis de la legislación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú respecto a cuatro elementos que definen a esta figura procesal como tal.

Esta base va a servir para legitimar el estudio comparado que más adelante se tratará específicamente sobre el tema de esta investigación que es la limitación en segunda instancia para acceder a la suspensión condicional de la pena.

Tabla 1.
Elementos esenciales de cada país.

Países	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Nombre de la ley	Código Penal de Bolivia	Código Penal de Colombia Ley 599 de 2000	Código Orgánico Integral Penal	Código Penal del Perú
Artículo que contiene la figura de la suspensión condicional de la pena	En el capítulo IV, el artículo 59 manifiesta que: “El juez, en sentencia motivada y previos los informes necesarios, podrá suspender condicionalmente el cumplimiento y ejecución de la pena, cuando concurren los requisitos”.	En el capítulo III, el artículo 63 establece que: “La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a	En el parágrafo V, el artículo 630 manda que: “La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte en la misma audiencia de juicio o dentro de las veinticuatro	En el capítulo IV, el artículo 57 dice que: “El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan con los requisitos”.

		petición del interesado, siempre que concorra con los requisitos”.	horas posteriores, siempre que concorra con los requisitos”.	
Nombre de la figura jurídica	Suspensión condicional de la pena	Suspensión condicional de la ejecución de la pena	Suspensión condicional de la pena	Suspensión de la ejecución de la pena
Declaración de culpabilidad y de la pena	X	X	X	X
Cumplir con condiciones alternas al suplantar la pena	X	X	X	X
Control judicial ejercido por el juez	X	X	X	X
Sustituir la cárcel	X	X	X	X

La sistematización realizada permite afirmar que la suspensión condicional de la pena está recogida en los cuatro países, de hecho, tanto la naturaleza, objetivos y consecuencia jurídica es la misma. Este estudio demuestra que a pesar de que, cada país nombra de manera distinta a la suspensión de la pena, en el fondo tienen la misma esencia y se trata de la misma figura legal.

Esta realidad legitima todo el estudio posterior, porque, si no fuese la misma institución procesal sería inviable plantear un estudio comparativo. Dado que el resultado de la comparación confirmó la identidad jurídica, a continuación, se analizan aspectos que sin ser esenciales sirven para visualizar el grado de similitud.

A continuación se detallará de manera sintetizada el contenido de cada artículo de la normativa interna de cada país, respecto de cómo maneja el otorgamiento de la suspensión condicional de la pena referente a: requisitos, condiciones, formas de terminación de la pena y la especificación de la instancia procesal para su acceso.

2.1.1 Requisitos

Esta tabla detalla los presupuestos que cada país exige para imponer la suspensión condicional de la pena. En concreto se hace referencia a parámetros referidos de la aptitud del procesado acceder a la figura jurídica, las características de las personas, sus antecedentes penales y el tipo de delito.

Tabla 2.
Comparación de requisitos para acceder a la figura jurídica

Países	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Requisitos				
Amenaza de pena en abstracto	No más de 3 años	No más de 4 años	No más de 5 años	No más de 4 años
No poseer antecedentes penales	X	X	X	X
No aplica para delitos contra integridad sexual y violencia intrafamiliar	-	-	X	X
Deseo de reparación por parte del	X	X	X	X

procesado y manifestación de no volver a reincidir				
Suspender por segunda vez la pena en caso de tratarse de delitos culposos	X	-	-	-

El primer campo evaluado demuestra que, si bien hay diferencias como es lógico entre las legislaciones, estas discrepancias son menores. Por tanto, es justo decir que en este nivel esta figura procesal esta tratada de manera similar en los requisitos y la comparación entre ellas es legítima. En el primer componente A se resalta que Bolivia es el país que aplica esta figura jurídica para delitos con pena privativa de libertad de hasta 3 años, siendo menos laxo en ello el Ecuador, ya que el exige una pena privativa de libertad de hasta 5 años. En el segundo componente todos los países concuerdan en que no deben existir antecedentes penales para que el procesado se beneficie de la suspensión de su pena. En el tercer requisito sólo Ecuador y Perú restringen la aplicación de la referida figura jurídica en delitos que atenten la integridad sexual o violencia intrafamiliar, como una medida de mayor protección a los bienes jurídicos que puedan verse transgredidos. Finalmente, en el cuarto componente la manifestación del procesado debe indicar que no volverá a reincidir en el cometimiento de un delito es característica fundamental que todos los países acogen.

Es importante aclarar como ultimo punto de la tabla, que únicamente Bolivia en el artículo 60 de su norma penal permite por segunda vez suspender la pena carcelaria de un procesado cuando se incurra en un delito culposo, es decir una acción u omisión sin intención de causar daño, lo que lo hace diferente del dolo.

