



FACULTAD DE DERECHO

**LA PENA NATURAL: CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE CARÁCTER
TRASCENDENTAL PARA PERMITIR LA GRADUACIÓN DE LA PENA.
(PROPUESTA INICIAL - ÁMBITO DEL TRÁNSITO)**

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 DEL
ECUADOR**

Profesora Guía
Doctora Alicia Arias Salgado

Autora
María Amelia Espinosa Cordero

2012

DECLARACIÓN DE LA PROFESORA GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Doctora Alicia Arias Salgado

Doctora en Jurisprudencia

170718238-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DE LA 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”.

María Amelia Espinosa Cordero

170997866-0

AGRADECIMIENTO

A José Gabriel, por habérmelo dado todo, y mucho más. El sol salió el 30 de enero de 2008.

DEDICATORIA

¡Feliz cumpleaños, amado!

Para Jorge Luis Borges una dedicatoria es “el modo más grato y más sensible de pronunciar un nombre”: *Alfredo*; y en él, el de quienes llovieron, solearon, marchitaron, nacieron, gimieron, amaron, desgarraron sueños y germinaron magnolias conmigo.

A mamá y papá, porque el camino de regreso siempre me llevará a casa; y este *pie de éxito* es una forma de retornar.

Al azar de tus ojos, en que se pierde mi suerte.

RESUMEN

En el Ecuador del siglo XXI, el sistema de justicia adolece de un sinnúmero de limitaciones y carencias, de entre las cuales la más grave es la falta de producción de propuestas para la evolución e incorporación de alternativas a una estructura judicial anacrónica, rígida y burocrática, en que hay poco espacio para debates profundos en materia de aplicación de derechos. Sin embargo, la Constitución de la República, del año 2008, y el nuevo marco legal derivado, dan un salto en la comprensión misma del Estado constitucional de derechos y justicia y el planteamiento de la sociedad del “buen vivir”, cuyos alcances son, más que normativos, de filosofía de la convivencia. En esta coyuntura, el objetivo de la investigación que se presenta es demostrar la validez de la “pena natural” como institución jurídica para evitar la imposición de la pena privativa de libertad o permitir su graduación, en el campo del tránsito. El análisis de la argumentación teórica de diversas corrientes del derecho, la síntesis del acto punitivo en su evolución histórica, la referencia al alcance ontológico de la “pena natural”, y la sustentación de la posibilidad de su aplicación en delitos cometidos culposamente permiten una estructura que visualiza la problemática del derecho penal y los inconvenientes y limitaciones de la aplicación de la pena, derivando en la prueba de coherencia de lo propuesto, dentro de un marco contemporáneo de evolución jurídica.

ABSTRACT

In the Ecuador of the 21st century, the legal system suffers from many failures and limitations, being the most serious the lack of projects to evolve and include alternatives to the anachronistic, rigid and bureaucratic legislation, in which does not exist much room for the discussion of legal application. Nonetheless, the Constitution of 2008 and the new legal framework have made a huge leap on the understanding of a Constitutional State of Rights and a welfare society which stem from a philosophy of coexistence.

According to this juncture, the main objective of the following research is to prove the validity of the “natural punishment” (*poena naturalis*) as an instrument to avoid custodial sentence imposing incarceration punishments for negligent offences, especially negligent driving offences. The analysis of theoretical arguments of different legal trends, guilty act throughout its historical evolution, ontology of the “natural punishment”, and the possibility of its application on negligent offences, allow visualizing the problem of criminal law and the inconveniences and limitations of the punishment, reaching to a logical proof according to a contemporary frame of legal evolution.

ÍNDICE

Introducción	1
1. ESTADO, DERECHO Y DERECHO PENAL	5
1.1 Estado, derecho y norma penal	5
1.1.1 El Estado	5
1.1.2 El derecho penal	7
1.1.3 La norma jurídica penal	8
1.2. El sistema penal	9
1.2.1 Función motivadora	9
1.2.2 Función de protección	11
1.2.3 La imputación como base del sistema penal	12
1.3 Principios constitucionales en materia penal	14
1.3.1 Acceso a la justicia	15
1.3.2 Debido proceso	18
1.3.3 Derecho a la defensa	20
1.3.4 Motivación	22
1.4 Límites al poder punitivo estatal	25
1.4.1 Principio de legalidad	25
1.4.2 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	28
1.4.3 Principio de intervención mínima	29
1.4.4 Principio de culpabilidad	30
2. CRIMINALIDAD Y PENA	34
2.1 La política criminal estatal	34
2.2 Teorías de la pena	36
2.2.1 Teorías de la prevención general	37
2.2.1.1 Prevención general negativa	38

2.2.1.2	Prevención general positiva	39
2.2.2	Teorías de la prevención especial o de la justicia retributiva	41
2.2.2.1	Prevención especial positiva o retribucionismo	42
2.2.2.2	Prevención especial negativa	43
2.3	Argumentación de la pena	44
2.3.1	Argumentación negativa de la pena	44
2.3.1.1	Minimalismo penal	45
2.3.1.2	Abolicionismo penal	46
2.3.2	Argumentación filosófica de la pena	47
2.4	Determinación de la pena	53
3.	LA PRISIÓN EN EL SISTEMA PENAL	57
3.1	La pena privativa de libertad	57
3.1.1	Orígenes	57
3.1.2	Funciones de la pena privativa de libertad	60
3.1.3	Sentido político criminal de la pena de privación de libertad	61
3.1.4	Efectos de la prisión en el recluso	63
3.1.5	Alternativas procesales y alternativas a la privación de libertad	67
3.5.1.2	Procedimientos simplificados	68
3.5.1.2	Medidas o penas no privativas de libertad	69
4.	TRÁNSITO Y PENA NATURAL	71
4.1	La culpabilidad	71
4.1.1	Clasificación de los delitos culposos	74
4.1.2	Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad	77
4.2	Significado de la “pena natural”	78
4.3	El tránsito en la legislación ecuatoriana	84
4.3.1	Los delitos de tránsito	85
4.3.2	La culpabilidad en los delitos de tránsito	87

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	90
5.1 Conclusiones	90
5.1.1 Positivización de la propuesta en la legislación nacional	90
5.1.1.1 Ámbito constitucional	92
5.1.1.2 Ámbito Penal	92
5.1.1.3 Ámbito especial	92
5.1.1.4 Ámbito de ejecución	94
5.2 Recomendaciones	94
5.2.1 Positivización del concepto “pena natural” y su valoración en la legislación penal	94
5.2.2. Positivización del concepto “pena natural”	96
5.2.3 La pena natural, circunstancia atenuante	97
5.2.4 Penas comunes a los delitos culposos	98
5.2.5 Pericias accidentológicas	99
5.2.6 La fase de ejecución penal	101
BIBLIOGRAFÍA	102

INTRODUCCIÓN

En el curso de los últimos años, el Estado como institución ha sido objeto de innumerables críticas; el ser humano empieza a cuestionar sus instituciones, los discursos del poder y sus medios de justificación. Estas críticas, al margen de la intelectualidad, conforman un saber general, local, a veces ignorado y otras descalificado; se desarrollan a partir de lo que se conoce como “retornos del saber”, en que los conocimientos se recuperan de contenidos históricos sepultados dentro de sistemas formales. Una vez integrados con los contenidos del conocimiento teórico y especializado, surge una nueva fórmula que permite cuestionar la historia y el discurso histórico como prácticas de legitimación del poder. En la sociedad occidental medieval el pensamiento jurídico se elaboró en torno al poder del rey, para servirle de instrumento o justificación; en adelante, el poder se organiza en torno a la soberanía y busca fijar en ella su legitimidad, sea para justificar el poder monárquico, sea para justificar los límites del poder del pueblo. El derecho ha sido funcional para la disolución de la dominación histórica como hecho base estructural del poder, modificándola en derechos legítimos de soberanía y la simultánea obligación legal de obediencia. El derecho se torna en un instrumento de manejo de las relaciones sociales a través de instituciones, aparatos y reglas que permiten su aplicación. En la obra de Michel Foucault, “Genealogía del racismo”, la memoria bruta de los enfrentamientos y el descubrimiento minucioso de las luchas se denominan “genealogías”, y permiten la creación de un saber histórico utilizado en los medios de análisis del poder actuales, permitiendo un acercamiento a las razones, mecanismos, efectos, relaciones y disposición del poder dentro de la sociedad. El poder es visto desde dos ángulos: como un derecho o bien adquirido a través de una operación jurídica dentro del intercambio contractual, o como una forma de mantenimiento de las relaciones de producción y del dominio de clases, que es posible gracias a la apropiación de las fuerzas productivas. En el primer caso, el poder encuentra su modelo formal en la circulación de los bienes; en el segundo, su razón histórica es la forma de acumulación de capital. El poder puede así analizarse como un medio directo de represión y como despliegue de relaciones de fuerza. Al insertarse las relaciones de poder dentro de relaciones de fuerza acontece la guerra, y cualquier decisión

definitiva queda supeditada a la “última batalla”. La política es considerada como la guerra continua, y, junto con otros medios, el crecimiento y desarrollo estatal, las instituciones y prácticas de guerra se han ido concentrando en manos del poder central, de tal modo que actualmente sólo el Estado es capaz de emprender la “batalla” y controlar los “medios de pelea”. Contrariamente a lo que se piensa, el poder político no surge a raíz del cese de la guerra, ni la ley nace de la naturaleza: el poder político surge con la guerra y la ley nace de la rivalidad. En la guerra se instituye el orden. Las reglas del derecho que delimitan formalmente el poder, junto con los efectos de verdad que el poder genera y transmite, y que a su vez lo reproducen, crean un triángulo entre “verdad”, “derecho” y “poder”. Entre los siglos XVII y XVIII la mecánica general del poder, a través de la monarquía, es sustituida por una mecánica que busca sacar de los cuerpos tiempo y trabajo, a través de la vigilancia y el control: este es el poder disciplinario. Sin embargo, la soberanía subsiste, como un instrumento crítico que ha permitido “sobreponer” a los mecanismos disciplinarios un sistema de derecho mediante el que el Estado garantiza el ejercicio de derechos al pueblo. Su discurso es normativo, el código definido no es el de la legislación, sino el de la validación normativa, y ello, naturalmente, permite la subyugación del ciudadano y la unidad del poder fundacional, de las que emergen relaciones de dominación. Michel Foucault transcribe un conflicto permanente entre dos razas; hay un discurso biológico a través del cual surgen principios de segregación, eliminación y regulación social, y hay un discurso que entiende la guerra como la lucha constante entre clases. La autoridad política resulta de la violencia y dominación impuestas por los vencedores a los vencidos; la soberanía asentada en el derecho y ejercida en paz es una invención que consolida y renueva la apropiación ilegítima con que estos se hacen del poder. Hacia mediados del siglo XIX aparece en Alemania el concepto de “Estado policial”; se refleja en la noción de orden, amparada en el control social ejercido por la policía; este control permite la supresión de libertades civiles y justifica la existencia de órganos secretos. Para legitimarlo se utiliza el concepto del “enemigo”, presentado como una amenaza que debe ser combatida, en función del bien común. La necesidad del capitalismo, de desenvolverse dentro de sistemas políticos estables, presenta un nuevo rostro del fascismo, en el cual se conservan elementos de la institucionalidad democrática —una Constitución, partidos

políticos, división de poderes, etc.— pero que adopta elementos totalitarios —existencia de leyes arbitrarias, excesivo control social, afanes de expansión, manejo de medios de comunicación—. En el ámbito penal, el Estado policial y su poder se reflejan sin ninguna máscara, tras una moral amparada en la justicia: se condena a una persona o grupo social como causante de los peores males sociales, lo que explica y justifica la necesidad de represión: ¿Qué es lo que vuelve tolerable la presencia de la policía y su control, sino el miedo a la delincuencia? Penalmente, la coerción estatal se manifiesta en el encierro, cuya formulación inicial y mítica es el peor y más cruel de los castigos. Al enmarcar la presente investigación en una de tantas materias penales, el tránsito, se revela un sistema criminalizador, que sobrepasa los derechos humanos, los principios de presunción de inocencia, intermediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos; en definitiva, un sistema destinado a perseguir y castigar. En el Ecuador del siglo XXI, el sistema de justicia adolece de un sinnúmero de limitaciones y carencias pero la más grave es la falta de producción de propuestas para la evolución e incorporación de alternativas a una estructura judicial anacrónica, rígida y burocrática, en que hay poco espacio para debates profundos en materia de aplicación de derecho. Sin embargo, la Constitución de la República, del año 2008, y el nuevo marco legal derivado, dan un salto en la comprensión misma del Estado de Derecho y surge el planteamiento de la sociedad del “buen vivir”, cuyos alcances son, más que normativos, de filosofía de la convivencia. Con fecha 7 de mayo de 2011, el Ecuador vivió un doble proceso electoral, de referendo y de consulta popular; uno de los objetivos planteados era de reestructurar la justicia y modernizar todo el sistema, incluidos los procedimientos y enfoques de las causas. Esta reforma del sistema judicial exige un sistema de administración de justicia transparente, ágil y eficiente. La "pena natural" es, por ejemplo, una alternativa muy poco trabajada en el ámbito de lo jurídico en el mundo en general y en el Ecuador específicamente. Constituye el reconocimiento de las posibilidades de redención del individuo infractor ante la víctima y de su reconciliación con la colectividad. En la sociedad occidental contemporánea, por múltiples factores asociados con la seguridad, ante novísimas amenazas —terrorismo, tráfico de drogas, crimen organizado, etcétera—, y por la conformación de poderes

supraestatales de control universal, se tiende al fortalecimiento del Estado policial y del poder punitivo estatal, y se llega, incluso, a criminalizar la acción social y la acción política. En este contexto, la "pena natural", como alternativa a la privación de libertad, polariza los criterios jurídicos y políticos y confronta el derecho con la filosofía, al cuestionar el valor de las estructuras de punición de la sociedad en su doble rol de víctima / victimario, frente al individuo infractor como sujeto de derechos. Así, la autora de esta investigación considera de particular importancia abrir la reflexión y el debate a fin de proponer una fórmula de evolución al tratamiento del hecho punible. En esta coyuntura, la presente investigación propone la conceptualización de la "pena natural" y su valoración en los procesos relativos a los delitos de tránsito cometidos imprudente o negligentemente, respondiendo a la siguiente interrogante: ¿Qué tipo de seguridad jurídica se requiere, la que surge de un Estado represor, o la que nace de un Estado que privilegia el respeto al ser humano y a sus condiciones esenciales de vida?

CAPÍTULO I

ESTADO, DERECHO Y DERECHO PENAL

1.1 Estado, derecho y norma penal

1.1.1 El Estado

El Estado, grupo territorial duradero, comunitario y delimitado, se erige sobre una población heterogénea con sentido de autopertenencia. Institucionalizado en una organización eminentemente burocrática, coherente y jerarquizada, desarrolla una gobernación guiada simultáneamente por ideas de seguridad y de prosperidad. (Zafra Valverde, 1990, p. 74). La organización estatal contempla una ideología, representada a través del conjunto de ideas que caracteriza el pensamiento de la colectividad, y que es sustento y justificación de su sistema jurídico; un sistema normativo, que es el derecho, y una institucionalidad, que es la estructura de aplicación del derecho. La ideología genera derecho, el derecho crea órganos, y los órganos reproducen dicha ideología y crean normas; los tres elementos interactúan entre sí. (Ávila Santamaría, 2008, pp. 16-18).

El Estado es la condición de moralidad en la interdependencia social; la política hace posible la unidad de la moralidad, esto es, de los niveles normativos y empíricos del derecho. Su concepto racional, cuyos principios generales están legitimados, atiende a la libertad exterior del ser humano, a su convivencia, a su autonomía en su desenvolvimiento, conforme a su propio arbitrio, independientemente de toda imposición ajena, en tanto la libertad de uno sea compatible con la de otro, conforme a la siguiente conceptualización:

El Derecho no es meramente un esquema de conducta debido, sino un orden cierto y permanente de las relaciones humanas, un orden que, por este carácter de certeza y permanencia representa y garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, y es, en este sentido, condición de la determinación moral del hombre como ser social. (González Vicén, s.a., citado en Donna, 2006, p. 77).

El artículo No. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 establece los requisitos para que una sociedad se constituya como tal: “garantía de los derechos” y “establecimiento de la separación de poderes”. En las primeras décadas del siglo XX aparece la jurisdicción constitucional, como fuente de afirmación del valor normativo de los textos constitucionales, que garantiza definitivamente los derechos. Inicialmente se habla del “Estado Legislativo de Derecho”, que responde a “cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos (...) los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal”. (Ferrajoli, 2003, p. 13). El Estado está sometido a normas preexistentes que permiten prever con antelación y certeza la actuación de la autoridad en cada circunstancia. Tradicionalmente existen tres poderes, el legislativo, el judicial y el ejecutivo, sin embargo, los límites del Estado los impone el parlamento: el poder ejecutivo sólo puede hacer lo que establece la ley y el poder judicial es su expresión. Más adelante aparece el “Estado Constitucional de Derecho”, cuyo sentido designa “aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”. (Ferrajoli, 2003, p. 13). Para Edgardo Donna, la teoría del derecho y su ciencia implican una relación técnica y práctica con el orden jurídico: ambas buscan que las relaciones entre los seres humanos puedan conciliarse según la ley universal de la libertad. El “derecho original” asiste a los hombres en virtud de su humanidad; la acción libre de todos los seres humanos responde a la limitación de su obrar individual, para el goce general de la misma esfera de libertad. El ámbito de acción legítima está perfectamente establecido y es determinable a priori; el poder se sitúa en las leyes, en contraposición a lo que sucede en el Estado totalitario.

Filosóficamente, Immanuel Kant encara el problema atendiendo a dos imperativos, ambos referidos a la elección de medios para conseguir la felicidad propia: el hipotético — representa la necesidad de una acción posible como medio para conseguir aquello que se quiere— y el categórico —representa la acción en sí misma, sin referencia a otro fin—. Al obrar según el imperativo categórico, o ley de moralidad, se obra según una máxima tal, que se quiere al mismo tiempo que esta se convierta en ley universal de la naturaleza que

encierre el principio de todo deber. Así, el legislador busca algo cuya existencia *per se* contenga un valor absoluto que pueda ser fundamento de toda ley: “La idea de autonomía de la voluntad, que no es otra cosa que la capacidad del individuo de darse su propia ley y que si no afecta derechos de terceros, debe ser respetada por el Estado”. (Donna, 2006, p. 283).

El orden de convivencia se hace exigible mediante la coerción; el derecho se decide en caso de controversia; este y el orden coactivo se tornan inseparables. Todo aquello que se le opusiere debe eliminarse, atendiendo al principio de contradicción.

Si determinado uso de la libertad individual es obstáculo contra la libertad universal, la coacción que se le opone —como obstáculo a aquello que priva de libertad— concuerda con el derecho y con la facultad de coaccionar a quien lo viola. Sin embargo, el legislador debe ser limitado en sus funciones, volver positivos los preceptos racionales, ocasionales y arbitrarios: el examen de legitimación de la legislación debe resistir al examen de su racionalidad.

1.1.2 El derecho penal

Sin entrañar una división absoluta, puede decirse que las ramas del derecho se dividen en pública y privada; cuando hay valores superiores de justicia involucrados, y el Estado impone pautas a las que los sujetos del derecho deben ajustarse, se trata del ámbito público, que, a su vez, está integrado por el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho procesal, el derecho laboral, y, el derecho tributario; en el ámbito privado están comprendidos el derecho civil y el derecho comercial.

Con frecuencia se emplea la expresión “derecho penal” para designar simultáneamente la legislación penal —acto del poder político— y el derecho penal —discurso de los juristas—. Una definición acertada contemplaría la teoría general del delito que estudia la regularidad de los caracteres de la punibilidad, para determinar los supuestos que requiere la habilitación de la pena, y la teoría de la responsabilidad punitiva, que estudia las respuestas que ante el requerimiento anterior proveen las agencias judiciales competentes:

El derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho. (Zaffaroni, 2002, p. 5).