2.2.2 Condiciones

Aquí se detalla las condiciones establecidas en la ley, referidas como las exigencias que impone el juez al sentenciado, como alternativa a la privación de la libertad. Por ejemplo, realizar trabajo comunitario, tratamiento médico o presentación periódica, etc. Esto deberá cumplirse a cabalidad durante el tiempo que decida el juzgador.

Tabla 3.
Condiciones para suspender la pena

Países	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Condiciones				
Comunicar cambio de domicilio	X	X	X	X
Abstención de frecuentar lugares y personas	-	-	X	X
Prohibición de salida del país sin autorización	X	X	X	X
Someter a procedimiento médico y psicológico	-	-	X	X
Trabajo comunitario	X	-	X	X
Someter a programa	-	-	X	X

educativo				
Reparación de daños	-	X	X	X
Presentación periódica	X	X	X	X
No reincidir en juicios penales	X	X	X	X
No ingerir alcohol o drogas	X	-	-	-

El segundo campo evaluado demuestra que, si bien existen más diferencias, las condiciones que establece cada país a cumplir se maneja en base a la tendencia de sanciones que maneje el sistema penal interno. Sin embargo, existe una similitud en la no reincidencia en las siguientes condiciones: comunicación de cambio de domicilio, prohibición de salida del país, reparación de daños causados, presentación periódica y no reincidencia en juicios penales. Por lo que con ello se obtiene un resultado análogo.

2.2.3 Formas de terminación

La tabla a continuación presenta las formas de terminación de la suspensión condicional de la pena, las cuales son: la revocatoria, que consiste en detener el otorgamiento de la suspensión del castigo carcelario, si se llega a incumplir las condiciones impuestas como pena alternativa, el efecto es ejecutar la sentencia privativa de libertad que con anterioridad fue impuesta al condenado. Por otro lado, la extinción es la declaración del fin de la condena alternativa, cuando el inculcado ha cumplido en totalidad la pena alternativa durante el tiempo señalado por el juez. Y El perdón judicial, únicamente opera en Bolivia, en donde el juez puede otorgar esta figura jurídica al autor de un primer delito,

cuya pena privativa de libertad no sea mayor a un año, esto irá de la mano con el análisis de su sana crítica, respecto de si el comportamiento del procesado indica que no volverá a delinquir.

Tabla 4.

Formas de terminación o suspensión de la suspensión condicional de la pena

Países	Bolivia	Colombia	Ecuador	Perú
Formas de terminación				
Revocatoria	X	X	X	X
Extinción	X	X	X	X
Perdón judicial	X	-	-	-

El campo evaluado demuestra que en los cuatro países se cumplen con las formas tradicionales de terminación de la suspensión condicional de la pena y únicamente Bolivia tiene la figura legal del perdón judicial, la cual se detalla en el artículo 64 de su normativa penal interna en donde se establece que el juez puede conceder, excepcionalmente, el perdón judicial al autor de un primer delito cuya sanción no sea mayor a un año, cuando por la levedad especial del hecho y los motivos determinantes, existan muchas probabilidades de que no volverá a delinquir.

En definitiva, la analogía entre requisitos, condiciones y formas de terminación indican que la suspensión condicional de la pena es la misma figura procesal dentro de los cuatro países integrantes de la CAN, que tiene la misma esencia y finalidad cumplir.

2.3 Instancia procesal para acceder a la suspensión condicional de la pena

Una vez que se ha justificado la similitud en las normativas comparadas, en este último apartado se realiza el mismo ejercicio, pero esta vez sobre el problema jurídico de la investigación, esto es: la restricción del acceso a la suspensión condicional de la pena en razón de la instancia.

Tabla 5.
Instancias procesales de acceso

Países Andinos	Ecuador	Colombia	Bolivia	Perú
Especificación de la instancia	X	X	-	-
Restricción de la instancia	Únicamente para primera instancia	X	-	-

Este último cuadro se verifica que sólo Colombia y Ecuador especifican la instancia procesal en la que se puede suspender la pena impuesta en sentencia. Por un lado, si bien Colombia especifica, su normativa permite aplicar la mencionada figura jurídica en cualquier instancia, y ello es lo que revela una diferencia significativa de la instancia en la que debe aplicarse la suspensión de la pena entre los países de la CAN. Esto se da ya que en Ecuador en el artículo 630 del Código Orgánico Integral Penal se restringe textualmente que sólo los procesados que se encuentren en primera instancia pueden solicitar la suspensión condicional de la condena, mientras que en los países restantes es procedente en todas las instancias. El cuestionamiento que surge es el siguiente: ¿Es legítima la traba de que sólo se pueda aplicar la suspensión en primera instancia? La respuesta a esta interrogante es el objetivo del siguiente capítulo.

3. CAPÍTULO III. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS PROCESADOS DE SEGUNDA INSTANCIA EN LA RESTRICCIÓN DE LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA PENA

En este capítulo se da respuesta a la pregunta de investigación: ¿Se vulnera el derecho a la igualdad del procesado al no permitirse la suspensión condicional de la pena en sentencias de segunda instancia?