Sin la contención jurídica —judicial—, el poder punitivo dependería de las agencias ejecutivas y políticas, menoscabando el Estado de derecho. Para que ello no suceda, se requiere un concepto de “pena” cuyo universo esté delimitado. La pena distingue las leyes penales de las que no lo son: la pena debe distinguirse de la coerción estatal reparadora o restitutiva, del modelo de solución de conflictos, predominante en el derecho privado, y de la represión directa o policial, de decisión de conflictos frente a actividades vigentes. Su concepto negativo la reduce a un mero acto de poder, cuya explicación es política; elabora pautas de decisiones que refuerzan la seguridad jurídica —tutela de los bienes jurídicos de todos los habitantes—; su concepto positivo es teleológico, está dirigido a una causa final, la función manifiesta de prevención general.

1.1.3 La norma jurídica penal

Karl Binding parte de la idea de que el tipo penal debe interpretarse como una proposición contradictoria respecto de las normas de conducta existentes; la norma tiene la forma de una orden que debe obedecerse, el tipo penal descrito en los códigos es cumplido por el autor del hecho delictivo: el sujeto transgrede la norma, conceptualmente anterior a la ley penal. La acción u omisión del autor contemplan una pena, dada la existencia previa de una prohibición o mandato. El delito es la infracción de una norma que está precedida por un juicio de valor: “El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma y su único motivo es un juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones”. (Binding, 1922, citado en Donna, 2006, p. 183).

Edgardo Donna alude a dos valoraciones: una positiva, puesto que toda norma protege un bien jurídico, y una negativa, ya que todo aquello que lesione dicho bien conlleva un

desvalor. Así, la norma jurídica penal cumple una función estabilizadora de las condiciones que rigen el contrato social:

- sólo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato social puede considerarse delito;
- los límites de las libertades acordadas en el contrato social deben estar establecidos de manera contundente; se crearán tipos penales que describan las conductas de manera clara dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, y
- el Estado es una institución cuya legitimación reside en el pueblo.

Las características generales que identifican la ley penal son las siguientes:

- como única fuente de creación de delitos y de las sanciones correspondientes, es exclusiva;
- debe ser acatada, tanto por el particular como por el funcionario y los órganos del Estado, así, es obligatoria;
- sólo puede ser derogada por otra ley, por lo que es ineludible;
- ante ella todas las personas son iguales, lo que la dota de carácter de igualitaria, y
- debe ser constitucional, puesto que si se opusiera a los principios constitucionales se invalidaría automáticamente.

1.2 El sistema penal

1.2.1 Función motivadora

El control social es una condición de la vida social que asegura el cumplimiento de los intereses contenidos en los cuerpos normativos. Para Francisco Muñoz Conde, la función motivadora de la norma jurídica penal puede comprenderse al ubicar el sistema jurídico penal en un contexto de disciplina del comportamiento humano en la colectividad, y a su favor. La norma penal forma parte de un conjunto de instituciones de socialización y

educación para la convivencia, a través del aprendizaje de pautas de comportamiento — legal y previamente impuestas—:

El Derecho Penal como disciplina normativa debe ser muy cuidadoso a la hora de ocultar el fenómeno de esa violencia, tanto social como estatal. Si lo hace, ello no será un mero descuido: formará parte del conjunto de “teorías”, principios, frases y proclamas que nutren a [sic] la recurrente cosmovisión autoritaria que atraviesa nuestra cultura. El Estado Moderno se ha caracterizado por el aumento permanente de las técnicas de control social. También se ha caracterizado por la persistencia de la violencia y la crueldad. (Binder, 2004, Cap. I).

La norma jurídica penal está regida por códigos de justicia e injusticia que le permiten conseguir la protección de bienes jurídicos, y desencadenan en el individuo procesos psicológicos de “motivación”, procesos conscientes o inconscientes encaminados a un objetivo de formación de conciencia del superyó u órgano de control que vigila las emociones y rige las conductas. Las autoridades sociales y estatales se introducen en el ser humano y forman una instancia valorativa que impulsa a aquel a dirigir sus acciones conforme a determinadas exigencias religiosas, económicas, políticas, etc.

La norma jurídica, gracias a su imposición coactiva, aparece fortalecida, organizada e institucionalizada. Al establecer sanciones, la norma cumple una función motivadora que invita a no realizar actos y a no ejercer comportamientos previamente categorizados de no deseables. La norma tiene, en este sentido, efecto inhibitor e incide directamente en la comunidad.

A fin de justificar su incumplimiento, se pretende que los conflictos sociales surgen de la discordancia entre la motivación general y la motivación individual regida por normas distintas, de tal manera que se traslada el problema a la psicología individual. Sin embargo, no puede negarse la existencia de una contraposición entre diversos sistemas sociales que inciden de modo distinto en los seres humanos:

Por todo ello, se puede decir que el derecho penal no es más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del «iceberg» que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único, ni el más importante (21) Verdaderamente, las normas penales por sí solas son insuficientes y paradójicamente demasiado débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. De nada servirían ni la conminación penal contenida en las mismas, ni la imposición de la pena, ni su ejecución, si no existieran previamente otros sistemas de motivación del comportamiento humano en sociedad. (...) Así, por ejemplo, todo el mundo sabe que matar o robar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere primariamente como norma social y sólo posteriormente como norma jurídica penal. Es más, difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna la norma penal en orden a inhibir estos comportamiento, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios. (Muñoz Conde, 1985, pp. 37-38).

La función motivadora de la norma jurídica penal será eficaz siempre que vaya precedida de la función motivadora de instancias superiores de control social; la meta del derecho penal no es la motivación intimidante de los ciudadanos, sino aquella integradora de la confirmación y aseguramiento de normas que rijan la convivencia social.

1.2.2 Función de protección

La norma jurídica penal tiene como función la de protección y tutela de bienes o valores jurídicos individuales o comunitarios considerados imprescindibles para el desarrollo de la vida humana social; su lesión legitima el empleo del poder represivo estatal a través del ejercicio de su poder punitivo. En los países democráticos, este sistema está regido por el catálogo constitucional de bienes y valores; sin embargo, estos no son creados por el derecho: lo anteceden, y el papel del legislador y del juez radica en protegerlos de ataques. El legislador acepta la realidad, no la crea ni la modifica: la valora.

Hans Wezel considera que la tarea primaria del derecho penal consiste en mantener seguros la vigencia y cumplimiento de los valores de acción de la actualidad jurídica, en que se compaginan el mantenimiento del sistema a través de los valores ético-sociales fundamentales y a través de la protección de los bienes jurídicos: sólo al proteger los valores se les garantizaría indemnidad. (Polaino-Orts, s.a., p. 79).

Günther Jakobs plantea un concepto distinto, a partir del cual se renormativizan los conceptos jurídicos anteriores, y se les quita su contenido prejurídico. Si bien las normas penales se legitiman formalmente a partir de su aprobación conforme a la Constitución, su legitimación reside en la necesidad de mantener el Estado vigente: las normas no tienen un contenido genuino e inmutable, varían con el tiempo y deben acoplarse a las distintas expectativas sociales. El objeto de la tutela penal es la garantía de las expectativas normativas. El sistema penal es un subsistema del sistema social; en él deben hallarse elementos que estabilicen la sociedad y que le resulten funcionales, y permitan valorar las distintas soluciones a los problemas.

La protección de los bienes jurídicos invita a la represión de las conductas que potencial o realmente vulneran el derecho penal y justifica, simultáneamente, dicha represión; se busca asegurar la vigencia de los valores sociales mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de dichos valores sociales.

1.2.3 La imputación como base del sistema penal

La norma jurídica penal tiene por base la conducta humana, que reflejada en actos externos es calificada de “delito” y motiva una reacción penal —derecho penal de acto—; la norma penal motiva a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones cuyos resultados son previsibles y evitables. No constituirán delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni la intención de delinquir. El legislador, al describir una conducta penal, no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin.

Para Francisco Muñoz Conde, la teoría general del delito permite una aproximación a los caracteres específicos que tornan un hecho susceptible de punición; sin embargo, cada delito tiene peculiaridades en virtud de las cuales se le atribuye una u otra sanción,

atendiendo a su gravedad. Dicha teoría estudia la regularidad de los caracteres de la punibilidad.

La “tipicidad” es la adecuación del hecho cometido a la descripción que de él se hace en la ley; ningún hecho no tipificado en la ley penal puede ser considerado delictivo; sin embargo, puesto que el legislador no puede describir con exactitud cada detalle de los comportamientos que estime sancionables, ya que es imposible abarcar todos los supuestos de hecho, se busca una imagen conceptual abstracta que englobe comportamientos de características esenciales comunes para tipificar los hechos y declararlos sancionables — tipo—.

El legislador realiza un juicio de desvalor que recae sobre el hecho o acto humano cometido, y otro que recae sobre el autor del hecho. El primer juicio es el de antijuridicidad y el segundo, el de culpabilidad o imputabilidad.

La “antijuridicidad” contempla la desaprobación del acto —acción, omisión, medios y formas de realización, objetos, sujetos, relaciones causales y psicológicas— e indica que el comportamiento es contrario a las exigencias normativas. El aspecto formal de la antijuridicidad responde a la contradicción entre la acción y la norma; su aspecto material contempla la ofensa al bien jurídico protegido. La ofensa al bien jurídico consiste en su lesión —destrucción u ofensa— o en su puesta en peligro —el juzgador conocerá la situación de hecho en que se realiza la acción y conocerá las reglas que determinan que dicha acción, realizada en esa forma y circunstancias, es o puede ser lesiva—.

La realización de un hecho típico genera la sospecha de que es antijurídico, presunción que puede desvirtuarse por causas excluyentes de la antijuridicidad; si no concurriera una causa de justificación, el siguiente paso es la constatación de la culpabilidad del autor: si el autor es culpable, merece una pena.

Se llama hecho (Tat) a una acción, la cual está sometida a las leyes de la obligación, por lo tanto, también en la medida en que se considera al sujeto de acuerdo a las leyes de la libertad de su arbitrio. El actuante es considerado a través de su acto como el causante o el autor y por ende, la acción como tal, podrá imputársele en cuanto dicho autor conozca la ley que une a esa acción y que pesa como obligación.

Persona —agrega Kant— es el sujeto capaz de la realización de esas acciones. La personalidad moral no es algo distinto que la libertad de un ser racional bajo las leyes morales... (Kant, 1966, citado en Donna, 2002, p. 22)

1.3 Principios constitucionales en materia penal

Ramiro Ávila señala, respecto de los “principios”, que son normas generales y abstractas, mandatos de optimización cuyo fin es el de modificar el sistema jurídico y la realidad. Permiten parámetros de comprensión del caso concreto, no establecen obligaciones ni soluciones; son útiles para la interpretación de los derechos y para su aplicación. Atienden al interés superior y ayudan a identificar normas contradictorias —antinomias— y resolverlas, o lagunas del sistema jurídico —anomias— y cubrirlas. Se refieren a los derechos y a la organización estatal y se encuentran, tanto en tratados internacionales como en las Constituciones y en las normas infraconstitucionales. Existen principios de aplicación cuyo carácter es general y deben leerse para todos los derechos, y existen principios sustantivos, referidos a su enunciado y desarrollo; ambos están establecidos en la parte dogmática de la Constitución. La Constitución de la República del Ecuador establece dimensiones individuales y colectivas para los derechos: así, desde la perspectiva judicial, al conocerse un caso por una demanda individual, podría resolverse con carácter colectivo, y multiplicar el ámbito y las posibilidades del derecho reclamado. De modo general, los principios constitucionales en el Ecuador son los siguientes:

- igualdad y prohibición de discriminación;
- aplicación directa de los derechos y de las garantías;
- posibilidad de exigibilidad judicial de los derechos;
- prohibición de restricción normativa, y
- aplicación de la norma que más favorezca el ejercicio de los derechos.

Para nuestra Constitución, todos los principios y derechos son “inalienables”, “irrenunciables”, “indivisibles”, “interdependientes” y de “igual jerarquía”:

El estudio del Estado constitucional de los derechos, implica la adopción de nuevas metodologías e instrumentos de interpretación y comprensión de la realidad jurídica, que van más allá de la separación de poderes y la consagración formal de los derechos de las personas. El Estado ecuatoriano actual es un estado jurídicamente comprometido con la realización efectiva de los derechos, que se han convertido en instrumentos de materialización del buen vivir que propugna la Constitución. (Sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC, 2008, Cap. IV)

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional complementa la Constitución con la enumeración de los siguientes principios: si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona; la creación, interpretación y aplicación del derecho deberá orientarse hacia el cumplimiento y optimización de los principios constitucionales; los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante —la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia—; no se puede suspender ni denegar la administración de justicia por contradicciones entre normas, oscuridad o falta de norma jurídica.

1.3.1 Acceso a la justicia

El acceso a la justicia constituye una medida estatal de carácter sustancial que busca derribar barreras económico-sociales que perjudican a las personas más excluidas. La separación entre la administración de justicia y la función judicial permite el fortalecimiento de la justicia como derecho, y no únicamente el de la institucionalidad; la actividad de administración de justicia se distingue de la de la administración gubernamental y el derecho se rige por principios y no sólo por reglas, lo que permite la

aproximación a una cultura en la cual el juzgador crea derecho y se convierte en garante de los derechos.

La justicia es un derecho que obliga al Estado a garantizar el libre acceso a él y a la judicatura, y permite simultáneamente someter a los funcionarios judiciales a un régimen de garantías y méritos —evaluación, capacitación, etc.—.

La Constitución lo enuncia en los artículos 75, 168 y 191:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...)

4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales.

Art. 191.- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias.

La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos,

materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.

En este sentido, la normativa infraconstitucional deberá adoptar paulatinamente normas sustantivas de administración de justicia:

(1) el servicio de justicia debe ser público, con lo cual el Estado estará obligado a tomar todas las medidas adecuadas, positivas y negativas, para remover todas las barreras que impiden el acceso sustancial a la justicia (económicas, sociales, culturales, generacionales, de género, geográficas y de otro tipo); (2) la obligación de revisión integral de la normativa jurídica a fin de simplificar los procedimientos y cambiar las prácticas del litigio que afectan la celeridad procesal y no se conviertan en una barrera invisible para el acceso a la justicia, pues afectan la comprensión de las personas sobre la existencia de daños y conflictos jurídicos; (3) la formación universitaria de los abogados y el servicio social obligatorio de los graduandos, deben estar dirigidos al litigio socialmente relevante; y, (4) la prioridad de la actuación judicial respecto de la niñez y adolescencia, pueblos indígenas y los denominados “grupos de atención prioritaria”. (Ávila Santamaría, 2008, p. 270).

Sin perjuicio de lo señalado, dicho acceso se ve limitado por los altos costos que implica enfrentar un proceso judicial, la insuficiencia de infraestructura, la falta de tecnología y la falta de capacitación permanente de los jueces; simultáneamente, en un país pluricultural aparecen otros agentes limitantes, como la incomprensión e inobservancia de los múltiples códigos culturales y la discriminación étnica. Otro de los obstáculos para el acceso a la justicia es la localización de los juzgados y tribunales, no únicamente por la ubicación, sino por la ausencia de vías de comunicación y falta de transporte. En el ámbito penal, el acceso se ve congestionado por el amplísimo espectro de causas, que van desde afectaciones materiales a lesiones personales y vulneración de derechos fundamentales.

1.3.2 Debido proceso

El proceso está compuesto por una serie de actos dirigidos a una finalidad: determinar la responsabilidad en la comisión de un delito o su inimputabilidad; se concreta en la reconstrucción de un hecho y en ella interviene una aprehensión valorativa que va de la posibilidad a la probabilidad, y debe terminar en la certeza respecto de su comisión, su carácter —delictivo o no—, la responsabilidad derivada, así como de sus efectos civiles, o, en caso contrario, la certeza respecto de su inimputabilidad —inocencia del imputado—. El principio rector del debido proceso es el de presunción de inocencia, enunciado en el apartado segundo del artículo 8 de la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Exige que nadie pueda ser condenado mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal; si mediara prueba incompleta o insuficiente, deberá absolverse al imputado. La carga de la prueba corresponderá generalmente al Estado y a sus agencias, dotadas de atribuciones persecutorias; el acusado no deberá demostrar que no ha cometido el delito por el se le imputa: “Artículo 8. Garantías Judiciales (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. (...)”.

El derecho al debido proceso y a la defensa deben asumirse simultáneamente como una garantía y como un medio a través del cual se ejercitan derechos subjetivos; la garantía de un proceso justo es el vehículo para ejercitar derechos de defensa, de audiencia, de impugnación, de no autoincriminación, etc. El proceso contiene derechos cuya falta de aplicación en el procesamiento de un ser humano conduce a la violación de las garantías enunciadas.

Existe actualmente un debido proceso renovado y preciso, influido por el derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que interpretan y aplican los instrumentos sobre esta materia. Está conformado por una serie de derechos y principios de protección generales frente al silencio, el error o la arbitrariedad; constituye en términos generales el conjunto de requisitos que debe observar cada instancia procesal a fin de que las personas estén en posibilidad de defenderse adecuadamente ante cualquier acto estatal en su contra.

Contempla una dimensión adjetiva, a la que debe circunscribirse el legislador. Sus méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley y entre estos y la justicia.

El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece las garantías judiciales básicas del debido proceso, que deben aplicarse en cualquier proceso en que se determinen derechos u obligaciones, a saber:

- toda autoridad administrativa o judicial debe garantizar a ambas partes el cumplimiento de las normas y los derechos;
- se presumirá la inocencia de toda persona, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada;
- nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley;
- no se aplicarán sanciones no previstas por la Constitución o la ley;
- sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento;
- las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna;
- en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción;
- en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable para el infractor, y
- la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones.

Al debate se añade el concepto del mal menor, elemento (...) que pretende conciliar en una especie de justo medio realista las exigencias extremas —absoluto respeto de los derechos, en un punto, o satisfacción imperiosa de la seguridad, en otro— que se plantean en situaciones de crisis. Esa tercera postura reconoce el carácter intrínsecamente reprobable de ciertas medidas que en determinadas circunstancias resultan, sin embargo, admisibles, siempre bajo riguroso escrutinio. El alcance de aquéllas —se dice— debería hallarse cuidadosamente acotado: la resistencia a

emplearlas y los límites a los que se las somete derivan de su aceptada condición de medidas necesarias, pero moralmente problemáticas. (García, 2005, p. 7)

Las medidas deben ser estrictamente focalizadas y se aplicarán al menor número de personas; constituirán el último recurso y estarán sujetas al escrutinio del sistema democrático. La enunciación anterior, cuyo carácter no es taxativo ni excluyente, contempla las reglas que el Estado debe respetar en cualquiera de sus actuaciones — administrativas o judiciales— a favor del imputado, del procesado, del demandante o de la víctima. La legitimidad de los medios utilizados será la única capaz de justificar su fin.

1.3.3 Derecho a la defensa

El derecho a la defensa, por otra parte, debe garantizar a las partes la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus respectivos derechos; emana del principio de contradicción, según el cual ningún pronunciamiento judicial será admisible en tanto verse sobre materias que no hubieren sido suficientemente controvertidas: ambas partes deben tener idéntica oportunidad de debatir la postura contraria y de defender la propia.

Dentro del proceso penal, el poder del Estado se manifiesta en su forma más profunda —la imposición de la pena—, por ello, esta garantía debe estar asegurada por todos los medios de comunicación establecidos en la ley: en el derecho penal la injerencia estatal llega directamente al núcleo de los derechos fundamentales del ser humano. En este sentido, los órganos jurisdiccionales deben orientarse a valorar aquellas circunstancias que favorezcan la absolución del imputado, más allá de las pruebas que lo incriminaren. El imputado intervendrá en el proceso desde que este se inicie en su contra, es decir desde que tengan lugar las primeras diligencias dirigidas a la atribución de la responsabilidad penal; formulará alegaciones y presentará pruebas. Será informado oportuna y circunstanciadamente acerca de la imputación y de los elementos probatorios que la funden. Designará un abogado de confianza, a quien confiar su defensa; si no lo hiciere, accederá al servicio de un defensor público.

El derecho de las personas a la defensa incluye las siguientes garantías, enunciadas simultáneamente en el artículo 76 de la Constitución, anteriormente citado:

- nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento;
- el procesado contará con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- las partes serán escuchadas en el momento oportuno y en igualdad de condiciones;
- los procedimientos serán públicos —salvo determinadas excepciones—;
- las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento;
- nadie podrá ser interrogado con fines de investigación por ninguna autoridad, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto;
- contarán con asistencia gratuita de un traductor o intérprete, si fuere necesario;
- contarán, igualmente, con asistencia de un abogado privado o de un defensor público; no habrá restricción en la comunicación con el patrocinador;
- presentarán de forma verbal o escrita la argumentación que sustente su defensa; presentarán pruebas y contradirán las que se presenten en su contra;
- nadie será juzgado más de una vez por la misma causa y materia;
- quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante el juzgador o ante la autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo;
- el juez será independiente, imparcial y competente;
- nadie será juzgado por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas para el efecto;
- las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, y
- todos los procedimientos en los que se decida sobre derechos podrán ser recurridos.

La naturaleza jurídica de este derecho permite situarlo dentro de las igualdades: igualdad ante la justicia, igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Esta igualdad ha

de darse ante la ley y ante el debido proceso, y otorgará a las partes las mismas posibilidades para ejercer derechos y para defenderlos.

1.3.4 Motivación

El procedimiento penal tiene una función formal —dispone el modo, tiempo y forma de realización de los actos procesales y de sus consecuencias jurídicas, establece la competencia de los órganos estatales y las facultades de los sujetos intervinientes— y una función material —posibilita la concreción del derecho penal, pues es el mecanismo que permite la consecuencia jurídica prevista en la norma penal—. Su efectividad versa en el contenido de la sentencia, cuyas características se desprenden de la letra l) del número 7. del artículo 76 de la Constitución en concordancia con el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Art. 304-A.- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está

comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.

La sentencia es de dos clases: absolutoria y condenatoria. La sentencia absolutoria ordena la libertad inmediata del imputado, no puede estar sujeta a condición alguna y conlleva la cesación de las medidas cautelares, la restitución de los objetos comisados, las inscripciones necesarias y la fijación de costas; la sentencia condenatoria fijará una pena, establecerá las obligaciones que deberá cumplir el procesado, multas, costas procesales y establecerá la entrega, a quien correspondiere, de los objetos comisados.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales es el más alegado y vulnerado en el ámbito penal; relativo a la prohibición de arbitrariedad e irracionalidad del poder público, debe atender al caso concreto, y permitirá la comprobación de que la decisión judicial resulta de la aplicación racional del ordenamiento jurídico.

La argumentación del juzgador debe ser plausible y responder a un método determinado de interpretación, no puede erigirse de su propia voluntad ni de sus convicciones personales, sino que partirá del entendimiento de los hechos y contendrá elementos y razones de juicio que fundamenten la decisión en criterios eminentemente jurídicos. La interpretación de la norma penal se desagrega según quien la realiza y conforme a sus resultados: será auténtica, en tanto sea realizada por el propio legislador, su autor, y su carácter será vinculante, al aclarar su sentido y alcance; será judicial cuando sea el juez quien la realice, en calidad de intérprete natural, y siempre respecto de su aplicación al caso concreto; en este ámbito no es obligatoria, salvo en sistemas jurisprudenciales como el *common law*, y salvo que sea realizada por las instancias constitucionales, en el Ecuador la Corte Constitucional, en cuyo caso afectará directamente al contenido o alcance normativo y será vinculante para todos los tribunales; será doctrinal, aquella que oriente al intérprete, sin carácter obligatorio. Según sus resultados, la interpretación normativa penal será declarativa, cuando las palabras de la ley sean precisas y su significado literal, es decir que el intérprete no podrá ampliar ni restringir su alcance; será restrictiva, siempre que pueda perjudicar al imputado de una acción punible; será extensiva al buscarse su verdadero

espíritu, sin sobrepasar el límite de la voluntad del legislador, y siempre para favorecer al imputado.

La posibilidad de discrecionalidad del juzgador está supeditada a la exteriorización de las razones que permitan una u otra decisión. Denominada como “sana crítica”, la interpretación resultará de una operación de argumentación lógica, según la cual la estructura legal tiene voluntad de sistema y responde a un sentido global: las disposiciones no serán puestas en pugna, no se destruirán entre sí, se estará al sentido que las concilie y rescate el valor y efecto de cada una. Se considerará el fin de la norma penal aquel para el que fuera creada, esto es, la tutela de valores y derechos protegidos. La sana crítica supone reglas de experiencia —sociales o de costumbres— que permitan la estimación de una realidad. El juez debe ponderar la prueba rendida a base de criterios adecuados a la razón humana y al conocimiento de la vida, de forma que sus conclusiones no sean singulares ni subjetivas, sino que puedan ser compartidas por terceros.

La resolución judicial debe exteriorizar su conexión con derechos fundamentales, será razonada y congruente con las pretensiones de las partes, lo que permitirá la imposición de una sanción individualizada y proporcional:

(...), la exigencia de motivación cumple una doble finalidad inmediata: de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este tribunal a través del recurso de amparo (...) (Jaén Vallejo, 2011, pp. 30-31).

El derecho a la congruencia de las resoluciones judiciales obliga al juzgador a resolver las pretensiones de las partes atendiendo a la forma en que estas hubieren sido planteadas; no puede haber un desajuste entre su fallo y los términos de las pretensiones, no se puede conceder más, menos o cosa alguna distinta de lo pedido: el órgano judicial no dejará sin

contestar ninguna de las pretensiones sometidas a su consideración, ni se pronunciará sobre un tema que no estuviere incluido en ellas.

1.4 Límites al poder punitivo estatal

El ordenamiento jurídico ecuatoriano establece un marco regulador de la ejecución penal; caracterizado por normas dispersas, son varios los cuerpos legales que contienen los principios rectores del sistema de ejecución penal insertos en la Constitución:

- la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas;
- el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales del condenado;
- la finalidad resocializadora de las sanciones privativas de libertad; y
- la monopolización jurisdiccional por parte de juzgados y tribunales competentes, en el control de la ejecución de las sanciones.

Estas fuentes ofrecen un marco jurídico heterogéneo, sensible a la aparición de antinomias, y que, por tanto, exige una labor doctrinal y jurisprudencial extensa y precisa, que permita plantear un sentido unitario del ordenamiento penal, sobre el que asentar certidumbre y previsibilidad de las respuestas normativas —seguridad jurídica—. Estos principios permiten estructurar criterios de interpretación normativa de las normas aplicables en materia de ejecución penal.

1.4.1 Principio de legalidad

En derecho penal, el principio de legalidad establece tradicionalmente que sólo será vinculante la norma penal positiva; el derecho moderno y el positivismo jurídico se sustentaron en el principio de restricción de ejercicio de los poderes públicos por estricto apego a la normativa, que constituía garantía de certeza y libertad frente a la posibilidad de arbitrariedad: “Auctoritas, non veritas facit legem”: “La autoridad, no la verdad, hace la

ley”. El Estado estaba sometido a normas preexistentes que permitían prever con antelación y certeza la actuación de la autoridad en cada circunstancia:

(...) el Estado está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten a cada uno prever con suficiente certidumbre cómo usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes coercitivos, y disponer los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento. (Hayek, 2003, p. 105).

La teoría tradicional del derecho halla en la Constitución dos tipos de normas: unas de directa aplicación y otras programáticas; las primeras, al tener forma de reglas, podían ser aplicadas mediante un proceso de subsunción, de sometimiento del caso particular a principios o normas generales, por cuenta del juzgador; las normas programáticas, en cambio, por establecer objetivos por alcanzarse, sólo podían ser aplicadas si existía desarrollo normativo. Así, la garantía normativa de los derechos fundamentales no se encontraba en la Constitución tanto como en la ley, motivo por el cual el juez se limitaba a aplicar esta última, sin rechazar o cuestionarse respecto de la constitucionalidad de los mandatos legislativos. (Asensio Jiménez, 2003, p. 14). Actualmente, el “Estado de derecho” radica en la introducción de una dimensión esencial en la democracia: los principios que debieran regir el constitucionalismo son los de adhesión interna a las normas constitucionales y existencia de una sociedad homogénea, en términos de satisfacción de sus necesidades (Carbonell, 2002, p. 11):

Esta dignidad [del ser humano] requiere no sólo conocimiento de sus derechos civiles o políticos, sino también, el establecimiento de las condiciones sociales, económicas, educativas y culturales que son esenciales para el completo desarrollo de su personalidad. (Marsh, 1959, p. 16).

El proceso modificador de los sistemas jurídicos contemporáneos se refleja en el “neoconstitucionalismo”, que aspira a expresar los logros de la constitucionalización; está

caracterizado por una Constitución “invasora”, la positivización de derechos fundamentales y peculiaridades en la interpretación y aplicación de la ley (Comanducci, 2003, p. 83); la normativa constitucional no puede ser derogada, modificada o abrogada por legislación ordinaria; ninguna norma escapará al control de legitimidad constitucional; la norma constitucional producirá efectos directos y será de directa aplicación por parte de cualquier juez. Al considerársela norma vinculante, requerirá de autoridad competente para ser sancionada por su incumplimiento; en Ecuador, esta autoridad es la Corte Constitucional. El “neoconstitucionalismo” está regido por normas de principio, la interpretación a base de la proporcionalidad, el razonamiento ponderado, etcétera: el Estado es el instrumento de satisfacción de los derechos fundamentales. El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador expresa el contenido del principio de legalidad:

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

En esta conjugación del *ius naturalis* y del positivismo, la moral se hace explícita en la ponderación del derecho, pues pone la justicia como resultado de toda decisión de los órganos públicos. De acuerdo con los postulados neoconstitucionales y la teoría garantista, la validez de una norma se verifica en el cumplimiento del contenido sustancial del programa constitucional, que requiere un ejercicio valorativo:

En otras palabras, una norma y un sistema jurídico deben contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la

justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. (Ávila Santamaría, 2008, p. 27).

Si una regla no fuere coherente con el principio, la autoridad deberá buscar otra; si no existiera tal regla, deberá crearla. Si la regla mantuviera conformidad con el principio, pero el resultado arrojado fuera injusto, se buscarán otro principio y otra regla:

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales. (Ferrajoli, s.a., p. 28)

1.4.2 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El bien jurídico entraña una relación social determinada y dialéctica que surge como una síntesis normativa; la sociedad y cada sujeto individualmente considerado saben, a través del bien jurídico, qué es lo que se protege. Lo injusto y el delito se determinan a partir del bien jurídico; las acciones u omisiones legalmente prohibidas se materializan dentro de una relación social y una consideración general del bien jurídico. Al ser la norma penal una norma objetiva de valoración, y habiendo surgido el bien jurídico de la idea de “valor”, toda norma jurídica penal tutela un bien jurídico. El bien jurídico es el eje de la regla jurídica.

Así, todo delito está orientado a la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Este es el valor que la ley quiere proteger de las acciones dañinas; este valor es una cualidad otorgada por el legislador a determinados intereses. El bien jurídico es, por tanto, una cualidad creada por la ley, y no algo preexistente a ella misma. (Muñoz Conde, 2005, p. 39)

¿No consiste la posición doctrinal tradicional de defensa de bienes jurídicos en una fictio iuris, en tanto en cuanto la función de protección de bienes jurídicos que se dice que el derecho penal efectivamente cumple no es más que una aspiración, una meta, un ideal, y —por ello— algo ilusorio mas no real? ¿Y no es esa manifestación programática de buenos deseos y mejores intenciones (“no se debería lesionar bienes jurídicos”, etc.) mucho más una aspiración (un “fin”, una “finalidad”) que una “función” stricto sensu? Y si ello es cierto, ¿no lo es también que en esa postura tradicional la referencia al bien jurídico se hace depender, en el fondo, de ciertas eventuales, hipotéticas y probables (esto es, inciertas) consecuencias futuras de psicología individual o social (pues se [sic] confían en que el individuo y la sociedad se conciencien de que “no está bien lesionar bienes jurídicos, no cometer delitos, etc.”)? ¿No hay algo más etéreo, más ambiguo, que una descripción como esa? (Polaino-Orts, s.a., p. 77).

El derecho penal no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino aquellas consecuencias de acciones especialmente intolerables. Los conceptos de “desvalor de acción” y “desvalor de resultado” son importantes para la configuración de la antijuridicidad: el valor o desvalor de una conducta suponen el valor o desvalor de un resultado. La protección de esos valores, por medio de la norma penal, se consigue prohibiendo y sancionando las acciones humanas que pudieran lesionarlos.

1.4.3 Principio de intervención mínima

El derecho penal debe reservarse para comportamientos intolerables que vulneran normas fundamentales de convivencia. Debe utilizarse subsidiariamente, reservándose para ataques graves a bienes jurídicos fundamentales; sin embargo, el principio de intervención mínima se infringe permanentemente cuando el Estado reprime estados de peligrosidad social utilizando medios sancionatorios tan graves como aquellos dispuestos para los actos criminales.

El Estado debe huir del derecho penal y procurar solventar problemas sociales mediante políticas educativas, laborales, etc., y no mediante el recurso a la represión. El derecho penal no es un sistema completo e integral de protección de bienes jurídicos, y debe incorporar a su ámbito únicamente algunos de ellos, respecto de los cuales ha de tipificar y sancionar conductas delictivas que no puedan evitarse a través del uso de instrumentos alternativos de control. En tanto haya medios menos lesivos que los punitivos, que permitan la protección social, el recurso al derecho penal deberá restringirse; debe respetarse su carácter de *última ratio*, es decir que entrará en acción subsidiariamente, en defecto de medios menos intervencionistas y perniciosos. Hay que considerar que las sanciones privativas penales coexisten con sanciones de naturaleza civil o administrativa, y será el legislador quien determine qué sanciones estarán reservadas al derecho penal, como penas o medidas de seguridad —sanciones complementarias o sustitutivas de las penas que el juez puede imponer, con efectos preventivos, a aquellos sujetos que cometen un acto injusto pero que, de acuerdo con la teoría del delito, no pueden ser inculcados por un defecto en su culpabilidad, es decir que son inimputables—, y cuáles están reservadas al derecho administrativo sancionador.

1.4.4 Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva exige que la conducta sea realizada con dolo o imprudencia; es una garantía de legitimación inherente al derecho penal, previa la construcción de la teoría del delito. Los elementos que componen esta categoría y permiten afirmar la culpabilidad de un autor son los siguientes:

- capacidad de comprensión de la relevancia del hecho y actuación simultánea —imputabilidad—;
- conocimiento de que la conducta está prohibida por las leyes penales —antijuridicidad—, e
- inexistencia de circunstancias susceptibles de haber impedido o disminuido la capacidad de motivación normativa —ausencia de causas exculpatorias—.

La conducta debe satisfacer un conjunto de requisitos para ser considerada infracción penal y a fin de que le corresponda una consecuencia jurídica penal, aquellos requisitos son: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La culpabilidad analiza la posibilidad de que dicha acción desvalorizada sea imputable a su autor.

En el sistema del delito se realizan dos valoraciones esenciales, de la contrariedad del hecho al ordenamiento jurídico y de la responsabilidad del autor por tal hecho; inicialmente se enjuician la acción, la tipicidad y su antijuridicidad —el hecho—, para dar paso al enjuiciamiento de las circunstancias personales de su autor —posibilidad de imputación—. Dos hipótesis se contraponen en la respuesta a la justificación de tales juicios de reproche:

- el reproche se basa en que el autor pudo haber actuado de modo distinto a como lo hizo;
- la existencia del libre albedrío no ha sido demostrada.

Si bien se asume que el ser humano es capaz de autodeterminarse, que su voluntad es libre e incondicionada y que es dueño de sus acciones, no es menos cierto que los fenómenos, las acciones y su intencionalidad son efectos de causas condicionantes físicas, psíquicas, económicas, sociales, ambientales, etc.

Finalmente, el fundamento de la culpabilidad se halla en la función preventiva y motivadora de la norma penal; el derecho penal, en aras de evitar conductas lesivas para con los bienes jurídicos protegidos, hace radicar en la culpabilidad la capacidad del ser humano de motivarse a través de la norma.

Actualmente, la imposición de la pena se justifica únicamente desde la finalidad preventiva que la legitima. Sin embargo, la libertad de actuar debe ponerse en duda en tanto puedan concurrir en la persona circunstancias especiales que obliguen a dudar de que la acción fue realizada de manera voluntaria:

Quando existe dicha asequibilidad normativa partimos, sin poder pretender probarlo en el sentido del libre albedrío, de la idea de que el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma, y de que se convierte en culpable cuando no

adopta ninguna de las alternativas en principio psíquicamente asequibles para él. El indeterminista interpretará esta suposición de libertad como empíricamente acertada. Pero asimismo podrían aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia no del libre albedrío... y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo —lo que precisamente no podemos saber— sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de libertad es una “aserción normativa”, una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría de conocimiento y de las ciencias naturales. (...) En la concepción aquí definida, la culpabilidad es un dato empírico-normativo. Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce... En cambio, se atribuye normativamente —en cualquier caso por quien no quiera comprometerse a una posición indeterminista— la posibilidad, derivada de esa constatación, de conducta conforme a Derecho. (Roxin, 1976, pp. 808-810).

Independientemente de su fundamento, la culpabilidad o atribución de responsabilidad se determinará en la medida en que el sujeto haya llevado a cabo su acción u omisión en determinada situación psíquica de la que se desprenda que podía haber actuado de otra manera, o que podía haber accedido al mensaje normativo y haber acomodado a él su conducta. Este principio limita desde varios ángulos al poder punitivo estatal:

- Impide castigar a alguien por un hecho ajeno;
- permite personalizar la imposición de la pena, —persona jurídica o persona natural—;
- contempla el mandato de certeza respecto de la responsabilidad por la comisión del hecho, en contraposición al derecho penal de autor, que sanciona por el modo de ser;
- no bastará para fundamentar la responsabilidad penal la producción de un resultado lesivo, deberá indagarse en la voluntad del autor del hecho delictivo;

- las personas inimputables —que no puedan conocer el significado antijurídico de su acción ni orientar su conducta conforme a dicho conocimiento—, no son culpables, no puede castigárseles.

El Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales, elaborado en el año 2009 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su artículo 16, del título primero de *La infracción penal en general*, del libro primero de *La infracción penal*, establece:

Art. 16.- Principio de culpabilidad.- Es culpable la acción u omisión típica e ilícita en la medida de la opción real que la persona tuvo en el momento de hecho para orientarla de modo diferente.

No hay culpabilidad:

1. Cuando razonablemente en las circunstancias concretas no se pudo exigir otra conducta.
2. Cuando el agente no pudo comprender la ilicitud penalmente relevante por error o ignorancia invencibles, sea sobre la prohibición misma o sobre los presupuestos de aplicación del principio de autotutela. Si el error o la ignorancia fuesen vencibles se podrá atenuar la pena.
3. Cuando el agente no haya podido comprender la ilicitud penalmente relevante o comportarse conforme a esa comprensión, en razón de inmadurez psíquica o mental comprobada o de una grave y comprobada perturbación permanente o transitoria de la consciencia o de su autonomía.

En este caso podrá imponerse una medida de seguridad [acciones dispuestas por la jueza, juez o tribunal de garantías penales tendientes a promover el ejercicio de derechos y desarrollo de capacidades cuando el infractor sea inimputable por padecer alteraciones psíquicas. Tienden a la superación o estabilización de su perturbación y a su inclusión social.]. Si la consciencia o autonomía sólo hubiese estado disminuida, podrá reducirse la pena hasta la mitad.

4. Cuando se constate error de comprensión culturalmente condicionado.

Los principios expresados en la propuesta ministerial contemplan la exención o medición de la sanción penal en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias de comisión de la infracción y a la subjetividad de la conducta del imputado. El principio de culpabilidad expresa lo reprochable del poder punitivo estatal, que debe ser utilizado como recurso extraordinario, en tanto no sea posible lograr la efectividad requerida por medios menos lesivos.

CAPÍTULO II

CRIMINALIDAD Y PENA

2.1 La política criminal estatal

La política criminal nace del estudio de la configuración del derecho penal en atención a su función de protección de la sociedad; a base del estudio de las causas del delito, y de la comprobación de eficacia de las sanciones penales, busca limitar al legislador para que la creación de leyes coarte en la menor medida posible las garantías constitucionales. Se basa en los principios limitantes al poder punitivo estatal:

El político criminalista usualmente cumple su tarea en tres fases distintas: en primer lugar, orienta al legislador en la tarea de creación del derecho penal positivo y de las nuevas instituciones llamadas a luchar contra la criminalidad, sea que parta o no de un determinado derecho positivo. Así mismo, en segundo lugar, una vez configurado el derecho penal, contribuye —tal como ya se mostró— a su elaboración dogmática. En tercer lugar, critica el derecho vigente partiendo de los resultados obtenidos por la labor dogmática y formula propuestas de enmienda y reformas legales. (Velásquez, 2004, p. 18).