En primer lugar, se determina la restricción ilegítima de la norma penal ecuatoriana COIP, al ser sometida al test de restricción de derechos, para determinar la legitimidad de la limitación al derecho a la igualdad. En segundo lugar, mediante dos escenarios distintos se muestra las repercusiones a los derechos de los condenados: cuando interponen un recurso de apelación y pierden la oportunidad de solicitar la suspensión de su pena y cuando la contraparte hace uso de este medio de impugnación y él es declarado culpable. Finalmente, se analiza las consecuencias de este trato diverso, respecto al principio de mínima intervención penal para los procesados de segunda instancia, al no tener la oportunidad de una pena alternativa, siendo su única opción la cárcel.

3.1 Trato desigual a los procesados en segunda instancia: test de restricción de derechos

El derecho a la igualdad formal comprende que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan un mismo trato sin divergencias. Ávila (2009, p.784) considera que el derecho constitucional ecuatoriano a partir del año 2008 se ha encargado de garantizar el principio pro persona, para formar un Estado constitucional de derechos. Sin embargo, toda nación tiene sus normas de manera jerarquizada, la constitución siempre como suprema, y las leyes debajo de ella. Ante esto pueden darse contradicciones de derechos que garantiza la norma suprema, pero las normativas inferiores los transgrede.

En el caso de Ecuador, el problema que aborda es la contradicción del derecho a la igualdad, que se restringe en una norma de menor jerarquía que es el Código Orgánico Integral Penal en contra de lo que manda la Constitución. Para ello se realizará un test de razonabilidad sobre restricción de derechos, a fin de resolver si es legítima o no la restricción que está haciendo el COIP en el artículo 630 sobre permitir que sólo los condenados de primera instancia accedan a la suspensión condicional de la pena, dejando en desigualdad a los de segunda instancia, al no permitir que también gocen de los beneficios de la mencionada figura jurídica.

3.1.1 Conceptualización del Test de razonabilidad de restricción de derechos

El test de razonabilidades una herramienta argumentativa, Vázquez (2018, p.7) lo considera como un método que ayuda a aplicar el derecho de los derechos humanos considerando los principios que están detrás del derecho en cuestión y recuperar la razonabilidad como el principal aspecto para decidir un caso, o en una norma que hace una restricción. Este test permite analizar bajo determinadas circunstancias, cuándo un principio prima sobre otro, y cuándo hay una restricción de un principio en una norma.

El test se basa en dos principios, que son el de proporcionalidad y razonabilidad, mismos que aparecieron tanto en el derecho anglosajón como en el europeo continental. En Estados Unidos se genera un mayor desarrollo sobre lo razonable debido a la interpretación y aplicación del derecho anglosajón. Se ha desarrollado un análisis en base al texto con categorías predeterminadas para concluir si las restricciones son legítimas.

En el caso de Europa, Alemania fue quien desarrolló en el derecho europeo continental proveniente del derecho penal, la exigencia de la proporcionalidad de la pena con el delito y la importancia social del bien jurídicamente protegido.

Es por ello que, este principio comenzó a desarrollarse en Alemania y más tarde se emplea la razonabilidad en las demás materias.

La conexión que existe entre la razonabilidad y la proporcionalidad se basa en el control sobre el contenido de una norma, sobre la finalidad de la misma y su relación conforme a la Constitución. Para Sapag (2008, p. 25) dicho control se conoce como exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en las leyes existentes.

Por otro lado, “el hecho de que exista un principio no contiene en sí el estricto deber ser; pero sí indica al menos la dirección en la que debe colarse la norma para no contravenir el valor contenido en el principio” (Zagrebelky, 2003, p. 108). Sin embargo, Roca y Ahumada (2013, p. 22) manifiestan que cuando no se respeta en lo mínimo un principio garantizado en la constitución, se percibe una posible violación a ello. Por lo que la función de este test es resolver conflictos en donde se puede evaluar la jerarquía de los derechos o principios y evaluar la legitimidad de una restricción de los mismos.

Dentro del test de razonabilidad general, existen clasificaciones para cada caso en concreto, por lo que el tipo de test que sirve para analizar restricciones a derechos, cuando hay principios en conflicto son: test de restricción de derechos, test de igualdad y no discriminación y test de prohibición de regresividad. Para el presente estudio se utilizará el test de restricción de derechos enfocado a la igualdad.

3.1.2 Criterios de evaluación que integran el test

Un sistema jurídico se conforma por normas que son principios como la Constitución y por normas que son reglas como el COIP, en la medida que tenemos distintas reglas y principios, pueden haber contradicciones. Cuando dos normas entran en conflicto se puede usar herramientas como la declaración de invalidez o mecanismos de jerarquía, para saber cuál

predomina. Pero para saber si es legítima la restricción se puede realizar un test de restricción de derechos.