Cumple, en rigor, con una tarea interrogadora de los valores jurídicos y su realización en la sociedad, y procura la creación y modificación del derecho penal.

El derecho penal ha sido permanentemente reformulado, lo que ha incidido en la forma de conceputar su objeto de estudio, método y postulados generales; actualmente se impone la interdependencia de la ciencia penal respecto de lo político y lo social, y así también, la de la dogmática penal con la política criminal y la victimología —criminología—.

En las sociedades contemporáneas existe una selección penal denominada “criminalización”: el Estado selecciona a un grupo de personas a las que somete a su coacción, a fin de imponerles una pena. Este proceso se desarrolla en dos etapas: una etapa primaria, en la cual las agencias políticas determinan qué acciones deben ser penadas, y enuncian un programa que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan, y una etapa secundaria, en la cual las agencias policiales detectan a una persona a la que se atribuye la realización de un acto criminalizado, se la investiga y se la somete a la agencia judicial, en cuya gestión reposa la determinación de su culpabilidad.

Ante todo hay que anotar que la victimología responde a condiciones históricas, sociales y políticas cambiantes, por esto, debe analizársela periféricamente. En ella confluyen conocimientos antropológicos, psiquiátricos, psicológicos y sociológicos, entre otros, que orientan el estudio del delito hacia la averiguación de sus factores desencadenantes y hacia la descripción de sus formas de aparición. Así, se ocupa de la psicología del delincuente, estudia la personalidad de la víctima, indaga las relaciones entre el delincuente y la víctima y aborda el control social del comportamiento desviado:

Esto es, el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo y sobre los controles de esa conducta; se alude, pues, a una parcela del saber que se ocupa del delito, del delincuente, el control del delito, el estudio de la víctima y la prevención del fenómeno criminal. (Velásquez, 2004, p. 14).

La selección que habilitan las agencias políticas opera con la criminalización secundaria y recae sobre criminalizados y victimizados. Los fines de la pena —corrección, intimidación, neutralización— corresponden a la existencia de tres tipos definidos de delincuentes: la corrección corresponde a aquellos que la necesiten y sean capaces de ella; la intimidación

apunta a aquellos delincuentes que no necesitan corrección; la neutralización se dirige a aquellos que no son susceptibles de corrección.

Para Raúl Zaffaroni, el poder de las agencias comunicacionales y políticas incide en la selección de las agencias policiales. Los hechos cometidos por personas cuyas condiciones los aíslan de la comunicación son proyectados por los empresarios morales — comunicadores sociales, políticos, grupos religiosos, jefes policiales, organizaciones, etc.— como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delincuentes. (Zaffaroni, 2002, p. 9).

El imaginario colectivo es invadido por estereotipos que asocian a las personas desvaloradas toda carga negativa existente —todo prejuicio—; la imagen pública del delincuente está basada en componentes estéticos, raciales, clasistas y relativos al género y a la edad.

En cuanto la persona criminalizada termina asumiendo el rol que le ha sido asignado, las causas de la criminalización terminan siendo causas del delito, y justifican el ejercicio de las agencias del sistema penal; cualquier otra selección se torna innecesaria e inoperante. Así son excluidos de selección los miembros del poder económico, y los delitos de cuello blanco quedan excluidos de la criminalización primaria: “La pena, dice Liszt, es secuestro del delincuente, transitoria o persistentemente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial selección del individuo socialmente inadaptado”. (Donna, 2006, p. 278).

La tarea de la política criminal no es la de legitimar la criminalización, sino la de justificar las decisiones de las agencias jurídicas.

2.2 Teorías de la pena

Los discursos legitimadores del poder punitivo aún conservan vigencia; se exponen en construcciones que los alinean o enuncian con novedad —bajo nuevas formulaciones y combinaciones, sin que su sentido profundo varíe—. Su visión conjunta refleja su disparidad, y esta evidencia falta de solidez y fundamentación, y pone de manifiesto la crisis de significación de los dogmas penales, cuyo producto discursivo es clientelista y

carece de contenido racional, refuerza prejuicios y crea chivos expiatorios: se trata de un saber normativo vacío de datos de realidad y de un saber criminológico de origen racista. (Zaffaroni, 2005, pp. 71-100).

La rama penal, caracterizada por el conjunto de normas jurídicas que asocian al hecho criminal una legítima consecuencia jurídica no ha verificado la función preventiva de la pena: no hay constancia de que el poder punitivo produzca los efectos buscados por el legislador, de prevención general, para que quienes no delinquieron no lo hagan, o de prevención especial, para que quien delinquiró no reincida en el delito: “Un derecho penal elaborado dogmáticamente, pero que concluye en una práctica tópica (porque permite que el operador elija primero la decisión y luego busque el fundamento), exhibe el incumplimiento de la promesa dogmática de previsibilidad”. (Zaffaroni, 2002, p. 56).

En el caso particular de los delitos cometidos imprudente o negligentemente, cuyo análisis posterior permitirá su comprensión global, es menor la necesidad de disuasión que busca la imposición del castigo penal; si no hay intención dañosa en la comisión de un hecho delictivo, el infractor no debe ser tratado como alguien cuya ‘conducta desviada’ deba reformarse.

2.2.1 Teorías de la prevención general

El Estado está organizado constitucionalmente y sometido a una voluntad común, cuyo principal objetivo es la creación de la voluntad jurídica; toda forma de lesión jurídica contradice dicho objetivo, y obliga a las instituciones jurídicas a ser esencialmente coactivas, a que utilicen como medio la coerción física. La coerción termina con las lesiones jurídicas en dos momentos: al impedir la comisión de una lesión no consumada, y al obligar al autor del hecho delictivo a reparar o resarcir el daño causado. A esta coacción, insuficiente, se suma la de tipo psicológico, que, a decir de Ludwing Andreas Feuerbach, previene el delito:

Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a

cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho. (Feuerbach, 1989, citado en Melup, 2007, p. 117).

Estas teorías pretenden que el valor positivo de la criminalización actúa sobre quienes no han delinquido; son disuasorias y reforzadoras. Su función es pedagógica, buscan reafirmar la moral individual y colectiva y establecer una actuación ejemplar conforme a los principios que la sustentan: la necesidad de asegurar o reformar los tabúes del superyó o superego (que se define en psicoanálisis como “parte inconsciente del yo que se observa, critica y trata de imponerse a sí mismo por referencia a las demandas de un yo ideal”), para evitar el peligro de contaminación social que conlleva la violación de la norma; la necesidad de premiar a la sociedad por reprimir sus impulsos delictivos, y la necesidad de venganza de la víctima. La necesidad preventiva se basa en la teoría psicoanalista. (Donna, 2006, p. 283). “Cuando alguien ha logrado satisfacer el deseo reprimido, debe sentirse el deseo en todos los miembros de la sociedad; para mantener apaciguada esta tentación, es necesario que el que realmente es envidiado, sea privado del fruto de su atrevimiento”. (Freud, 1974, p. 361). La intimidación es un instrumento educador que el Estado utiliza para el mantenimiento del orden jurídico.

En rigor, la teoría unificadora preventiva tiene dos momentos: inicialmente, amenaza a la sociedad haciéndole conocer las conductas prohibidas y sus consecuencias —prevención general— y luego impone y mide la pena judicialmente, confirmando a la sociedad la severidad de la amenaza preestablecida.

2.2.1.1 Prevención general negativa

El modelo penal enunciado renuncia a la culpabilidad del reo por el acto y recae en la culpabilidad por autor; el delito se ajusta a la personalidad de la persona que delinque, lo que permite homogeneizar la cultura e imponer una moral determinada. La peligrosidad predelictual se basa en la presunción de que un sujeto resulta amenazador para la sociedad,

lo que justificaría su exclusión. El poder punitivo es ejercido frente a la existencia de un conflicto no superado, castigando al autor y ratificando, mediante la pena, que la configuración de su mundo es errada: la punición es ejemplarizante. El principal objetivo de esta clase de prevención es el de evitar que quien haya cometido un delito vuelva a hacerlo en el futuro. La prevención está exclusivamente destinada a aquellos que hayan vulnerado el ordenamiento jurídico. El Estado preventivista ahoga al Estado de Derecho, confundiendo prevención con represión penal, reemplazando la ofensividad por el peligro y reduciendo los riesgos permitidos. La justicia penal es “espiritualizada”. A la ley penal no se le reconoce otra eficacia que la de tranquilizar la opinión, dándole un efecto meramente simbólico, que convierte al derecho penal en un derecho promocional. (Zaffaroni, 2000, pp. 326 y ss.). La teoría de la prevención general negativa atiende al daño que el hecho delincinencial provocaría en el orden social y busca compensar el potencial del delincuente con un mal que deberá superar el beneficio del hecho, momento en que el daño social se independiza y pierden relación el delito y la imposición de la pena.

2.2.1.2 Prevención general positiva

La prevención general positiva, estrechamente ligada a la criminalización, busca legitimarla: la disuasión es provocada por el miedo y está destinada a personas calificadas de vulnerables, respecto de delitos que estas suelen cometer. La disuasión se confunde con la pena y con la estigmatización social que instiga el hecho mismo: las motivaciones criminalizadoras pueden ser éticas, jurídicas e incluso afectivas, y no efectos del poder punitivo.

En un esquema disuasivo llevado hasta sus límites, el delito pierde su esencia de conflicto en el que se lesionan los derechos de una persona, para reducirse a una infracción formal o lesiva de un único derecho subjetivo del estado a exigir obediencia, con total olvido de que el estado es un instrumento de vida y no un carcelero o un verdugo. (Bettioli, 1966, citado en Zaffaroni, 2002, p. 59)

Claus Roxin encuentra en el concepto de prevención tres consecuencias: de aprendizaje social, de confianza y de pacificación. En la prevención se produce un efecto de fidelidad hacia el derecho, el ciudadano ve cómo este se realiza y el conflicto se soluciona en cuanto el delincuente se esfuerza por resocializarse. Estas consecuencias son resultado de la prevención a través de la integración. La pena persigue los fines legítimos de las normas penales tendentes a la protección del orden social.

Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma (...) Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. (Jakobs, 1995, p. 14).

La criminalización es utilizada como un medio para generar consenso y reforzar la confianza en el sistema social en general y en el sistema penal en particular. El derecho penal es un instrumento comunicacional de la ideología de la criminalización, símbolo del sostén de la confianza en el sistema. El delito lesiona dicha confianza. Los operadores políticos falsean la realidad y los operadores comunicacionales los asisten, voluntariamente o no, en este falseamiento; surge una relación de cooperación por intereses coincidentes de las distintas agencias del sistema penal, hasta llegar a convertirlo en el único bien protegido jurídicamente:

La lógica de la prevención general positiva indica que cuando un sistema se halle muy desequilibrado por sus defectos, por la injusticia distributiva, por las carencias de la población, por la selectividad del poder, etc., será necesario un enorme esfuerzo para crear confianza en él, que no debiera dudar en apelar a criminalizaciones eventualmente atroces y medios de investigación inquisitorios, con tal que proporcionen resultados ciertos en casos que, por su visibilidad, preocupan por su poder desequilibrante. (Zaffaroni, 2002, p. 61).

La defensa de los valores ético-sociales se lleva a cabo mediante la legitimación de los poderes de vigilancia y corrupción que acumulan las agencias que los ejercen; el Estado no es un generador de valores éticos. La esencia del derecho se sitúa en el debilitamiento de los valores y no en el daño que sufren los bienes jurídicos tutelados: lesión de difícil medición.

Las teorías de la prevención general no tienen límites; pretenden que mientras más fuerte sea la amenaza de la pena, dentro de la estructura preventiva, más temor generaría, lo que admite necesariamente la pena de muerte como la más eficiente. La agravación de las sanciones penales no resultaría tan efectiva cuanto intensificar o reforzar la “persecución penal”, entrenando y reforzando a la policía, por ejemplo.

2.2.2 Teorías de la prevención especial o de la justicia retributiva

Estas teorías procuraron asignar al poder punitivo una función positiva de mejoramiento sobre el infractor, quien, con el delito, ha probado ser una persona poco razonable, para quien la máxima de sus acciones es la satisfacción de sus exigencias personales, sin importar el irrespeto al derecho ajeno, de lo que deriva la probabilidad de que reitere en los delitos. El castigo estatal es una respuesta moralmente aceptable como consecuencia del hecho criminal, independientemente de que produzca o no, beneficios tangibles. La prevención especial es la actuación estatal directa sobre el autor para que no incurra nuevamente en el delito, a través de su aislamiento y posterior readaptación social. La pena se retira de la idea de venganza y se torna una tarea del Estado, cuyos fines son individuales y generales; en ella se unen aspectos preventivos y represivos con el fin de restaurar el orden perturbado.

Para Franz von Liszt, el derecho penal es una disciplina compuesta en que conviven conocimientos heterogéneos —“la ciencia termina donde empieza la metafísica”—; la pena, de concepción finalista, tiene por objeto la protección de bienes jurídicos a través de la imposición de una sanción al delincuente, que inspire en él el ánimo de no reincidir, y que estimule simultáneamente al conglomerado social a no delinquir, vistas las consecuencias del acto injusto.

Para el autor, la privatización del derecho penal puede traer graves problemas, pues la víctima buscará pocas veces la racionalidad del proceso y la suplirá por la venganza. La eficacia de las penas radica en la impresión menos atormentadora en los reos y más duradera en el resto de hombres. Los incidentes que se busca prevenir deben ser males reales y estos deben ser mayores que lo que el legislador hace para prevenirlos:

Con este desarrollo se logra uno de los pasos más importantes de la humanidad, la transformación de la venganza que funcionó como pena primitiva y cuyo fin era la aniquilación del delincuente. Con la objetivización la pena gana en medida y objeto. La venganza de sangre es dejada de lado por los miembros de la sociedad, por una parte, y limitada y prohibida por el Estado, por la otra. La pena cobra así la capacidad de medio de protección del orden jurídico. (Donna, 2006, p. 276).

La medida de la pena está determinada por el hecho futuro; es el medio por el que se ha de llegar al fin propuesto previamente, y estará siempre relacionada con la protección de los bienes jurídicos: la pena justa será la pena necesaria.

2.2.2.1 Prevención especial positiva o retribucionismo

Partiendo del concepto de derecho formulado por Kant, según el cual el arbitrio o libertad de uno ha de conciliarse con el arbitrio del otro, el Estado aseguraría a los individuos su esfera de libertad utilizando como medio el ordenamiento jurídico; así aparecen simultáneamente para cada sujeto el deber y su limitación al actuar frente a otros.

El concepto de derecho penal contiene, para el autor, los siguientes elementos: es una potestad que compete a una parte del poder público y debe aplicarse contra un individuo sometido al derecho; la pena jurídica se ejerce contra alguien por haber delinquido, no es un ejercicio de venganza de la sociedad y actúa, por tanto, como retribución frente al hecho delictivo; la pena no puede ser leve ni rigurosa, la igualdad es la balanza de la justicia; el delito justifica el castigo, el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro.

Cuando se sostiene que la ley del Tali3n debe ser el patr3n que debe servir en 3ltima instancia para determinar el tipo de castigo que tiene que sufrir un criminal, estamos en el nivel de la raz3n pura y su exigencia de igualdad. Sin embargo, cuando pasamos al nivel emp3rico a trav3s de la medici3n del juicio, aparecen otros argumentos que nos hacen ver la necesidad de limitar el principio del tali3n, sin negar su validez en t3rminos abstractos. (Serrano G3mez, 2004, p. 141).

La prevenci3n especial positiva encuentra en la pena un bien moral o psicof3sico para quien la sufre; omitiendo su car3cter intr3nseco —penoso—, y la nombra “sancion” o “medida”. Para el retribucionismo, el castigo tiene car3cter retrospectivo y responde a la conducta criminal, a la cual sanciona de acuerdo con su gravedad, es decir, con el nivel del da1o causado.

A partir de ellas se crea la ideolog3a “re”, que atribuye a la pena caracteres de resocializaci3n, reeducaci3n, reinserci3n, repersonalizaci3n, reindividualizaci3n y reincorporaci3n. El Estado de Derecho es reemplazado por un Estado policial, paternalista, que desconoce la autonom3a propia de la persona.

2.2.2.2 Prevenci3n especial negativa

La prevenci3n especial negativa se atribuye la neutralizaci3n de los efectos de inferioridad de la persona criminalizada. El mal inferido al reo es un bien para el conglomerado social. Ante la aparente evidencia del fracaso de la ideolog3a “re” se apela a la imposici3n de penas impuestas por selecci3n arbitraria —neutralizaci3n— o al concepto de c3lula defectuosa que cuando no puede corregirse debe excluirse —eliminaci3n—: est3 demostrado que la criminalizaci3n secundaria deteriora al criminalizado y al susceptible de pris3n.

Nadie, en efecto, castigando a un culpable piensa ni tiene por m3vil el hecho mismo de la falta cometida a menos de abandonarse como bestia feroz a una venganza desprovista de raz3n; el que cuida de castigar con inteligencia no lo hace a causa del

pasado —pues lo que está hecho, hecho está— sino en previsión del futuro para que ni el culpable ni los testigos del castigo estén tentados a reincidir. (Platón, s.a., citado en Romilly, 2004, p. 161)

2.3 Argumentación de la pena

Los procesos de argumentación de la pena se originan en los postulados siguientes:

- La amenaza de sanción debe estar descrita en la ley penal, que habrá sido dictada por el órgano legislador competente con antelación al acaecimiento del hecho que le sirve de base;
- El catálogo estatal de sanciones guardará conformidad con la Constitución;
- El hecho será real, contemplará una acción voluntaria que colisione instantáneamente, en el ámbito temporal y espacial, con la voluntad de una segunda persona;
- Para llegar a la sanción, debe existir un proceso lógico cuya fase de prueba permita develar la relación indiscutible entre el imputado y el delito, destruyendo su estado de inocencia;
- El proceso penal debe estar rodeado de garantías supranacionales y constitucionales: (...) principios a priori de la libertad del hombre, de la igualdad del súbdito, de la autonomía del ciudadano, principios que no son tanto leyes dadas por el Estado ya instituido, sino condición para adaptar el Estado a los puros principios de la razón. (Kant, 1977, citado en Donna, 2006, p. 261)

2.3.1 Argumentación negativa de la pena

Al descartar el argumento metafísico de justicia absoluta, surgen cuestionamientos que ponen en duda la eficacia penal, ¿qué parámetros determinan la gravedad de los delitos?, ¿cómo puede resarcirse el daño social atentando contra la existencia psicológica, corporal o

económica del delincuente?, ¿la protección de bienes jurídicos es simultánea a su destrucción?

Los procesos de argumentación negativa de la pena buscan alternativas al derecho penal, para evitar las repercusiones sociales negativas de estigmatización, causa de males y de la destrucción de la existencia. Se trata de humanizar la organización de las relaciones sociales. (Zapatero et al., 2003, p. 323).

2.3.1.1 Minimalismo penal

El minimalismo penal, o derecho penal mínimo pregona la reducción radical del poder punitivo; este debe apegarse a la víctima, en el hecho, y al autor, en la imposición de la pena. Surge de la tradición liberal, y expone un concepto de pena basado en la necesidad de intervenir únicamente en conflictos muy graves que comprometan intereses generales, y en los que la ausencia de intervención pudiera suplirse por una venganza privada ilimitada.

El “garantismo” limita al sistema punitivo y exige cambios en la política criminal, orientándola a la defensa de los derechos: la criminalización primaria disminuiría en función de los casos graves de los que no se desprenda solución culturalmente viable.

Esta tendencia acude a distintas posibilidades penales:

1) Subsidiaridad: En lugar de introducir nuevos preceptos penales, los juristas y otros científicos deberían dedicar su trabajo a la búsqueda de posibilidades preventivas, alternativas al castigo penal o posibilidades que limiten los comportamientos que exigen penas.

2) Integración de la reparación en el sistema sancionador penal: El modelo penal actual detenta el conflicto y excluye a la víctima, sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazándola por un operador de justicia que representaría los intereses del soberano. La solución del conflicto se convierte en mero ejercicio de poder; el poder judicial representa otro de los poderes del gobierno. (Zaffaroni, 2005, 106).

La satisfacción de los intereses de la víctima debe incluirse en el ámbito de las tareas penales; deben entenderse los medios no penales como alternativa a la realización de los fines penales del castigo. Mediante la reparación se restaura el *statu quo*, se remedia el daño social causado, y se evitan los efectos *desocializadores* de otro tipo de sanciones.