Todos los derechos de las personas garantizados en un Estado son susceptibles de regulación y restricciones, sin embargo, las mismas deben ser estrictamente necesarias y se debe demostrar que se aplican para garantizar el bien común, a fin de que su justificación sea válida.

Las restricciones generales de derechos se ven validadas en instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 4, en donde se expresa que los Estados partes en el reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados, podrán ser sometidos a limitaciones determinadas por la ley. Esto sólo en la medida compatible con la naturaleza de estos derechos y con el exclusivo objeto de promover bienestar general en una sociedad democrática. Lo referido concuerda con la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 30, sobre la permisividad de las restricciones, siempre y cuando se dicten por razones de interés general.

Por lo tanto, una restricción es válida cuando se busca proteger al bien común, sin embargo, la problemática jurídica en Ecuador es responder si la limitación de acceso a la suspensión condicional de la pena en segunda instancia es legítima y si no se está transgrediendo el derecho a la igualdad, de los procesados de segunda instancia, al estar inhabilitados de acceder a la figura jurídica sólo por el hecho de haber avanzado de una instancia procesal a otra.

Por lo que realiza se realizará el test de restricción de derechos enfocado a la igualdad, para ultimar si el Ecuador presenta en una de sus normas una regulación ilegítima.

Los criterios a evaluar son:

- Análisis del principio de legalidad.

- Análisis de principio de legitimidad.
- Análisis del principio de necesidad.
- Análisis de la idoneidad.
- Análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto
- Análisis de prohibición de anulación de los derechos

El primer elemento del test es el análisis del principio de legalidad, que responde al requerimiento de que la restricción debe establecerse en una ley. Moncayo (2007, p. 56) entiende que se debe cumplir con los requisitos formales y entre ellos el principal ser obra del poder legislativo.

En el caso ecuatoriano respecto a este primer parámetro no existe ningún problema, ya que la restricción de acceso a la suspensión condicional de la pena, para procesados de segunda instancia, se encuentra plasmada en el COIP en el artículo 630, norma que fue aprobada por el poder legislativo, es decir la Asamblea Nacional, el 10 de febrero de 2014.

El segundo elemento es la legitimidad del objeto de la restricción, así lo denomina la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir que debe mediar una justificación sobre la finalidad por la que fue impuesta. Según Pinto (2004, p. 57) es importante que dicha argumentación deba estar explícita en el texto legislativo, de lo contrario no se puede saber oficialmente cuál es el motivo de la restricción.

Ecuador, no cumple con este segundo requerimiento del test, ya que la restricción realizada no contiene una justificación en el COIP, lo que genera que no se entienda la razón de la limitación a los procesados de segunda instancia. Para que el análisis sea lo más justo posible se hizo el esfuerzo de buscar una posible causa que amerite la restricción y no se encontró, por tanto, para este estudio se trata de una restricción infundada.

El tercer elemento es el principio de necesidad. Este valor ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericano de Derechos Humanos. Para Risso (2009, p. 70) esta parte del test implica que no sólo que el objeto sea legítimo, sino que además exista un requerimiento por parte de una sociedad democrática y el bien común.

La restricción establecida en el COIP respecto al acceso a la suspensión condicional de la pena no puede cumplir con esta exigencia, porque si no existió una justificación, mal puede haber una necesidad, que cumpla con la exigencia de validez.

El cuarto elemento se basa en la idoneidad, es decir una relación causal entre la restricción y el fin buscado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos denomina esta exigencia como “adecuación de la restricción”. Establece que debe cumplir con cuatro características: adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido. Por otro lado, la Corte Constitucional Colombiana manifiesta que los criterios de idoneidad y necesidad deben ser evaluados respecto de su aplicación, por ello Nash (2009, p. 41) piensa que se debe comprobar si la restricción de un derecho fue el único medio para conseguir el objetivo buscado y no hay mecanismos alternativos.

La limitación establecida por el Estado ecuatoriano es ilícita porque al no ser posible determinar cuál es el fin que persigue este límite al acceso, mal puede hacerse el ejercicio de verificar si es que hay alguna alternativa que permita alcanzar el objetivo deseado. De hecho, no hay que olvidar que el estudio comparado todos los restantes países de la CAN, no tienen restricción alguna.

Un quinto elemento es la proporcionalidad en estricto sentido. Esta exigencia supone que la restricción no sólo logre el objeto, sino que lo consiga con la menor afectación posible en el goce o ejercicio del derecho restringido. La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado frente al requisito de estricta proporcionalidad en el sentido de que, a mayor afectación del derecho

sacrificado, más significativa deberá ser la satisfacción del interés jurídico que se ha privilegiado. Para Covarrubias (2012, pág. 452) esta concepción puede ser resumida en la siguiente forma: a mayor afectación de A, debe lograrse más de B.