3) Ampliación de alternativas: La ampliación de alternativas a la pena consiste en la búsqueda de posibilidades diversas que eviten acudir al castigo formal. Para el tipo de delitos de menor gravedad, puede resultar en un medio más efectivo, por su atenuación; está claro que para quienes no delinquen habitualmente, la instrucción penal puede tornar innecesario al castigo ulterior. (Zapatero et. al, 2003, p. 324).

4) Controles sólidos: La prevención puede darse a partir de controles sólidos que surjan de una vigilancia intensiva de la población, utilizando medios tecnológicos —métodos de investigación computarizados—, vigilancia acústica, vigilancia óptica, investigaciones moleculares genéticas, etc.

2.3.1.2 Abolicionismo penal

El abolicionismo penal se halla entre dos interrogantes: “¿Por qué se imponen penas?” y “¿Por qué debe existir la pena?” Responde a la búsqueda de su función manifiesta y de aquella del poder punitivo, y ha sido tradicionalmente asociado al anarquismo —“Doctrina que propugna la desaparición del Estado y de todo poder” (Real Academia Española, 2005, p. 99)— y al socialismo —“Sistema de organización social y económico basado en la propiedad y administración colectiva o estatal de los medios de producción y en la regulación por el Estado de las actividades económicas y sociales, y la distribución de los bienes” (Real Academia Española, 2005, p. 1413)—.

La obra “Du Droit de Punir” —Del derecho a castigar— del autor Émile de Girardin rompe con la tradición anterior y establece nuevos argumentos de deslegitimación de la represión penal. Su reflexión está sumida en el sentido real de la libertad: la libertad es una y es indivisible, al dividírsela aparece la arbitrariedad:

Defender la idea de que el hombre, hermano del hombre, no tiene el derecho de penarlo, que la sociedad no tiene derecho a emplear los medios bárbaros que usa y que hay medios mejores para contener al idiota o al insano, implica provocar una primera reacción de incredulidad, que dará lugar a la reflexión que generará objeciones, las cuales, a su vez, engendrarán las soluciones. (De Girardin, 1871, citado en Zaffaroni, 2005, pp. 271-272)

En el relativismo cultural se evidencia que lo prohibido en un país no lo está necesariamente en otro, lo condenado por una religión no lo está por otra; de igual forma, el significado del término “crimen” dista de aquel del término “guerra”, aunque esta contemple homicidios y robos colectivos, asociados al primero. El autor interpreta la “servidumbre penal” del modo siguiente:

- La pena es un vicio de la esclavitud y su origen es servil;
- la pena satisface deseos de venganza;
- el espíritu de dominio alimenta la penalidad;
- la sociedad se ha atribuido a título religioso el derecho de punición;
- la expiación no puede demandarse a través del castigo.

2.3.2 Argumentación filosófica de la pena

Las semillas del pensamiento moderno aparecen en la antigua Grecia, donde la idea de lo justo es elaborada autónomamente respecto de la religión; el pensamiento especulativo se diferencia de la fe y crea condiciones de desarrollo filosófico, orientándose hacia el descubrimiento de la esencia de la realidad. Sócrates reclama para la ciencia la “dignidad perdida”, y define la justicia como sabiduría; sus verdades, desarrolladas por Platón, están registradas en las obras “La República”, “Las Leyes” y “El Gorgias”. A la justicia, virtud moral, corresponde la cooperación jerárquica de las clases y de los individuos, a la que se opone el delito, como rompimiento. El nudo de su doctrina es la ética, la corrección de las costumbres, la educación de sus conciudadanos, su estimulación hacia la perfección moral.

Platón señala que no es posible, en relación con la injusticia, distinguir los delitos en voluntarios e involuntarios, mas dicha distinción es posible respecto de la acción concreta. El delincuente no ve el delito como una acción inmoral, sino que concibe en ella un bien subjetivo. Platón encuentra en la ceguera moral del delincuente causas como la cólera, el miedo, el placer, el deseo, la falta de nociones sobre el bien. Para el filósofo, las almas manchadas por la culpa descenderían al infierno, Hades, y descontarían allí las penas que les correspondieren; sin embargo, estima que hay naturalezas humanas incapaces de cualquier corrección, y que a estas habría que alejarlas de la república o someterlas a la pena capital, y que existen, paralelamente, naturalezas susceptibles de mejoría, cuyo castigo sería susceptible de graduación, en función de la perversidad de la intención dañosa.

Más adelante, Aristóteles plantea la importancia de la obediencia legal, a través de la actividad virtuosa y honesta y del castigo a las acciones contrarias. Según el filósofo, el hombre, que puede ser bueno o malo, puede inclinarse naturalmente hacia el bien, sometiendo sus instintos y haciendo que el elemento racional del alma prime frente al elemento sensible, visto que ambos coexisten en ella. A diferencia de Platón, Aristóteles plantea la noción de responsabilidad, para él, vicio y virtud son voluntarios; igualmente, surge la noción de elección como base del acto consciente y deliberado. La pena se presenta así como un medio para conseguir el fin moral que exige la convivencia.

Son los romanos quienes alcanzaron a elaborar un concepto de responsabilidad individual y eliminaron toda forma de pena transitoria y responsabilidad colectiva; su precursor fue Cicerón, quien halló en la subordinación del ciudadano a la ley y en la disparidad entre valores individuales y colectivos, la aniquilación de la voluntad individual frente a la colectiva; el ser humano empieza a vivir en relación al Estado como su ciudadano y no como hombre, y deberá sacrificarse en función de la república cuantas veces sea necesario. Cicerón encuentra el fundamento del castigo en la justicia divina; se castiga por hacer justicia; el bien supremo constituye el objeto de toda ley:

El que hace el esfuerzo necesario para perfeccionarse, cuidando juntamente el propio espíritu y el propio cuerpo, es el hombre de bien; el que tomando en consideración lo útil separadamente de lo honesto, acaba por caer en la culpa, es el

malvado. El delito depende esencialmente, por lo tanto, de anteponer al cumplimiento del deber un juicio de utilidad, juicio que necesariamente resulta falaz porque el delincuente, mientras gusta por anticipado el placer que se propone conseguir con la mala acción, no mira al mal de la pena, que no es solamente la conminada por la ley, frecuentemente eludible, sino más bien aquella otra, más acerba, que dimane indefectiblemente del mal ejecutado. (Costa, 1953, p. 27).

Cicerón estima que el castigo debe conservar una medida equitativa, que no debe infringirse con cólera o resentimiento ni ha de ultrajar al reo, y se pregunta si es preciso lograr que sirva de ejemplo, no bastando con el arrepentimiento del culpable. Los elementos de la voluntad humana permiten un análisis del delito según el propósito, el ímpetu y el caso, y diferencian por primera vez el elemento subjetivo de la acción penal. Roma constituye un progreso en las civilizaciones orientales, aunque la devoción a la ley sigue obteniéndose a través de la veneración, el temor y el interés.

En la Edad Media priman los principios de redención y espiritualización de la pena, que, a través del cristianismo, se originan en el mal, la predestinación y la gracia. La delegación divina deriva la venganza; la pena, venganza pública inspirada por el odio, justifica el dolor que provoca, por ser redentor. Para San Agustín, la justicia se presenta como retribución divina; la no obediencia es el pecado. Sin embargo, se pregunta cómo conciliar la perfección de la justicia con la infelicidad de justos y la satisfacción de malvados. La segunda fase de la filosofía cristiana se manifiesta a través de Santo Tomás de Aquino, (siglo XIII), para quien la utilidad de la pena deriva de su naturaleza de medio respecto al fin moral: la pena es la justa retribución.

Más adelante, humanismo y renacimiento se contraponen al tomismo y terminan, en la doctrina maquiavélica, en un Estado concebido como el producto de una fuerza personalizada en el príncipe, su autor y señor.

Tomás Moro, a inicios del Renacimiento (siglo XV), concibe, en cambio, una ciudad ideal sin tribunales criminales, a través de la instauración del *comunismo*, figura utópica que erradicaría los delitos. Sostiene que a nadie deben faltar medios de sostén y educación, que promuevan un comportamiento honesto ante los diversos casos de la vida.

Más adelante, Thomas Hobbes (siglo XVI) trata de demostrar que el derecho de castigar proviene del Estado y que no se contradice con el derecho de conservación del individuo. El derecho de castigar se funda en el hecho de que la organización política adquirió la facultad de defender con los medios más aptos la prosperidad y seguridad. La pena es un *mal* que se concibe sólo con el fin de preparar la voluntad de los hombres para la obediencia de la ley.

Y los delitos pueden siempre referirse a una de las causas siguientes: ignorancia, error de razonamiento, impulso pasional. Este concepto, aunque excluye un mérito o un demérito, dependiente del libre arbitrio, no elimina el mérito o el demérito fundados sobre el valor intrínseco de la acción y en consecuencia una responsabilidad graduable, según los casos. Existen, por lo tanto, motivos discriminantes, agravantes y atenuantes. (...) No puede ser castigado el que mata por el temor de ser muerto, habiendo obrado bajo un impulso de la misma naturaleza. Hay además circunstancias especiales, aptas para determinar la diversa gravedad de los delitos, la perversidad demostrada por el reo, la facilidad de que el delito encuentre limitadores, la oportunidad de ofrecer un ejemplo y otros semejantes. (Costa, 1953, p. 74).

Para Puffendorf (siglo XVII), sería absurdo castigar sin un fin, que no puede ser otro que el de evitar, mediante la intimidación de que provee la pena, que se cometa un nuevo delito; existen tres formas de alcanzar dicho fin: corrigiendo al delincuente; a través de la ejemplaridad, y eliminando el peligro social. El criterio de la medida de la pena se deduce de su fin de prevención. El castigo no puede hacer sufrir inútilmente al reo. La ciencia empieza así a dar frutos y se aleja de conceptos abstractos.

En la época de la Ilustración, movimiento cultural europeo (siglo XVIII), John Locke, preilustrado ‘padre del liberalismo’, sostuvo que los hombres son capaces de hacer pactos recíprocos como miembros de una comunidad política y que dichos pactos son producto de la voluntad. Locke funda la responsabilidad ético-jurídica en la personalidad; sólo el reconocimiento de las acciones como propias permite la atribución de un mérito o demérito

y la asignación de un premio o la imposición de una pena. La noción de libertad está conformada por tres elementos: capacidad de un poder determinado, una acción que deriva de este poder y la conformidad de dicha acción con la voluntad. Todo acto de justicia parte de una investigación preliminar que permita conocer aquello de que el sujeto haya tenido plena conciencia.

Montesquieu erigió las bases del derecho penal moderno a partir de la independencia de los poderes ejecutivo y judicial, colegiación de los jueces, institución del Ministerio Público y justa armonía de las penas con los delitos.

Beccaria emprendió la revisión de los principios del derecho penal:

Si las leyes, según la teoría entonces aceptada, debían ser “pactos de hombres libres”, dirigidas “a la máxima felicidad dividida por el mayor número”, ¿cómo se había tolerado durante tanto tiempo que fuesen, por el contrario, “instrumento de la pasión de unos pocos” y “nacidas de una fortuita y pasajera necesidad”? (Beccaria, 1821, p. 103)

Para Beccaria (siglo XVIII) los seres humanos han hecho una cesión gratuita de una porción de su libertad a fin de proteger y gozar tranquilamente de la parte restante; la soberanía es la suma de estas porciones de libertad en un mismo depósito. Esta unión es la base del derecho de castigar, cuyo fundamento se hallará en la estricta necesidad de defender el depósito de la seguridad pública contra las usurpaciones particulares.

¿Pero qué especie y qué grado de castigo debe poner la justicia pública, como principio y como regla? No puede ser otro más que el principio de igualdad apreciado en la balanza de la justicia, sin inclinarse más a un lado que a otro. Por consiguiente, el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a ti mismo: si le deshonras, te deshonras a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le maltratas o le matas, te maltratas o te matas a ti mismo. No hay más que el derecho del talión (jus talionis) que pueda dar determinadamente la cualidad y la cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un

tribunal (no por el juicio privado); todos los demás derechos son movibles y no pueden concordar con la sentencia de una justicia pura y estricta a causa de consideraciones extrañas que con ella se mezclan. (Kant, 1968, p. 172).

La atrocidad de las penas es directamente contraria al bien público: el objeto de los castigos no es otro que el de impedir al reo que vuelva a dañar a la sociedad, y el de retraer a sus conciudadanos del deseo de cometer semejantes delitos; entre las penas y el modo de imponerlas, es necesario elegir aquella que, guardando la proporción debida, haya de hacer una impresión más fuerte y duradera en el ánimo de los hombres, y la que menos atormente al inculpado.

Es preciso abandonar el método incierto de la autoridad, puesto que nunca se logrará con ella más que una obediencia hipócrita y pasajera. El medio más eficaz para precaver los delitos es perfeccionar la educación de todos, lo que significa procurar para todos las mismas oportunidades personales y sociales.

Una buena legislación se refleja en el arte de hacer que los hombres gocen de la mayor felicidad, o experimenten la menor infelicidad posible, según el cálculo de los bienes y males de la vida. Si se trata de evitar la comisión de delitos, es necesario hacer leyes claras y sencillas, tales que toda la sociedad gobernada por ellas reúna sus fuerzas para defenderlas. Estas leyes deben favorecer a cada individuo en particular; deben inspirar respeto y temor (no terror), pero estos sentimientos han de estar reservados a ellas exclusivamente.

Entendida la justicia como el lazo que une los intereses particulares y los intereses generales, está claro que todo castigo que pase la raya de la necesidad de conservar dicho lazo será de naturaleza injusta: “Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”. (Beccaria, p. 9, 1821). El castigo debe ser esencialmente público, pronto, necesario, proporcionado al delito, dictado por las leyes, y cuanto menos riguroso sea posible en las circunstancias dadas.

2.4 Determinación de la pena

El pensador John Locke definió el poder político como aquel que contiene el derecho de aprobar leyes y sancionar a quien las desobedece; este poder sería necesario para evitar una guerra entre los seres humanos, que surgiría de la búsqueda individual de felicidad y de la consecución de los objetos de sus deseos. La convivencia se favorece luchando contra el egoísmo individual:

Posea lo que posea, otras personas siempre pueden desear lo que poseo; por consiguiente, debo estar alerta. Ni careciendo de posesiones quedo libre del temor, pues los demás pueden ver en mí una amenaza a su poder y por tanto atacarme como medida preventiva. (Wolff, 2009, p. 28).

Sin embargo, el poder político requiere de un equilibrio entre la autonomía y la autoridad, que permita su justa distribución. La Constitución de la República fundamenta la seguridad jurídica en el respeto irrestricto al cuerpo legal en mención, en la existencia de normas jurídicas previas, en su claridad, publicidad y en su aplicación por parte de autoridades competentes, así se desprende de su artículo 82.

Los apartados segundo y sexto de su artículo 76 establecen:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

(...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

La pena, generalmente concebida, impone coacción contra la voluntad del delincuente y deteriora o destruye sus bienes jurídicos. El ideal actual del derecho penal liberal es el establecimiento de límites claros que sustituyan la idea de venganza contra el autor del hecho delictivo.

El juzgador impondrá un caso análogo para los casos asimilables y uno desigual para los que fueren visiblemente diferentes; sopesará y medirá la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier ejercicio de interpretación o aplicación de la legalidad que restrinjan su ejercicio; examinará la causalidad de las medidas adoptadas en relación con los fines perseguidos; y, se limitará a comparar distintos medios para elegir de entre los idóneos el menos lesivo posible (Velásquez, 2004, pp. 33 y ss.).

No existen derechos absolutos, cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado: al tutelar aquellos que son fundamentales y expandir su ámbito de protección, debe buscarse que todos sean compatibles entre sí en la mayor medida posible, esto es los derechos de la víctima tanto como los del imputado. (Carbonell, Miguel, p. 10, 2008).

Los conflictos, si existiesen, se dan entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, sí se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa ya que hace pensar en una colisión entre derechos cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites". (Villaverde Menéndez, 2008, p. 175) Los principios son mandatos de optimización, normas que ordenan la realización de la justicia, atendiendo a las condiciones fácticas y jurídicas del hecho punible. Las posibilidades jurídicas surgen de principios que juegan en sentido contrario:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer

paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (Alexy, 2008, p. 15).

Si bien los resultados de la tarea jurisdiccional de ponderación resultan particulares, al depender de las circunstancias de cada caso —lo que tiende a magnificar la “justicia del caso concreto” —, no existe medida común alguna que pueda determinar de modo general el peso de los principios relevantes. En la actualidad, ningún poder dispone de tiempo, de información o de acuerdos suficientes para prever y regular todos los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de los principios; dicha indeterminación normativa da lugar a la apreciación subjetiva del juzgador, en que su ideología y apreciaciones juegan un papel determinante. En este sentido, a los operadores de justicia les corresponde una tarea hermenéutica capaz de reconocer el valor constitucional de los derechos y de aplicarlos a los casos concretos, de forma justificada y razonable:

La Constitución proclama la igualdad, pero obviamente no establece (...) cuándo una determinada circunstancia fáctica puede o debe ser tomada en consideración para operar una diferenciación normativa; esto es algo que primero hace el legislador y luego el Tribunal Constitucional, pero no con base en la Constitución, que nada dice de forma concluyente, sino a partir de su propio razonamiento acerca de lo que merece ser tratado de manera igual o desigual. (Prieto Sanchís, 2008, p. 92).

Así, ha de procurarse que cuando un órgano jurisdiccional resuelva un caso individual de determinado ámbito normativo, resuelva con su reconstrucción todos los casos individuales pertenecientes a dicho ámbito. (Moreso, Juan José, p. 80, 2008). La satisfacción de uno u otro principio dependerá de la intensidad de la restricción del principio contrario, al que se le resta prioridad, y de la magnitud de su peso abstracto —medida común que posibilita la determinación del peso de los principios relevantes en el caso concreto—. El modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de “ponderación”, aunque se habla también de “razonabilidad”, “proporcionalidad” o “interdicción de la arbitrariedad”:

Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. (...) La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía (...) (Prieto Sanchís, 2008, p. 100).

La ponderación comprende la valoración del peso y, a través de ella, la resolución del conflicto particular, y contiene, a su vez, tres principios derivados: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en estricto sentido. El sacrificio impuesto al ejercicio de un derecho será adecuado y necesario —no existirá otro menos lesivo— para preservar otro derecho, o bien constitucionalmente protegido, y, cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor será la importancia de satisfacción del otro. (Moreso, Juan José, p. 71, 2008). Las leyes se crean para reglar un número indefinido de casos o de grupos de casos, pero en cuanto aparezca entre ellos un caso en el cual el medio no contribuya al logro del fin, la medida legislativa perderá su “idoneidad total”:

La versión fortísima del mandato de la idoneidad exige la elección de un medio a través del cual el logro del fin perseguido se alcance en la mayor medida posible en el sentido cuantitativo (el más alto alcance), cualitativo (el mejor de los alcances) y probabilístico (el más seguro de ser alcanzado). (Clérico, 2008, p. 131).

La restricción de un derecho es injustificadamente excesiva si pudo haberse evitado a través de un medio alternativo menos lesivo. La regla del medio alternativo establece que, de haberlo, y si su implementación puede fomentar el fin en igual o parecida medida que el medio establecido, y si la implementación del medio alternativo restringe en menor medida los derechos fundamentales, entonces la medida estatal no es proporcional.

El medio alternativo menos gravoso debe presentar a primera vista la misma idoneidad para el logro del fin. Y sólo cuando se pueda comprobar en forma evidente, que está a disposición otro medio menos lesivo, es el medio seleccionado por el legislador desproporcionadamente restrictivo y, por ello, inconstitucional. (Clérico, 2008, p. 153)

CAPÍTULO III

LA PRISIÓN EN EL SISTEMA PENAL

3.1 La pena privativa de libertad

3.1.1 Orígenes

Las ideas del delito y de la pena surgen unidas a las de Estado y derecho, y, como ellas, van desarrollándose desde la comunidad primitiva, confundidas con elementos heterogéneos de entre los que van apareciendo términos esenciales. La constitución de organismos políticos contempla la exteriorización de hábitos, tradiciones y ritos cuya observancia empieza a formar parte de la voluntad particular. Así se difunde la conciencia de la autoridad, que no es otra cosa que ley, cuyo valor universal se plasma en la sanción que acarrea su inobservancia.

En Oriente, la sociedad manifiesta la forma general inicial de Estado y derecho; la individualidad es suplida por la comunidad; en el antiguo imperio chino, el Jefe de Estado lo era todo y el súbdito nada; el emperador representaba la divinidad y las relaciones se basaban en la esclavitud. De esto se induce que toda norma surgida de ese Estado y de esa voluntad suprema y omnímoda fuera jurídica y válida; no había distinción entre el dolo y la culpa, la simple proposición y el hecho, la imputabilidad física y objetiva y la imputabilidad penal.

En la India aparece el Código de Manú, según el cual Brahma creó el genio de la penalidad, cuya función era la protección de los seres y la enseñanza de la justicia; la pena era la única

garantía de la justicia, del cumplimiento de deberes. La pena rige el género humano. El hombre, que por naturaleza no es un ser de virtud, llega a serlo por el temor que en él infunde el castigo. La intimidación y expiación son el único medio para acceder a la divinidad, para “ir al cielo”.

La civilización asiática occidental manifiesta la penalidad en el Código de Hammurabí, en que la justicia únicamente puede ser administrada por la divinidad. El delito es concebido como el triunfo del espíritu maligno en su lucha contra el espíritu benigno. En el pueblo hebreo, las Leyes de Moisés, a través del espanto de Jehová, amenazaban con destruir la voluntad del pueblo. En el antiguo Oriente, la idea de penalidad es netamente religiosa.

En las civilizaciones más antiguas aparecen distintas fórmulas de castigo. El filósofo griego Platón propone la privación de libertad como forma de custodia de deudores y ladrones; la contempla como un castigo y como medio de corrección. En Roma, el poder de castigar pasa formalmente a la comunidad judicial; la venganza privada es restringida y se instauran otros castigos como el destierro, la deportación y el exilio. La cárcel no tuvo una función punitiva, sino cautelar; se mantenía en ella a los encausados. Las primeras manifestaciones de la institucionalización del castigo nacen con la inquisición, instituciones eclesiásticas dedicadas a la supresión de la herejía, castigándola con la pena de muerte, de la que fueron derivándose todas las demás. La función de estas instituciones consistía en indagar sobre la enemistad del pueblo con el soberano, Dios, obligando al primero a autoincriminarse, haciéndolo merecedor de la pena y de la imposición de la disciplina a base del terror. Así se instrumentaba el inicio de un proceso secreto en que, si el reo abjuraba, se le imponía una penitencia, caso contrario, mediante una acusación, denuncia o actuación de oficio, el tribunal creado para el efecto disponía el tormento, para arrancar la confesión, y decidía sobre la sanción espiritual —excomunión, suspensión de oficios eclesiásticos o penitencia— o temporal —multas, confiscaciones, destierro o prisión—.

Del advenimiento del capitalismo, la extensión de los modos de producción, y como derivación de las casas de corrección y trabajo holandesas e inglesas, en que se albergaba y asistía socialmente a huérfanos, enfermos, ancianos y pobres, surge el antecedente de la reacción social carcelaria moderna. La clase burguesa buscaba poner a su servicio a las

masas de vagabundos expulsados del campo, a fin de convertirlos en trabajadores que pudieran retribuir a la sociedad dedicando sus esfuerzos a trabajar para ella.

Michel Foucault explica que el sistema capitalista, para desarrollarse, necesitó crear un poder que fijara a los hombres al modo de producción; un poder disciplinario, basado en el arte del cuerpo, formando un vínculo que simultáneamente lo hiciera más obediente y más útil. Al disociar el poder del cuerpo, el primero se convierte en una aptitud, una capacidad que trata de aumentar incesantemente, y, paralelamente, mudando energías, se somete al cuerpo a una relación de estricta sujeción al poder, tornándolo en una fuerza económica y alejándolo de la política. La actividad coercitiva del Estado se cubre tras la ideología de su aceptación, que permitía mantener sumisos a los elementos del sistema. Se pasa de un sistema indagatorio, por el que se trataba de saber lo ocurrido, a uno de vigilancia total y sin interrupción. El encierro contempla la posibilidad de estudio de las diversas técnicas de producción disciplinaria, aplicables en todo gobierno —desde una fábrica hasta un cuartel o internado—, que, indefectiblemente, invalidan las libertades formales. La prisión nace cuando el poder de castigar conlleva el poder de vigilar. El panoptismo social permite mantener a la sociedad vigilada y sumisa. Jeremy Bentham plasma este modelo en el denominado “panóptico”, que es una forma arquitectónica anular en medio de la cual hay un patio con una torre en el centro; el anillo, dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior, permitía al vigilante, dentro de la torre central, atravesarlas y vigilar al interno —que según el caso podía ser un reo, un estudiante, un obrero o un enfermo mental—.

A través de una metáfora, Michel Foucault apunta al conjunto de mecanismos que operan al interior de los procedimientos de que se sirve el poder. La sociedad disciplinaria, para modificar al cuerpo y tornarlo dócil, se sirve de tres operaciones:

- Vigilarlo continuamente y de forma personalizada;
- controlarlo a través de castigos y recompensas; y
- corregirlo, con apego a las normas prefijadas.

El encierro como tal, triunfa en la transición entre el antiguo régimen y el liberalismo, en que se sustituye la penalidad a base del suplicio —sensaciones insoportables en el cuerpo— por una penalidad propia de una sociedad contractual que ve en el castigo la forma de economizar la supresión de derechos. El encierro pasó de ser un medio de aseguramiento de la presencia del reo en el juicio —que aún se mantiene en la pena preventiva y privativa de libertad— a una explotación estatal del trabajo de los presos, propia del período correccionalista y moralizador, para terminar en un período marcado por los fines resocializadores de la individualización penal. Sin embargo, entre el primitivismo penal y la época moderna, se mantiene la idea de la reparación del daño hecho a los dioses y a la comunidad, destapando una venganza colectiva irracional que aún no ha sido redefinida ni reenfocada:

El sistema judicial aleja la amenaza de la venganza. No la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en la materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza. (Girard, René, 1995, p. 23)

El Estado genera ideologías de aceptación, fundamentales para encubrir su actividad coercitiva, lo que permite someter paulatinamente a todos los elementos del sistema. Todos los modelos sociológicos, antropológicos y metodologías historiográficas confluyen en el poder de castigar.

3.1.2 Funciones de la pena privativa de libertad

Las tres funciones formales o legislativas que debe cumplir el Estado en la privación de libertad radican en la retención y custodia de los internos, el proceso de resocialización, cuyo fin es su reeducación y reinserción social, y la prestación de asistencia para los liberados. Estas funciones deben observar el respeto irrestricto a la dignidad humana y a la libertad ideológica, y garantizarán el derecho a no sufrir tratos crueles o degradantes;

sobrepasarán la custodia y el aseguramiento y ofrecerán al privado de libertad toda la ayuda disponible para superar los problemas que lo hubieren conducido a delinquir; en este sentido su voluntariedad se torna en un elemento clave, pues él debe participar activamente en toda planificación y ejecución. Estas funciones responden a décadas en que el sistema penal tradicional ha resultado en el fracaso de las políticas de asistencia gubernamentales, lo que se evidencia en el incremento de las tasas de delincuencia, tasas de encarcelamiento, de reincidencia, de siniestralidad, y en los efectos de las condiciones de hacinamiento de las prisiones.

Las funciones sociales de la privación de libertad son instrumentales y simbólicas; las primeras se relacionan con la criminalización secundaria, ¿qué es “delito” y quiénes son los delincuentes? La sociedad identifica la delincuencia únicamente con el infractor penal y estima que el Estado es eficiente al perseguir y sancionar a los “criminales”. Las segundas recrean en la cárcel un espacio educativo desocializador en que el interno es el chivo expiatorio de la delincuencia habitual, lo que justifica la protección de intereses sociales mediante el control policial y penal, encubriendo otros tipos de criminalidad —los llamados de “cuello blanco”—. Las funciones políticas, del mismo tipo, simbólicas e instrumentales, atienden, respectivamente, a la creación de una imagen que identifique la desobediencia legal y la posibilidad de ser consecuentemente sancionado con la justificación de la sumisión gubernamental y judicial, y el aislamiento e inhabilitación mental y física de los internos.

Esta evidente transgresión de derechos fundamentales se evidencia en el fracaso de la legislación penitenciaria, y es simultáneamente justificada a través de su necesidad y constitucionalidad, pues los dispositivos utilizados están legitimados, permitidos y son aceptados de manera implícita.

3.1.3 Sentido político criminal de la pena de privación de libertad

El discurso criminológico se torna útil e indispensable para el funcionamiento de la penalidad, entre los siglos XVIII y XX el castigo es impuesto, no para castigar, sino para transformar al individuo; suprimida la idea de venganza, la punición es una mera tecnología

de la reforma. Los jueces pasan de un veredicto de connotación punitiva a uno injustificable. En su fase de conminación legal, la pena se dirige a la colectividad y se fundamenta y erige sobre la necesidad de protección de los bienes jurídicos; en su fase de determinación judicial, confluyen fines preventivos generales y especiales, en que su imposición confirma la vigencia de la norma penal y ratifica la amenaza estatal, y, simultáneamente, condiciona el contenido de su ejecución, en la medida en que contiene o pretende eliminar del riesgo la reincidencia; en su fase de ejecución, los fines preventivos especiales están en la efectividad de la condena y la revalidación de la conminación legal inicial. La idea preventiva general negativa, según la cual la amenaza de imposición de una pena disuadiría al infractor de cometer hechos penalmente relevantes, convive con el mensaje de la prevención general positiva, de afirmación del derecho penal, que asienta la conciencia social normativa y confirma la vigencia de la norma y la ratificación del respeto hacia ella. El modelo jurídico garantista identifica la prevención especial con la evitación de la reactivación de la delincuencia, a través de la resocialización o reinserción social. La utilidad de la sanción está ligada a la protección de las víctimas: su función preservadora tutela a la víctima mediante la contención de los riesgos del victimario a través de su encierro; su función creadora está en el ámbito legislativo y jurisdiccional, en los recursos penales. Así se restablece la paz social, que rodeaba a la víctima antes de la comisión del delito, mediante mecanismos que aseguran al victimario y lo someten a actividades de reparación del daño causado. Sin embargo, el espacio anterior, preexistente al delito, no contiene el sentido de victimización del espacio que es recreado a posteriori. El significado del hecho delictivo debe confluir con la construcción de una nueva realidad que permita a la víctima dejar de ver el mundo desde su perspectiva individual. La ejecución penal debe satisfacer criterios complementarios:

-abarcar la significación antijurídica del hecho, transmitiendo a la comunidad un mensaje de ratificación de la vigencia de la norma penal como un medio idóneo para tutelar los intereses básicos de las personas que conforman el entramado comunitario; constituiría el paradigma de adecuación de la intensidad de la respuesta a la significación antijurídica del hecho;

- proteger a las víctimas, evitando fuentes de riesgo de nueva victimación procedentes de la conducta del victimario condenado a la pena; dotaría de contenido al paradigma de protección de las víctimas;
- posibilitar la reinserción comunitaria del penado, favoreciendo dinámicas de “responsabilización” por el hecho cometido, a través, preferentemente, del instituto de la reparación del daño y la implementación de alternativas de contenido rehabilitador; conferiría sentido al paradigma de reintegración comunitaria del victimario. (Subijana Zunzunegui, 2005, p. 6).

3.1.4 Efectos de la prisión en el recluso

El Estado, con el paso de los siglos, encuentra en la prisión al único medio de control social atemorizante que ostenta y magnifica; actualmente, el derecho penal sigue optando por la pena y no por el delincuente, persevera la prevención especial frente a la general. Para el Estado es más fácil ocuparse del reo, individualmente considerado, que del pueblo y su educación. Así, deja paulatinamente de preguntarse cuántos niños terminaron la escuela primaria, cuántos jóvenes la escuela secundaria, cuántos reos fueron expulsados del seno interno familiar, cuántos, aunque no lo parezca, prefieren estar libres en prisión que libres fuera de ella, por el escaso acceso a condiciones de vida igualitarias y favorables para todos. Simultáneamente, no considera que muchos de los delincuentes perecen en cautiverio, en riñas internas en que, en la medida en que se ha conformado una sociedad pequeña, surgen disputas por el espacio o por los escasos bienes disponibles. Si la prisión no garantiza la rehabilitación que ahora se le atribuye, mucho menos refleja los presupuestos de intervención estatal mínima. El reo termina acostumbrándose a la prisión, si acaso la sobrevive. Lo que se impone es miedo, no respeto. Una política criminal cimentada en el terror no tiene los efectos deseados, quebranta los principios constitucionales, ignora o pretende ignorar que el encierro no conlleva resocialización, que esta no puede darse en un régimen de autogobierno en que la ley del más fuerte domina las relaciones.

La política criminal va perdiendo sentido y efectos; las reformas del sistema penitenciario se diluyen en la improvisación de políticas partidistas que no generan construcción alguna que garantice la seguridad tan anhelada. La ejecución de la sanción no considera al sancionado como a un ser humano: el reo debe sufrir y arrepentirse. El operador de justicia se torna en controlador, asume el rol del soberano herido que sólo ve en su posibilidad de castigar la consecución de su venganza. El legislador y el juez olvidan que no existe un gen de la delincuencia, y que en torno al delincuente deben considerarse otras instituciones que demandan atención primaria estatal, entre ellas, la familia y la educación.

Según Moty Benyakar, psicoanalista argentino (1946), las cárceles son “entornos disruptivos”, en que se dislocan las relaciones entre las personas, y entre estas y el medio físico y social. Caracterizan a estos medios la ruptura de las reglas de juego como consecuencia de la ineptitud de la norma escrita, lo que da lugar a la irrestricta violación de los derechos humanos; la inversión del sentido de las instituciones sociales, pues resultan incapaces de cumplir las funciones para las cuales fueron creadas: idealmente, la cárcel debería ser un medio para que quien hubiere delinquido pueda reparar el daño hecho y logre, simultáneamente, reinsertarse en la sociedad, a partir de la reeducación provista; sin embargo, la realidad se opone a esta creación normativa; la incertidumbre y desconfianza hacia todo y todos, y, la percepción distorsionada de la realidad y de sí mismos, que lleva a los internos a un profundo desconcierto personal y social.

El doctor Jesús Valverde, profesor de la Facultad de Psicología de la “Universidad Complutense de Madrid”, realiza un análisis de los efectos de la cárcel en el recluso, que consta en el cuadro siguiente, elaborado por la autora de esta investigación:

VISIÓN	
<ul style="list-style-type: none"> • Ruptura del espacio • Contrastes de iluminación • Escaso contraste de colores; ausencia de tonos cálidos 	<ul style="list-style-type: none"> • Dolores de cabeza • Deformación de la percepción visual • Perturbaciones especiales • Empobrecimiento de la vida; mundo en blanco y negro
AUDICIÓN	
<ul style="list-style-type: none"> • Alto nivel de ruido • Rumor permanente 	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas de oído • Problemas de concentración • Monotonía de sonidos
GUSTO	
<ul style="list-style-type: none"> • Comida insípida • Pobreza en diversidad de sabores 	<ul style="list-style-type: none"> • Pérdida del gusto • Problemas de salud

<ul style="list-style-type: none"> Comida de mala calidad 	
OLFATO	
<ul style="list-style-type: none"> La cárcel huele Pobreza olfativa 	<ul style="list-style-type: none"> Problemas de salud Pérdida del olfato
IMAGEN PERSONAL	
<ul style="list-style-type: none"> Carencia total de intimidad Confusión entre distancias Deficiencia en las instalaciones 	<ul style="list-style-type: none"> Pérdida de la imagen propia Confusión entre límites del cuerpo y del entorno Falta de aseo personal Pérdida de motivaciones Mala imagen sobre sí mismo
SEXUALIDAD	
<ul style="list-style-type: none"> Alteración de la vida sexual en el encierro 	<ul style="list-style-type: none"> Encuentros íntimos fortuitos Pérdida de sutileza en la sexualidad Embrutecimiento del sexo Frigidez Alternabilidad en comportamiento sexual: homosexualidad La masturbación sustituye el placer y contempla sólo un desahogo físico
AGARROTAMIENTO MUSCULAR	
<ul style="list-style-type: none"> Exceso de grasa en la alimentación Escasa movilidad Ansiedad Sensación de peligro 	<ul style="list-style-type: none"> Frecuentes contracturas musculares Dolor corporal Alteración del sueño Aumento de la dependencia de la droga Exageración del egocentrismo: el individuo pierde el sentido de solidaridad y busca únicamente protegerse a sí mismo Movimientos rígidos
PSICOLOGÍA SOCIAL	
<ul style="list-style-type: none"> Ambiente único, total Estructura poderosa frente a debilidad del preso Aislamiento 	<ul style="list-style-type: none"> Exageración de las situaciones Encierro en el tiempo Dificultad para elaborar proyectos futuros Necesidad de autoafirmación para mantener la autoestima, lo que implica necesidad de defensa: enfrentamiento o sumisión Restricción de relaciones interpersonales Pérdida de vinculaciones Pérdida de noción de la realidad Distorsión de recuerdos; idealización Anormalización de relaciones con personas al exterior
PSICOLOGÍA INDIVIDUAL	
<ul style="list-style-type: none"> Enfrentamiento Situación poderosa, violenta, anormal Relaciones interpersonales jerarquizadas, centradas en la dominación Ausencia de responsabilidad 	<ul style="list-style-type: none"> Anomalías Patologías Inadaptación El reo empieza a depender del régimen de la prisión Reducción drástica de la capacidad de elección Pierde influencia sobre la toma de decisiones propias Actitud pasiva frente a lo que viene Delegación de responsabilidad propia Apatía
CONSECUENCIAS SOBRE EL FUTURO	
<ul style="list-style-type: none"> Comportamiento primario Imprevisible dirección de la vida en la cárcel 	<ul style="list-style-type: none"> Si el recluso no puede controlar su presente, mucho menos puede planificar su futuro

- | | |
|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none">• Depende de expectativas que no puede establecer |
|--|---|

Según Judith Herman, escritora alemana (1970), la cárcel está cargada de amenazas, de peligros que atentan contra la integridad corporal, la psicología y la propia existencia de los internos: violencia, aplicación antojadiza de reglas arbitrarias, supervisión constante de todas las actividades que realiza el recluso, incluidas las más íntimas, castigos denigrantes, etc. El efecto de estas situaciones de ruptura constante provoca sensaciones de incertidumbre y hacen al interno creer que su vida está en riesgo permanente. La respuesta humana normal al peligro se halla dentro de un sistema integrado de reacciones corporales y mentales; estas se suceden cuando la acción que pudiese tomarse frente a la experiencia no avizora ningún beneficio, cuando no es posible resistir ni escapar, lo que desorganiza y sobrepasa al ser humano. Frente al maltrato interno constante, que parte de una indiferencia política y social inminentes, las personas privadas de libertad se hallan indefensas e impotentes, lo que las incapacita para la resistencia. Los internos terminan por renunciar a cualquier iniciativa, como mecanismo de resguardo y protección frente a la imposibilidad de escapar. En este entorno van quebrándose las relaciones humanas básicas, los vínculos familiares, amistosos, las relaciones amorosas y comunitarias. Los efectos de la *prisionización* también contemplan un “después”, fase posterior a la liberación. Al cumplirse la condena, el recluso queda en libertad y tendrá que enfrentarse, en mayor o menor medida, según el tiempo que hubiera permanecido en cautiverio, al mundo y a la comunidad. Las experiencias varían, son disparejas, pero diversos estudios psicológicos hallan frecuentemente en este tipo de casos, de trastornos de despersonalización, que se manifiestan como síntomas disociativos, —ansiedad (dificultad para respirar, pulso acelerado, palpitaciones), alteraciones de la personalidad, esquizofrenia, trastornos afectivos, depresión, fobias, ataques de pánico, alteraciones alimenticias, estrés, entre otros—. Una vez liberados, los reclusos han perdido el interés por la participación en actividades que en condiciones normales les hubieren resultado significativas; hay sensaciones de desapego; se reduce la vida afectiva; aparecen sentimientos de desolación y desesperanza. Lamentablemente, la sensación de un futuro desolador podría considerarse apropiada a la realidad que les espera, pues junto con los prejuicios sociales imperantes, las

oportunidades laborales son casi nulas. La carencia de asistencia post-penitenciaria dificulta igualmente su reinserción social. Estas personas pueden caer en episodios de automutilación o incluso llegar al suicidio; algunas abusan del alcohol o de las drogas y generalmente van perdiendo conciencia de su comportamiento.