La legislación ecuatoriana también incumple este requerimiento, porque al no haber satisfecho las tres exigencias anteriores, no hay forma de que sea válida la restricción establecida por el COIP desde este nuevo punto de vista. De hecho, la menor limitación posible, esto es la eliminación de este trato desigual, es plenamente factible.

Un sexto y último criterio es que la restricción no se convierta en una anulación del derecho, que se respeten los contenidos esenciales de los derechos. La restricción nunca puede ser tal que prácticamente se anule todo el derecho pues Dulitzky (2004), afirma que “toda limitación permisible a los derechos jamás implica una negación total del derecho” (pág. 107)

Éste es el límite más fuerte de la restricción, ya que puede haber limitaciones, pero estos no pueden traspasar el contenido básico que tiene un derecho, sin embargo, Ecuador sobrepasa el límite ya que se anula por completo el derecho a igualdad de acceso a la suspensión de la pena a los procesados de segunda instancia, y con ello está desmereciendo a la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

En conclusión, tras haber sometido el artículo 630 del COIP, al test de restricción de derechos, se demuestra que se incumple con cada criterio de evaluación a excepción del primero, más los cinco restantes son contravenidos, lo que da como resultado que la limitación de la norma ecuatoriana es ilegítima. Por lo tanto, cuando la disminución de un derecho no es válida, al tratarse de una mengua de los derechos del ser humano, esta restricción pasa a ser inconstitucional. En este caso se da la transgresión a la igualdad, ya que no se llegó a justificar porque Ecuador da un trato a procesados de primera instancia, diferente a los de segunda en un proceso penal.

3.2 Violación del derecho a la igualdad formal y material

En el Ecuador la Constitución garantiza en el artículo 66, numeral 4, el derecho a la igualdad formal y material. Por un lado, la igualdad material concibe que los individuos deben ser tratados de manera igualitaria, bajo un mismo parámetro, según sus condiciones y características. Por lo que, los procesados de segunda instancia no tienen una condición distinta en su persona como para dar un trato distintivo, en donde se le niegue la posibilidad de suspender su pena. No tiene características sustanciales por las que la ley deba adoptar un trato desigual frente a los de primera instancia. Distinto es el caso personas del grupo de atención prioritaria según la Constitución en el artículo 35, las mujeres en estado de gestación no podrán ser privadas de libertad en un centro carcelario, esta diferencia frente al resto de procesados es válida de dar un trato diferente porque su condición lo vale. Por lo tanto se incumple con la igualdad material en el artículo 630 del COIP, ya que no hay codición diferente entre los procesados de primera con los de segunda instancia, como para negarles a este último grupo de personas el beneficio de suspender su pena.

Por otro lado, en lo que respecta a la igualdad formal, reconoce que todos los ciudadanos deben estar sometidos a las mismas normas, con un *carácter erga omnes*, en razón de que todos deben ser iguales ante la ley. Según Fernández (2003, p. 58) la igualdad formal implica que la norma debe tener un carácter general, ya que no se aplica sólo a uno de manera individual, sino que va dirigida a la totalidad de sujetos o al menos aquellos que tienen determinadas características comunes. De esta manera se evita tratos discriminatorios, donde se debe cuidar cómo el mandato se dirige a una sociedad y que todas.

Con los fundamentos mencionados, en el caso de Ecuador se evidencia que el poder legislativo crea un mandato de excepción en la redacción artículo 630 del COIP: “La ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en sentencia de primera instancia, se podrá suspender a petición de parte”, ya que, fragmenta la generalidad de la igualdad formal, ya que la norma está dirigida a un grupo

específico de personas que son los procesados de primera instancia, dejando de lado al resto.

El marco legal restringió el acceso a la suspensión condicional de la pena para los procesados de segunda instancia. El punto de debate está en si esta limitación es o no legítima, debido a que como es lógico hay ciertas características personales que demandan una obligación especial, por ejemplo, el ser funcionario público acarrea ciertas responsabilidades que un actor privado no las tiene.

La pregunta entonces, consiste en ¿Existe una razón para impedir que los funcionarios de segunda instancia accedan a esta vía procesal?. Como ya se demostró en el apartado anterior, la ley nunca encontró un motivo y además se dejó constancia que, a pesar de hacer el esfuerzo, no se encontró razón alguna. Ésta es la razón por la que en este estudio se sostiene que hubo una violación al derecho a la igualdad.

3.3 El acceso a la suspensión condicional de la pena en segunda instancia: restricción de derechos fruto de la interposición de un recurso de apelación

Dentro de las etapas procesales el COIP, el artículo 589 precisa que toda causa penal en proceso ordinario cumple con: instrucción fiscal, evaluatoria y preparatoria de juicio y etapa final de juicio. Es así, que, dentro de la última fase en la audiencia de juicio, luego del alegato inicial, práctica de pruebas, y alegato final de las partes procesales, el juez manifestará la decisión judicial respecto del caso en concreto de manera oral, y luego de manera escrita con la motivación completa a modo de sentencia, de la cual las partes podrán apelar dicha resolución (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art 619).