3.1.5 Alternativas procesales y alternativas a la privación de libertad

Los apartados 1 y 11 del artículo 77 de la Constitución de la República señalan, respecto de las garantías de todos los procesados, las siguientes:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

(...) 11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

En concordancia se expresa el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal:

Art. 159.- Finalidades.- (...) En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán

en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia. (...)

Tanto para la imposición de medidas cautelares —destinadas a prevenir la consecución de un fin determinado o a precaver aquello que pudiera dificultarlo—, como para la imposición de sanciones —pena impuesta al infractor—, el juzgador estará dispuesto a su sustitución por medidas y penas alternativas a la prisión. En este sentido se expresan las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General de la organización, mediante resolución de 14 de diciembre de 1990. Dichas reglas contemplan las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país, así como los propósitos y objetivos de cada sistema penal. Contienen principios básicos para promover la aplicación de penas no privativas de la libertad, con el objeto de fomentar mayor participación de la comunidad en la ejecución de la justicia penal. Igualmente, procuran fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad para con la sociedad. Los Estados miembros se esforzarán por alcanzar un equilibrio adecuado entre los derechos de los delincuentes, aquellos de las víctimas y el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención delictiva, a través de la racionalización de las políticas de justicia penal. En concordancia se expresa el artículo 1 de la Resolución signada con el mismo número, emitida por el Consejo Consultivo de la Función Judicial, de “Aplicación prioritaria de salidas alternativas establecidas en el Código de Procedimiento Penal”, al señalar que los fiscales y defensores públicos privilegiarán la adopción de medidas alternativas de solución de conflictos, promoviendo la reparación integral, a través de acuerdos entre las partes y/o procedimientos especiales.

3.5.1.1 Procedimientos simplificados

El procedimiento abreviado es una alternativa al juicio penal ordinario; supone un acuerdo entre el procesado y el fiscal, en virtud de que el primero admite el hecho fáctico que se le

atribuye y consiente en someterse a tal procedimiento y, el segundo, solicita la imposición de una pena. El juez de garantías penales debe oír al procesado; si su resolución es conforme a la petición, la enviará inmediatamente al tribunal de garantías penales para que este avoque conocimiento y resuelva la adopción o no de la pena como consecuencia del procedimiento. La pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal. El procedimiento simplificado permite conocer aquellos delitos cuya pena no exceda de cinco años de privación de la libertad, siempre que no impliquen vulneración o perjuicio a los intereses del Estado. El fiscal lo solicitará expresamente al juez, y será competente para sustanciar y resolver dicho procedimiento el tribunal de garantías penales al que por sorteo hubiera correspondido la competencia, en audiencia oral y pública. El fiscal formulará la acusación con relación a las pruebas que hasta la fecha haya producido. Las acciones por delitos de acción pública, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al fiscal, sin que medie denuncia previa, pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice; así lo establece el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. El fiscal se allanará a este pedido o argumentará ante el juez las razones de su negativa. La conversión no cabe en el caso de delitos que comprometan de manera seria el interés social; cuando se trate de delitos contra la administración pública o que afectan los intereses del Estado; cuando se trate de delitos de violencia sexual, intrafamiliar o delitos de odio; cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, ni cuando la pena máxima prevista para el delito sea superior a cinco años de prisión (si hubiere pluralidad de ofendidos, será necesario el consentimiento de todos ellos). Una vez que la acción sea transformada, cesarán todas las medidas cautelares dictadas. La figura permite a las partes llegar a acuerdos previos y manejar la acción a partir de intereses mutuos.

3.5.1.2 Medidas o penas no privativas de libertad

Según la misma categorización de delitos, caben los acuerdos reparatorios, en tanto el procesado y el ofendido convengan en la reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo, que será

inmediatamente remitido al juez de garantías penales para su aprobación en audiencia pública, oral y contradictoria. En la resolución en que se apruebe el acuerdo se ordenará el archivo temporal de la causa; su archivo definitivo procederá cuando el juez conozca del cumplimiento íntegro del acuerdo. La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza de ejecutoria; en caso de que no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre hacer cumplir el acuerdo o que continúe la acción penal.

En todos los delitos sancionados con prisión, y en aquellos sancionados con reclusión de hasta cinco años —excepto en los delitos sexuales, crímenes de odio, violencia intrafamiliar y delitos de lesa humanidad—, el fiscal, con el acuerdo del procesado, podrá solicitar al juez de garantías penales la suspensión condicional del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación. La suspensión se pedirá y resolverá en audiencia pública; el ofendido podrá asistir a la audiencia y manifestarse. Al disponer la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantías penales establecerá medidas condicionales cuyo cumplimiento no excederá el término de dos años; cumplidas las condiciones impuestas, el juez de garantías penales declarará la extinción de la acción penal: residir o no en un lugar determinado; abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; someterse a un tratamiento médico o psicológico; tener o ejercer un trabajo o profesión, oficio, empleo, o someterse a realizar trabajos comunitarios; asistir a programas educacionales o de capacitación; reparar los daños o pagar determinada suma al ofendido a título de indemnización de perjuicios o garantizar debidamente su pago; fijar domicilio e informar a la fiscalía de cualquier modificación de aquel; presentarse periódicamente ante la fiscalía u otra autoridad designada por el juez, y en su caso, acreditar el cumplimiento de las condiciones impuestas, y que no inicie instrucción fiscal en su contra por la comisión de un nuevo delito. Cuando el procesado incumpliere cualquiera de las condiciones impuestas o transgrediere los plazos pactados, el juez de garantías penales, a petición del fiscal o el ofendido, convocará a una audiencia donde se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la suspensión condicional.

CAPÍTULO IV

TRÁNSITO, CULPABILIDAD Y PENA NATURAL

4.1 La culpabilidad

Generalmente la atribución del delito culposo corresponde a causas derivadas de una acción u omisión voluntaria carente de malicia cuyo resultado implica un mal concreto; existe una relación evidente entre causa y efecto, que liga ambos extremos. El resultado producido por la acción desprende una imputación causal y no objetiva, subjetiva ni personal, que permiten, conjuntamente, conocer si el resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de determinada conducta:

La exigencia de imputación responde al principio de culpabilidad, en sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito, pero al mismo tiempo es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo, del injusto y de la infracción personal de la norma: la imputación objetiva es necesaria para afirmar el desvalor intersubjetivo de la conducta y el desvalor del resultado del tipo objetivo, la imputación subjetiva es necesaria para el tipo subjetivo y, por tanto, para completar el tipo; la ausencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación también ha de poder ser objetiva y subjetivamente imputable para que el tipo pueda imputarse como antijurídico; y, por último, el hecho antijurídico ha de poderse imputar a un sujeto capaz de acceder a la norma en condiciones de motivabilidad normal (imputación personal, necesaria para que el hecho antijurídico se convierta en infracción personal de la norma y se complete la culpabilidad del sujeto). (Mir Puig, p. 19, 2003).

Está claro que el tipo penal no está compuesto únicamente de elementos objetivos descriptivos o normativos; la acción es un proceso causal regido por la voluntad; sólo el acto voluntario tiene relevancia penal; el acto voluntario debe ir dirigido a un fin: el autor

propone anticipadamente su realización y selecciona los medios necesarios para su consecución —fase interna—; una vez propuesto el fin y seleccionados los medios, el autor realiza el acto —fase externa—. En la vertiente subjetiva del tipo penal, que contempla su fin, efectos concomitantes y selección de medios, se hallan la conciencia y la voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito —dolo—. El dolo contempla un elemento intelectual —el sujeto sabe qué es lo que hace y conoce los elementos característicos de la acción tipificada, no necesariamente aquellos pertenecientes a la antijuridicidad o culpabilidad, y un elemento volitivo, el querer realizarla: sólo la finalidad del autor puede dar sentido al proceso causal. Sin embargo, el derecho penal no sólo sanciona acciones finales en las cuales la realización del tipo objetivo coincide con el fin pretendido por el autor o con los efectos concomitantes admitidos, sino aquellas cuya finalidad puede ser penalmente irrelevante, pero que, realizadas imprudentemente, producen resultados anteriormente prohibidos. La desaprobación jurídica recae sobre la forma de realización de la acción: se invita a los ciudadanos a emplear la diligencia y cuidado debidos en acciones que pueden resultar lesivas. El deber objetivo de cuidado supone una comparación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor, y la observada por este; se consideran las consecuencias de la acción de previsible producción, las medidas socialmente adecuadas y los conocimientos o facultades individuales del sujeto; se habla de imprudencia consciente e imprudencia inconsciente, según la previsión del resultado. En el delito culposo la acción típica no es expresa; el contenido imprudente de la acción es determinado por el juzgador; se trata de “tipos abiertos” en que la característica de imputabilidad es completada por vía judicial. Las reglas y principios relativos a la experiencia son generalizaciones y abstracciones que se aplicarán al caso concreto. La observancia del deber objetivo de cuidado y la diligencia debida constituyen el punto de referencia del tipo de injusto de tal delito. Los delitos imprudentes son tipos abiertos en los que sólo aparece descrito el resultado: la conducta prohibida no es descrita de manera exhaustiva. El deber jurídico expresado debe ser objeto de valoración por el juez en el caso concreto:

La identificación entre tipo y antijuridicidad conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo (...) Aunque en la práctica ambas cualidades de la acción se suelen comprobar conjuntamente, nada impide que puedan y deban ser separadas conceptualmente. (Muñoz Conde, 2005, p. 33).

Así, la realización imprudente de los elementos objetivos del tipo penal no se castiga en todos los casos; se castigan los comportamientos que llegan a producir un resultado realmente lesivo para los bienes jurídicos fundamentales —vida, integridad física, salud— en tanto la acción permanezca bajo de las exigencias del cuidado objetivo. La consideración de la finalidad es valorada en el ámbito de la culpabilidad, y deja a la tipicidad y antijuridicidad la valoración del aspecto causal del comportamiento humano. Tradicionalmente, la culpabilidad se atribuía a quien pudo actuar de modo distinto a como lo hizo, capacidad en rigor indemostrable: actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, habiendo podido actuar de modo distinto. La culpabilidad contempla la atribución del acto a su autor —conocimiento del carácter de prohibición del acto y facultades psíquicas del autor—; se trata de una categoría cuya función es la de acoger los elementos determinantes de la imposición de una sanción. Este fenómeno social, no individual, implica la caracterización de la acción para poder imputársela a alguien e imponerle una sanción. El Estado delimita la culpabilidad y la libertad. Cualquier alteración de la capacidad de reacción frente a las exigencias normativas determinará la exclusión o atenuación de la culpabilidad. En el delito imprudente, la acción antijurídica es involuntaria y ocurre por falta de cuidado debido y de previsibilidad objetiva; el resultado aparece de una acción irreflexiva, se asienta en ella como “injusto mediato previsible”, que es aquello por lo que el derecho penal imputa a su autor. El ordenamiento se basa en el “poder individual de evitación” y en el resultado producido. (Donna, p. 257, 2006). Del delincuente, en general, se presume que cree poder evitar la pena, o que, al delinquir, obtiene un lucro que es mayor al sufrimiento de la pena que le correspondiere. En el delincuente imprudente, el peligro de repetición de la acción delictiva es mínimo, en consecuencia, la idea de corrección pierde sentido. El derecho penal moderno castigará el delito imprudente sólo en los casos en que dicha modalidad esté expresamente prevista en

la ley; contendrá tipos delictivos concretos en que se sancione expresamente su forma de comisión culposa. “Toda producción de un resultado que no se deba al menos a un comportamiento imprudente, debe estimarse como fortuita y excluirse, por tanto, del ámbito de lo penalmente relevante”. (Muñoz Conde, 2005, p. 62). Es contrario a los principios de culpabilidad y proporcionalidad sancionar igualmente al delito culposo y al delito doloso —en caso de desprenderse de la acción el mismo resultado—.

4.1.1 Clasificación de los delitos culposos

Los teóricos de los siglos XVI, XVII, XVIII y parte del siglo XIX, sólo consideraban la existencia del delito doloso, mientras que el culposo era considerado como un cuasidelito: “Acción dañosa para otro que uno ejecuta sin ánimo de hacer mal, o de la que, siendo ajena, debe responder uno responder por algún motivo” (Real Academia Española, 2001, p. 472). En la etapa posterior, de desarrollo de la teoría causalista, autores como Franz Von Liszt, Ernst Von Beling y Edmund Mezger, sostuvieron que lo importante era el resultado y no la estructuración de la acción. La acción refleja la conducta humana voluntaria, pero prescinde del contenido de la voluntad, del fin. Para el establecimiento del concepto de acción es necesaria la actuación voluntaria del sujeto; lo que el sujeto haya querido, sin embargo, ello es relevante únicamente respecto de su culpabilidad. Esta teoría reduce la acción a un proceso causal que desconoce que las acciones están dirigidas a un fin; dicho fin debe ser considerado en el concepto de acción. A posteriori, se desarrolla la teoría finalista. La norma jurídica penal tiene por base a la conducta humana; no constituirán delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni la intención de delinquir, en tanto no se manifiesten en un acto externo. (Muñoz Conde, 2005, pp. 7, 8). El legislador, al describir una conducta penal, no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin: carece de sentido prohibir procesos estrictamente causales, pues la norma penal motiva a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones cuyos resultados son previsibles y evitables.

El Código Penal no está compuesto solamente por tipos penales, en los cuales la finalidad del autor coincide con el fin prohibido por la norma, sino que también se contemplan casos en los cuales la finalidad tiene una dirección distinta a la señalada por la norma. En este último supuesto nos encontramos frente al llamado delito culposo. (Romero, 2002, p. 119).

Existen códigos penales que admiten que cualquier delito tipificado puede cometerse de modo imprudente y existen otros cuya parte especial los tipifica de manera específica. En general, se trata de un delito en que la finalidad del autor no está dirigida a la producción del resultado prohibido. Para establecer los elementos que componen legalmente el tipo culposo, se debe analizar si su resultado pertenece o no a su antijuridicidad delictiva o a la penalidad objetiva, partiendo de que ya no se puede pretender que el elemento objetivo de los delitos, dolosos y culposos, se produce en la sola realización del resultado. Anteriormente, el resultado contemplaba la imposición de la sanción —sin que se valorara la intención delictual—; actualmente, la modernización de la ciencia penal exige que en la comisión de la infracción se evidencien la creación de un riesgo prohibido, la naturaleza jurídica del resultado, la relación entre la violación al deber de cuidado y la capacidad de prevención, la exposición consciente al peligro, etc. La norma penal tiene como objeto una acción que se ve limitada en la manera de actuar; por el contrario, el delito culposo se caracteriza por la ausencia de voluntad respecto de su resultado; en él sólo se halla una “finalidad potencial” que resulta contraria al cuidado. Si el resultado no es consecuencia directa de dicha acción, que debe ser objeto de prohibición normativa, no puede hablarse de infracción penal. (Hirsch, 2002, p. 56). A continuación consta un cuadro, elaborado por la autora de esta investigación, en que constan los elementos del tipo culposo (Romero, 2002, pp. 121, 122):

Elemento condicionante	Elementos integradores	Causas de exclusión
<ul style="list-style-type: none"> • Autor debe estar en capacidad de prever el nexo causal y producción del resultado 	<ul style="list-style-type: none"> • Infracción del deber de cuidado • Resultado objetivamente imputable a la acción 	<ul style="list-style-type: none"> • Acto reflejo • Fuerza física irresistible • Estado de inconsciencia absoluta

En tal contexto cabe mencionar nuevamente que no se puede prohibir el mero hecho de causar un resultado sino que solamente un actuar dirigido por la voluntad puede ser objeto de una prohibición. En el caso del delito culposo de [sic] trata de la acción caracterizada como contraria al cuidado. (Hirsch, 2002, pp. 59, 60).

En cada caso concreto, el juzgador debe detectar la infracción al cuidado, la conciencia de riesgo respecto de la peligrosidad de la acción, y la conciencia de riesgo concreto. Existen dos clases de imprudencia, la consciente y la inconsciente. En el primer caso, el autor de la infracción conoce efectivamente el peligro que corren los bienes jurídicos protegidos; en el segundo caso, tal peligro es inexistente, su conocimiento es potencial. En el caso del tránsito, se habla de delitos de peligrosidad abstractos (Hirsch, 2002, p. 69); en ellos el actor debe tener conciencia sobre la existencia de un riesgo concreto de realización del resultado:

Resumiendo, si vamos al ejemplo de quien conduce un coche a exceso de velocidad por una calle transitada por niños que salen de la escuela, éste no puede ni siquiera representarse la posibilidad de arrollar a algún niño, en cuyo caso habrá imprudencia inconsciente o sin representación. Pero también puede representarse esa posibilidad lesiva, pero confiar en que habrá de evitarla fundado en que tiene frenos potentes en el vehículo y en su pericia como volante, en cuyo supuesto habrá imprudencia consciente o con representación. En cambio, si cuando se representa la posibilidad de producción del resultado lo acepta como tal, diciendo “que [sic] me importa”, el caso sería de dolo eventual [el autor considera el resultado como probable sin tomar previamente ningún tipo de precaución]. (Romero, 2002, p. 123).

La comparación entre una y otra clase de imprudencia permitirá la graduación de la pena que ha de aplicarse; la imprudencia en que el autor confió en el azar para que el resultado no se produjera, es más grave que aquella en que el autor confió en su capacidad de evitarlo:

El sujeto no quiere la producción de un resultado lesivo, pero éste se le “representa” de probable producción de seguir adelante con la conducta que quiere realizar. (Carrera de coches en dirección contraria; atraco a un banco a mano armada). El dolo eventual se halla en la frontera entre el dolo y la imprudencia. Para diferenciar uno y otra, existen dos teorías. *Teoría de la probabilidad*: Estaríamos ante el dolo eventual cuando la producción del resultado lesivo se le aparezca al sujeto como muy probable, y aún así, actúa. Por el contrario, sería imprudencia cuando el resultado lesivo aparezca como poco probable o de difícil producción. (“Minizoo” donde un león se medio merendó a una profesora y a una niña de colegio). *Teoría de la voluntad del consentimiento*: Estaríamos ante el dolo cuando la producción del resultado se apareciese como segura. Por el contrario, si el sujeto no hubiese actuado de saber el resultado, estaríamos ante la imprudencia. En la práctica, los jueces parten de si la conducta desencadenante del resultado es de por sí delictiva, entonces estamos ante el dolo eventual. (Mora, 2008, p. 19)

4.1.2 Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad

La culpabilidad, tradicionalmente concebida como el pecado o transgresión voluntaria de la ley de Dios (Real Academia Española, 2005, p. 482), ha variado su sentido conforme al desarrollo jurídico penal de los distintos sistemas. Fundamento de la responsabilidad penal y requisito *sine qua non* de la punibilidad o potestad sancionadora estatal, ha sufrido transformaciones en la medida en que a la imputación subjetiva y personal, por la comisión de una conducta típica y antijurídica, se la conecta con las emociones y el psiquismo de su autor. Ello ha permitido a la legislación moderna, en el denominado derecho penal liberal, no sancionar al autor de los delitos culposos, como reacción proporcionada frente al hecho cometido. En el siglo XX se utiliza en el derecho penal el método de las ciencias humanas —de comprensión y valoración— que supera las ideas del deber de observancia irrestricta de la norma y aquel de cuidado. Lo anterior, puesto que la mayor parte de realizaciones típicas imprudentes suceden en el seno de actividades peligrosas que están permitidas por su utilidad social: el tráfico, la industria, la medicina, los deportes. En estos supuestos, el

deber de cuidado obliga a sobrepasar el riesgo permitido: deber de cuidado como deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas. La concepción de la culpa empieza a basarse en los caracteres de los infractores, lo que permite valorar la personalidad en la experiencia concreta. En Alemania y en Austria, la culpa es reconocida como base de la pena y del castigo para quien ha actuado culpablemente; quien actuare sin culpa no será sancionado:

En cuanto al destino que deba corresponder al autor, lo decisivo no es determinar si éste hubiera podido comportarse de otro modo, sino si una persona honrada y con escrúpulos hubiera actuado de forma diferente. La razón por la que pretendemos corregir al autor mediante una pena o una medida de seguridad, o apartarle de la sociedad, es precisamente el hecho de que él *no* puede hacer lo que otros sí pueden. (Jescheck, 2003, citado en Kadeèka, 1959, p. 61-62)

Para Hans-Heinrich Jescheck, la conducta aparece como manifestación de la personalidad del infractor; así, se juntan el comportamiento psicológicamente reprochable y el juicio normativo de valor de dicho comportamiento. La medida de la culpabilidad depende de la posibilidad de haber tenido libertad absoluta al momento de tomar una decisión concreta, conocer sobre la posibilidad de evitación del delito a partir del autocontrol. El reproche contempla la facultad de autodeterminación de optar por cumplir la norma y en contra de aquello que esta señala como injusto. Esta directriz permite tratar al infractor según sus propios méritos.