Esto quiere decir que la etapa de juicio proyecta tres escenarios frente a la suspensión condicional de la pena. El primero no genera problema alguno ya

que en el caso de que, si una persona es procesada en primera instancia y es declarada culpable, podrá suspender su pena privativa de libertad por una alternativa, si cumple con los requisitos que exige la norma. Para ello en la misma audiencia de juicio seguido de la decisión oral del juez, deberá el procesado solicitar la aplicación de la figura jurídica mencionada, para que se señale nuevo día y hora a fin verificar si es oportuno o no conceder la suspensión. Sin embargo, el problema surge en los siguientes escenarios:

Segundo escenario, se presenta en caso de que un individuo sea procesado en primera instancia, y sea declarado culpable, el procesado tiene la potestad de apelar dicha resolución, así lo faculta el COIP, en los artículos 653 y 654. Así también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 inciso 5, establece que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley". Lo que la facultad de apelar.

Sin embargo, el punto de quiebre surge cuando en segunda instancia, es decir la Corte Provincial conozca dicho recurso de apelación, ya que es su competencia según el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, si admite a trámite el proceso, y en audiencia ratifica la culpabilidad del recurrente, es decir el procesado, pierde su posibilidad de acogerse a la suspensión condicional de la pena.

Para Maggio (2015, p.4) esto se genera porque en primera instancia el condenado no decide suspender su pena, sino apelar la sentencia para obtener una doble examinación de la misma, en virtud de la garantía consagrada en el artículo 8.2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho del imputado a obtener una revisión del fallo, garantía que se denomina "doble conforme. Y, por hacer valer la garantía mencionada, al haber avanzado a segunda instancia, pierde la oportunidad de suspender condicionalmente su pena, ya que la literalidad de la norma en el COIP, es que sólo los procesados de primera instancia pueden beneficiarse de ello.

Esto deja a reflexión que de manera indirecta, se esta limitando al procesado a que decida apelar la condena impuesta y recurrir a segunda instancia, a fin de verificar y revisar el fallo en donde se establece su culpabilidad. Pues, aunque es su derecho el acudir al tribunal de alzada, si lo hace puede verse en riesgo su acceso a la suspensión de la condena. Pues, aunque cumpla con los requisitos y sea idóneo para acceder a esta figura legal, el procesado de segunda instancia pierde su oportunidad sólo por el hecho de haber apleado.

Esto genera un trato desigual a los procesados, aún siendo la misma persona, sólo por el hecho de avanzar de primera a segunda instancia se da un trato distinto sin justificación ya que su condición no ha cambiado, lo único que se altera es la instancia procesal.

Finalmente, el tercer escenario se presenta cuando el procesado es declarado inocente en primera instancia, pero la contraparte en desacuerdo con el fallo decide interponer un recurso de apelación. Torres (2010, p. 148) lo define como el acto de recurrir al tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia desfavorable dada por el inferior. En el caso planteado cuando el tribunal de alzada acepta a trámite la apelación y resuelve declarar culpable al procesado, impondrá la pena carcelaria correspondiente, según el caso concreto. En esta circunstancia pese a que el procesado aún si cumpliera con los requisitos para suspender la condena impuesta, la norma procesal establecida en el artículo 630 del COIP, no le faculta hacerlo en segunda instancia. He aquí el problema, debido a la acción de un tercero que interpuso el recurso vertical, que elevó el proceso a una instancia superior, donde el procesado pierde nuevamente como en el segundo caso arriba planteado, la posibilidad de beneficiarse de la referida figura procesal.

De estos dos últimos escenarios se puede inferir que la norma ecuatoriana vulnera el derecho a la igualdad formal de los procesados de segunda instancia, por el único hecho de avanzar de una instancia procesal a otra. Esta oposición a la igualdad no tiene justificación, porque no altera el proceso penal,

no afecta a la víctima, pero sobre todo no tiene una finalidad en el bien común de la sociedad, como para hacer una restricción de tal magnitud, causando la violación al principio avalado en tratados internacionales y en la norma suprema.

3.4.- Vulneración del principio de mínima intervención penal

Para complementar este estudio se decidió destacar una consecuencia directa de la violación del derecho a la igualdad formal, en este supuesto concreto. El trato discriminatorio, al momento de acceder a la suspensión condicional de la pena, repercute de manera directa en el principio de mínima intervención penal.

Según Baratta (2004, p. 304) este mandato político criminal conlleva que el Estado debe privilegiar siempre que sea posible las medidas no privativas de la libertad, antes que la cárcel. En Ecuador en la normativa del COIP valida la aplicación del derecho de punir de última ratio, en la suspensión condicional de la pena se cumple parcialmente este principio, ya que se sólo es aplicable para los procesados de primera instancia. Sin embargo, el momento en que el artículo 630 de COIP restringió el acceso de una de las vías de materialización de este principio, afectó el derecho de las personas condenadas en segunda instancia a poder acceder a un trato menos gravoso.

Desde el punto de vista práctico, la violación al derecho a la igualdad repercute sobre el principio de mínima intervención penal, y a su vez termina por incidir sobre el derecho a la libertad personal. Debido a que, a pesar de existir una alternativa viable, ya que la persona puede cumplir con todos los requisitos, se obliga a los jueces a imponer necesariamente la pena de encierro en segunda instancia.

4. CONCLUSIONES

Esta investigación demuestra que, al no permitir el acceso a la suspensión condicional de la pena a los procesados de segunda instancia, se vulnera el derecho a la igualdad. Debido a que este trato discriminatorio, no se halla justificado en la norma y a pesar de haberse buscado una razón que justifique la restricción, no se ha encontrado ninguna finalidad legítima que la sustente.

No se efectúa ni con el principio de mínima intervención penal, ni con la opción de acceder a las alternativas de la pena privativa de libertad, en los casos en que el procesado de segunda instancia solicite suspender su pena. En consecuencia, de ello, se termina exponiendo al imputado a un entorno delincencial carcelario, por delitos que no sean de conmoción social.

La suspensión condicional de la pena es una figura jurídica que recompensa a los procesados no reincidentes y que no hayan cometido delitos de alta conmoción social, con el fin de suplantar la privación de libertad que es desocializadora, por una alternativa que no lo exponga con el entorno delincencial penitenciario. Incluso presenta beneficios para la sociedad como evitar el hacinamiento penitenciario.

La suspensión condicional de la pena es una garantía en los ordenamientos jurídicos, para cumplir con el principio de mínima intervención penal, ya que, al dar una pena alternativa sobre la cárcel, deja la privación de libertad de *última ratio*.

Los países integrantes de la Comunidad Andina (CAN) que son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, al ser vecinos presentan una similar cultura e idiosincrasia. Esto genera que tengan una tradición jurídica análoga, incluso en los procesos de reforma penal. El hallazgo fundamental es que la institución jurídica de la suspensión condicional de la pena legislada en todos los países de este bloque económico es la misma y que su regulación es muy similar. Por dicho motivo, el análisis comparativo es válido y otorga un referente justo para valorar el problema en estudio.

El estudio demostró que: el Ecuador es el único país que introduce una limitación para los procesados de segunda instancia respecto al acceso de la suspensión condicional de la pena. Por tanto, se trata de una anomalía propia de la legislación nacional.

El empleo del test de razonabilidad y restricción de derechos demostró que el Ecuador hace una limitación ilegítima al principio de igualdad, pues niega la oportunidad que tienen los procesados de suspender la pena, por el solo hecho de que el caso haya subido a segunda instancia. En concreto se demuestra que no existe una justificación de la mencionada limitación y con ello se caen en cascada los criterios de evaluación de: necesidad, idoneidad, proporcionalidad y prohibición de anular derechos.

La norma ecuatoriana transgrede el derecho a la igualdad material, ya que los procesados de segunda instancia no muestran una condición personal distinta a los de primera, para dar un trato desigual. Así también se vulnera la igualdad formal, ya que la suspensión condicional de la pena es redactada sólo para el acceso en primera instancia, lo que hace que un grupo de personas que cambien de instancia procesal no participen de dicho beneficio. Por lo tanto, no se cumple el mandato de que todos sean iguales ante la ley.

El estudio demostró que la limitación de que las personas condenadas en segunda instancia accedan a una pena alternativa cuando han apelado, sólo se entiende como un castigo, porque no existe ninguna otra razón válida. El problema radica en que, si la apelación es parte del derecho a la defensa, el Estado no puede sancionar a una persona por hacer uso de esta facultad. De manera adicional revelo que incluso hay personas que se ven afectadas por actos de terceros, por ejemplo, en el caso en que fue declarado inocente en primera instancia, y se le condena en la siguiente, resulta que él condenado no ha ejecutado acto alguno y sin embargo sus derechos se ven menoscabados.

Una consecuencia de la trasgresión al derecho a la igualdad es que se incumpla el principio de mínima intervención penal para los procesados de

segunda instancia. Debido a que sólo los procesados de primera instancia pueden acceder a penas alternativas a la cárcel, mientras que, para los procesados de segunda instancia, la cárcel es la única opción.

REFERENCIAS

- Atienza, M. (2004). *El sentido del derecho*. Madrid: Ariel.
- Ávila, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 775- 793. Recuperado el 15 de mayo de 2019 de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr43.pdf>
- Baratta, A. (2004). *Principios del derecho penal mínimo*. Buenos Aires: B de F.
- Becaria, C. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta.
- Bustos, J. (1995). *Prevención y teoría de la pena*. Santiago de Chile: Conosur.
- Cabrera, C. (1987). Reflexiones sobre la igualdad material. *Anuario de filosofía del derecho*, 31-42. Recuperado el 2 de junio de 2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142131>
- Carrara, F. (2000). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis.
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho*. Montevideo: Thomson Reuters Puntolex.
- Covarrubias, I. (2012). La desproporción del test de razonabilidad. *Revista Chilena de Derecho*, 2- 39. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000200009
- Dulitzky, A. (2004). Alcance de las obligaciones internacionales. *Derecho Internacional de los derechos humano*, 79- 117. Recuperado el 28 de mayo de 2019 de <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/16-Obligaciones-Intls-DDHH.pdf>
- Durán, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional. *Revista de Derecho Valdivia*, 275- 295. Recuperado el 4 de abril de 2019 de <https://www.redalyc.org/pdf/1737/173746326013.pdf>
- Española, L. R. (2001). *Diccionario de la lengua Española*. Espasa.
- Fernandez, E. (2003). *Igualdad y Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

- Ferrajoli, L. (2005). Derecho penal mínimo. *Módulo de lecturas- Cátedra de criminología*, 25-47.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Jimenez, H. (1984). La prevención especial en la teoría de la pena. *Revista Académica EAFIT*, 151. Recuperado el 18 de abril de 2019 de <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4402>
- Laso, J. (2009). Lógica y sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*, 143-164. Recuperado el 24 de junio de 2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372009000100007
- Liszt, F. V. (1991). *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus.
- Maggio, F. (2015). *La distinción entre el derecho a la doble instancia y el doble conforme*. Córdoba: LLNOA.
- Melgosa, E. (2008). Código de Hammurabi. *Lo Canyeret Revista del Colegio de Abogados de Lleida*, 15-20. Recuperado el 20 de abril de 2019 de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/oacute-digo-hammurabi-50053413>
- Moncayo, G. (2007). *Suspensión y restricción de derechos y garantías constitucionales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Nash, C. (2009). *El sistema interamericano de derechos humanos*. México: Porrúa.
- Nogueira, H. (2006). Derecho de igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte Chile*, 61-100. Recuperado el 20 de abril de 2019 de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/14084.pdf>
- Código Orgánico Integral Penal.(2014). Registro Oficial 180, Suplmento, de 10 de febrero de 2014.
- Código Penal de Bolivia.(2010). Ley N° 045 de 8 de octubre de 2010.
- Código Penal de Colombia.(2000). Diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.

- Código Penal del Perú.(2000). Decreto legislativo N° 635 del 23 de diciembre de 2010
- Constitución de la República. (2008). Registro Oficial 449, Suplemento, de 20 de octubre de 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado de <http://www.tce.gob.ec/jml/bajar/CONVENCION%20AMERICANA%20Sobre%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Pinto, M. (2004). *Criterios de hermeneútica y pautas para a regulación de los derechos humanos*. Buenos Aires: CELS.
- Pozo, H. (2000). Alternativas a la pena. *Revista de la Comisión redactora del Código Penal tipo Iberoamericano*, 124 - 138.
- Puig, S. M. (1986). *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Santiago de Chile: Conosur.
- Quiroga, J. L. (2002). *Consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: PG.
- Risso, M. (2009). Desafíos del Estado de derecho. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 50-129. Recuperado el 4 de junio de 2019 de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=82d43ab4-0415-e530-56b2-ab1cb4607b0f&groupId=252038
- Roca, E., & Ahumada, Á. (2013). *Principios de razonabilidad y proporcionalidad en a jurisprudencia constitucion española*. Madrid: Portuga. Recuperado el 27 de abril de 2019 de <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/03sep14sentencia.pdf>
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus.
- Roxin, C. (1991). *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*. Alemania: CGP.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado. *Dikaion*, 157

- <https://www.redalyc.org/pdf/720/72011607008.pdf>- 157. Recuperado el 5 de junio de 2019 de
- Téllez, A. (2005). *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid: Edisofer.
- Torres, R. A. (2010). El recurso de apelación en materia penal. *Iuris dictio*, 147-142. Recuperado el 4 de junio de 2019 de https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/El-reurso-de-apelacion-en-material-penal.pdf
- Vallejo, M. J. (2003). *Suspensión y libertad condicional: dos formas de inejecución de la pena privativa de libertad*. Bogotá: UEC.
- Vázquez, D. (2018). Test de razonabilidad y derechos humanos. *Instituto de investigaciones jurídicas*, 4- 191. Recuperado el 7 de junio de 2019 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4254/15.pdf>
- Villa, J. (1998). *Derecho Penal parte general*. Lima: San Marcos.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal*. Madrid: IBdeF.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. Recuperado el 10 de junio de 2019 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552005000100073