4.2 Significado de la “pena natural”

(...) porque me parece duro caso hacer esclavos a los que Dios y naturaleza hizo libres. Cuanto más, señores guardas —añadió Don Quijote—, que estos pobres no han cometido nada contra vosotros. Allá se lo haya cada uno con su pecado; Dios hay en el cielo, que no se descuida de castigar al malo, ni de premiar al bueno, y no

es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello. (De Cervantes, 2004, p. 207)

El carácter punitivo del derecho penal contempla manifestaciones que, establecidas anteriormente en la ley, se presumen adecuadas y proporcionales; sin embargo, se trata de una presunción abstracta, que excluye al sujeto imputado, y no se consideran los daños o lesiones que, como consecuencia del mismo delito, pudo sufrir. El reproche debe necesariamente ser proporcional a la gravedad concreta del injusto cometido, ser racional, necesario y no únicamente cruel, respecto de las circunstancias particulares de la víctima. Deberá considerarse el mal o daño que, fruto de una acción delictiva, sufrió quien la hubiere cometido; el castigo punitivo legal se asimila a dicho sufrimiento, contempla padecimientos asimilables que permiten un análisis sobre su necesidad o eficacia. Esta es una construcción teórica que en el Ecuador, en particular, no tiene mayor amparo legal, pero que ha venido desarrollándose a partir del siglo XVII, considerando el orden natural que, en el mismo infractor o en sus familiares, ha castigado ya al infractor. Se trata de considerar la desproporción de la imposición de una pena en quien, naturalmente, ya ha sufrido otra: aflicción, molestia, preocupación, inquietud, depresión, pesadumbre, culpabilidad, etc. ¿Es legítimo aplicar una pena legal a quien, con motivo del injusto cometido, sufrió o padeció un mal?, ¿es legítimo aplicar una pena legal a quien, con motivo del injusto cometido, padecerá hasta el día de su muerte recriminaciones endógenas y exógenas por parte de quienes lo rodean? Estos criterios deben necesariamente ser considerados por el juzgador, permitiendo una ponderación entre la pena natural y la sanción que correspondiere al caso. Quien inicialmente consideró la pena natural es el filósofo Thomas Hobbes, bajo el concepto de “pena divina”, contemplaba las “malas consecuencias naturales” que no constaban en el concepto de “pena”:

Dado que ciertas acciones están conectadas por su naturaleza con diversas consecuencias perjudiciales, como cuando, por ejemplo, una persona al atacar a otra se golpea o lesiona a sí misma, o cuando alguien contrae una enfermedad al ejecutar una acción contraria a la ley, tales perjuicios en relación a la persona no integran el

concepto de “pena”, ya que no es inflingida [sic] por una autoridad humana, aunque, en relación a Dios, el Señor de la naturaleza, es posible hablar de aplicación y por lo tanto de una pena divina. (Hobbes, 1651, citado en Grouvet, s.a., p. 2).

El pensamiento filosófico asimilaba la pena que sufría el autor del delito con el castigo divino, colmando el reproche por el injusto cometido. Esta compensación permitía fundir lo que se debía moralmente a Dios y lo que se debía al poder punitivo. El sufrimiento natural neutralizaba la culpa y cancelaba la ofensa a la divinidad. Immanuel Kant trazó una distinción entre los conceptos de “*poena forensis*” y “*poena naturalis*”; la primera se refiere a la sanción específica impuesta por la autoridad al culpable de un delito; la segunda contempla la punición natural del vicio, que permite la dispensa de la pena en tanto las consecuencias que el infractor hubiere sufrido a raíz del delito fueren de tal magnitud que la imposición de un castigo adicional representaría un error evidente. Sin embargo, las leyes que gobiernan la naturaleza no conllevan consecuencias normativas de la imputación que permitan consideración jurídica o valoración moral de ningún tipo. Al tratar de identificar la pena natural, se lo hace con el mal que sufre el agente en la comisión de la infracción o producto de ella, sea que el daño se lo cause él a sí mismo, sea que resulte de terceros, sea que recaiga en quienes tuvieren relación con él. En este sentido se considera la repercusión negativa de la infracción en el autor, en la medida en que la relación filial, laboral, comercial, de amistad, etc., lo afecte; se tendrá en cuenta la relación conculcada y la afectación alegada: es evidente que todo mal será alegado y probado, salvo en caso de presunciones de derecho o hechos convencionalmente aceptados, como el afecto entre cónyuges o entre padres e hijos. La pérdida, además, no tendría por qué haber sido esperada por el autor; no debe existir conexión directa entre el hecho delictivo y el origen del padecimiento que acaezca.

Se ha considerado uniformemente que el mal consistirá en un daño físico —amputación de miembros, daño moral, padecimiento—, sin embargo, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni contempla otras medidas: económicas, patrimoniales, financieras, —pérdida de trabajo, divorcio, desprestigio, etc.—, en rigor, ha de considerarse cualquier pérdida que pueda perjudicar la integridad psicosocial del sujeto. La pérdida provendrá de una acción dolosa

voluntariamente provocada por la víctima, o de una acción culposa provocada negligentemente, pero siempre ocurrirá en relación con la infracción, aún en el caso de la tentativa —manipulación errónea de medios de comisión del delito—, y tornará redundante el padecimiento penal, frente al ya experimentado por el imputado. La clase, existencia y dimensión del daño sufrido deben evaluarse al momento de iniciar la acción penal, por cuenta del fiscal, o, al sopesar la gravedad de la pena natural con la culpabilidad del infractor, por cuenta del juez. El fiscal evaluará si el daño causa desproporción en la aplicación de la pena establecida en el tipo penal, para disponer o no, el inicio de la etapa de indagación previa. La potestad punitiva se reduce en la medida en que se respondan las siguientes interrogantes: ¿qué circunstancias tornan inconveniente el ejercicio de la acción penal?; ¿el reproche penal puede mitigarse por el daño sufrido?; ¿la pena natural compensa el juicio penal?; ¿qué hacer con el “remanente” de culpabilidad?, entre otras. Estas interrogantes, a su vez, supondrán el análisis de la culpabilidad del autor, la gravedad de la conducta, el bien jurídico conculcado, etc.

Los principios que sustentan la valoración de la pena natural —analizados en el desarrollo del presente trabajo— están recogidos en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos de los que el Ecuador es signatario, y que corresponden tanto al Sistema Interamericano como al Sistema Universal de Protección: la “Declaración americana de los derechos y deberes del hombre”, la “Convención americana sobre derechos humanos - Pacto de San José”, y, los “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”; la “Declaración universal de derechos humanos”, y, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Si bien la normativa no es expresa, los derechos humanos limitan el poder punitivo estatal, y permiten la evaluación antedicha. El contacto que el juzgador debe tomar con el infractor ha de englobar todas las circunstancias de la infracción y cada una de sus consecuencias. En el sistema penal ecuatoriano, corresponde al fiscal dirigir la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará al presunto infractor ante el juez de garantías penales competente, y deberá impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal. El artículo 195 de la Constitución de la República establece:

Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. (...)

Las reformas penales que tuvieron lugar en el año 2009 incluyen el principio de oportunidad, anteriormente enunciado, en función de los derechos de las partes y de una utilización eficiente de los recursos disponibles para la investigación penal. Entendido como la disposición de la acción penal en virtud de condiciones relacionadas con la política criminal estatal o con el interés mayor de la justicia o utilidad o conveniencia de su ejercicio, el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, cuando el hecho constitutivo de presunto delito no comprometa el interés público, no vulnere los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión. Se considerarán los delitos en que el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal, o, cuando tratándose de un delito culposo, los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad. A pedido del fiscal, el juez de garantías penales convocará a una audiencia en que las partes demostrarán que el caso se ajusta a los requisitos legales exigidos. El ofendido será notificado para que asista a esta audiencia, mas su presencia no será obligatoria.

(2) La fiscalía es la representante del Estado que tiene como función y especialidad defender los intereses de la víctima en la fase de investigación previa. La ficción de que la fiscalía defienda los intereses de la sociedad ha hecho que defienda a todos y al mismo tiempo a nadie. En el Anteproyecto, la víctima tiene el derecho a ser reivindicada, y el Estado debe proporcionar un defensor de sus intereses. Esto no obsta a que, en la fase de indagación previa, la fiscalía pueda aplicar el principio de oportunidad y que tenga la obligación de realizar una investigación integral al punto de favorecer al presunto responsable de una infracción penal. (Ávila Santamaría, 2009, p. 66).

Esta figura contempla la valoración anunciada en la letra a) del presente capítulo, pese a que ella no ha sido identificada con el concepto en mención, de pena natural. Sin embargo, el concepto está recogido en el apartado III del artículo 2 de la Resolución de “Aplicación prioritaria de salidas alternativas establecidas en el Código de Procedimiento Penal”, citada anteriormente:

Art. 2. Para la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos y/o procedimientos especiales, se considerará:

III. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD (...) **Además procederá de igual forma cuando el infractor sufriera una pena natural.** [El subrayado pertenece a la autora] La razón de la aplicación de este principio, se aplicará con el objeto de no perseguir delitos menores que impliquen un gasto excesivo para el Estado, en virtud del principio de mínima intervención estatal, dispuesto en los artículos Art. 195 de la Constitución de la República, Art. 39.3, 39.4 del Código de Procedimiento Penal.

En el ámbito de tránsito, el principio está tácitamente enunciado en el artículo 173 de la ley que rige la materia:

Art. 173.- En aquellos delitos donde por las circunstancias, el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o las únicas víctimas fuesen su cónyuge o pareja en unión libre y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad, a petición del Fiscal y luego de constatar que en el caso concreto la aplicación de la pena no responde a un interés social, el juez puede conceder el principio de oportunidad y archivar el caso previa audiencia. Las víctimas quedan habilitadas para plantear la indemnización a que tuviesen derecho ante el propio Juez de Tránsito. Para su tramitación se citará a una audiencia donde las partes podrán hacer valer sus derechos, de acuerdo a las normas del debido proceso.

4.3 El tránsito en la legislación ecuatoriana

El transporte terrestre es un sector estratégico de la economía ecuatoriana, sin embargo, al no existir un marco jurídico que organizara, regulara y controlara las actividades del ramo a nivel nacional, se han agudizado las deficiencias en la determinación de funciones y el establecimiento de responsabilidades de los organismos intervinientes y ha existido una proliferación desordenada de operadores. Ello, sumado a la falta de aspectos legales relacionados con la prevención y la seguridad en la movilidad, reflejó, en el año 2008, un marco legal insuficiente e inapropiado para las demandas del Estado y la sociedad en su conjunto. Así se promulgó la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, de carácter eminentemente técnico, que busca normar en su conjunto los diversos aspectos relacionados con el transporte terrestre. Reformada en el año 2011, busca la organización, planificación, fomento y regulación del ámbito, a través de la modernización del sistema; su fin es la protección de personas y bienes que se trasladan de un lugar a otro dentro del territorio ecuatoriano, por la red vial —peatones, pasajeros, ciclistas, motociclistas o conductores de cualquier clase de vehículos—, y, simultáneamente, a las personas y lugares expuestos a las contingencias de tal desplazamiento.

El artículo 133 de la Constitución de la República categoriza a la *Ley Orgánica*, según la regulación de la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, la regulación del ejercicio de derechos y garantías constitucionales, la regulación de la organización, competencias, facultades y funcionamiento de gobiernos autónomos descentralizados, y la regulación del régimen de partidos políticos y al sistema electoral; sin embargo, por contemplar la tipificación de conductas u omisiones típicas antijurídicas y dañosas, la autora de la presente investigación considera que la materia debería contemplarse dentro del Código Penal. Así lo ha considerado el Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal, Remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional con fecha 13 de octubre de 2011, actualmente tratado en la *Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado*, que incluye, en el capítulo noveno, *De las infracciones de tránsito*, del título tercero, *De las infracciones en particular*, del libro primero, *De la infracción penal*, todo el catálogo de delitos a tipificarse

en la materia y sus correspondientes sanciones, así como sus circunstancias atenuantes y agravantes.

4.3.1 Los delitos de tránsito

Los artículos 106 y 108 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial categorizan a las infracciones de tránsito, divididas en contravenciones y delitos:

Art. 106.- Son infracciones de tránsito las acciones u omisiones que, pudiendo y debiendo ser previstas pero no queridas por el causante, se verifican por negligencia, imprudencia, impericia o por inobservancia de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás regulaciones de tránsito.

Art. 108.- Las infracciones de tránsito son culposas y conllevan la obligación civil y solidaria de pagar costas, daños y perjuicios por parte de los responsables de la infracción. La acción para perseguir los delitos de tránsito es pública de instancia oficial.

El juzgamiento de los delitos de tránsito corresponde a los jueces de tránsito dentro de su jurisdicción territorial; en los lugares en que no existan juzgados de tránsito corresponderá la resolución a los juzgados de lo penal. Además de los previstos en el Código de Procedimiento Penal, serán considerados como medios de prueba idóneos los siguientes, enunciados en el artículo 149 de la ley: “La información emitida y registrada por los dispositivos de control de tránsito y transporte debidamente calibrados, sean electrónicos, magnéticos, digitales o analógicos, fotografías, videos y similares”.

La indagación previa no podrá prolongarse más de treinta días en el caso de los delitos sancionados con pena de prisión, ni más de cuarenta y cinco días en aquellos sancionados con reclusión; la instrucción fiscal tendrá lugar en el plazo de cuarenta y cinco días; en caso de delitos flagrantes, la instrucción fiscal se sustanciará en el plazo de treinta días. Los agentes de tránsito remitirán al fiscal en el plazo de veinticuatro horas los partes policiales

y documentos relativos a la presunta infracción; estos partes serán referenciales para el juzgador. El personal especializado de la Agencia Nacional de Regulación y Control del Transporte Terrestre y de la Comisión de Tránsito del Ecuador estará encargado de la elaboración del parte de accidente de tránsito, a partir de evidencias, huellas y/o vestigios encontrados en el lugar del accidente. Junto con el vehículo, trasladados a los patios de retención vehicular, conformarán la cadena de custodia de la investigación. Las audiencias serán públicas y cualquier resolución deberá pronunciarse en cuanto terminen; las resoluciones en la audiencia de formulación de cargos se basarán en la controversia oral de las partes. Si el fiscal se abstuviere de acusar al presunto infractor, el juez puede consultar al ministro fiscal distrital, quien, de revocar el dictamen del inferior, designará otro fiscal para la sustanciación del juicio; si ratificare la decisión del inferior, el juez deberá disponer el archivo de la causa. Si el dictamen fuere acusatorio, el juez, dentro de los tres días siguientes y antes de los diez días siguientes, deberá señalar día y hora para que tenga lugar la audiencia de juzgamiento, que se regirá según el procedimiento penal. Concluida la audiencia, el juez dictará sentencia. Para la aplicación de penas no privativas de la libertad, el juzgador analizará las circunstancias que rodearon al accidente y la personalidad del presunto infractor. La reparación de los daños causados constituye una causa especial de rebaja penitenciaria, que variará entre la cuarta parte y la mitad de la pena; esta rebaja no afectará el derecho de recibir otras rebajas establecidas en el ordenamiento jurídico. Cuando se justifique a favor del infractor la existencia de circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la pena de reclusión mayor se reducirá a reclusión menor; en el mismo sentido, las penas de prisión y de multa se reducirán hasta en un tercio de ellas. En los casos de penas no privativas de la libertad, el juez estará obligado a supervisar periódicamente el cumplimiento de la sanción impuesta en su lugar; sanción establecida en el artículo número 235, del Capítulo primero, *Del trabajo comunitario*, del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial:

Art. 235.- Es la sanción impuesta a quien comete un delito sancionado con prisión o una contravención leve de tercera clase. El trabajo comunitario se cumplirá prestando servicios como: actividades, tareas especiales inherentes al tránsito sin

remuneración o beneficio alguno, en instituciones públicas o privadas situadas, en lo posible, en el sector en donde se domicilia la persona sancionada. Los Directores Provinciales, a través de las Jefaturas Provinciales de Control, y el Director Ejecutivo de la Comisión de Tránsito del Guayas, en sus correspondientes jurisdicciones, serán los responsables de controlar el cumplimiento de esta sanción.

Cuando el responsable del accidente no sea el conductor de un vehículo, sino el peatón, pasajero, controlador u otra persona, este será reprimido con las penas anteriores, rebajadas de un tercio a la mitad, según las circunstancias del delito. El juez está obligado a ordenar la aprehensión preventiva del vehículo o vehículos participantes en un accidente de tránsito del que resultaren muertas una o más personas o del que resulten lesiones que incapaciten sus actividades normales por más de treinta días, única y exclusivamente para el peritaje respectivo.

4.3.2 La culpabilidad en el delito de tránsito

Según la legislación penal ordinaria, todas las infracciones se reputarán como actos conscientes y voluntarios, mientras no se pruebe lo contrario, o a excepción de que las circunstancias que los precedan o acompañen permitan deducir que no hubo intención dañosa al cometerlas. Si al acto punible se atribuyeren causas preexistentes o sobrevinientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen, establecidas en el artículo 13 del Código Penal:

Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional —cuando de la acción u omisión deriva un acontecimiento más grave que aquel que quiso el infractor—; y

Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o más de dichas causas, sin sumarse al acto punible, no será responsable el autor sino de la infracción constituida por el acto mismo.

Conforme al artículo 344 del Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para efectos de la aplicación de la Ley, se entenderá por accidente de tránsito:

(...) Todo suceso eventual o acción involuntaria, que como efecto de una o más causas y con independencia del grado de estas, ocurre en vías o lugares destinados al uso público o privado, ocasionando personas muertas, individuos con lesiones de diversa gravedad o naturaleza y daños materiales en vehículos, vías o infraestructura, con la participación de los usuarios de la vía, vehículo, vía y/o entorno.

Todo accidente de tránsito es culposo, en tanto no media, en su comisión, intención dañosa. La ley los sanciona en consideración a sus circunstancias atenuantes o agravantes. Los artículos 72 y 73 del Código Penal establecen la graduación de la pena, siempre que en la comisión del delito se verifique la existencia de dos o más circunstancias atenuantes y de ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, conforme al cuadro siguiente, elaborado por la autora de la presente investigación:

PENA IMPUESTA	PENA GRADUADA	REDUCCIÓN
Reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años	Reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años	Nueve años
Reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años	Reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años	Cuatro años
Reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años	Reclusión mayor ordinaria de cuatro u ocho años	Cuatro años
Reclusión mayor ordinaria de cuatro u ocho años	Reclusión menor ordinaria de tres a seis años	Dos años
Reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años	Reclusión menor ordinaria de seis a nueve años	Tres años
Reclusión menor ordinaria de seis a nueve años	Prisión correccional de dos a cinco años	Cuatro años
Reclusión menor ordinaria de tres a seis años	Prisión correccional de uno a tres años	Tres años

Por su parte, el artículo 74 del Código Penal se remite a la circunstancia atenuante de carácter trascendental, en virtud de la cual la pena se graduará de modo distinto, valorando caracteres personales del infractor:

Art. 74.- Cuando hubiere a favor del reo una sola atenuante de carácter trascendental y se tratare de un sujeto cuyos antecedentes no revelen peligrosidad, no habiendo agravantes no constitutivas o modificatorias de infracción [aumentan la malicia del acto o la alarma que la infracción produce en la sociedad o establecen la peligrosidad de sus autores], podrán los jueces apreciarla para la modificación de la pena, conforme a las reglas de los artículos anteriores.

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial es específica, en cuanto a determinadas circunstancias de la infracción, al establecer la graduación de las penas aplicables. Lo anterior se refleja en su artículo 137, sintetizado en el cuadro siguiente, elaborado por la autora de la presente investigación:

PENA IMPUESTA	CIRCUNSTANCIA DE REDUCCIÓN	PENA GRADUADA	REDUCCIÓN
Prisión de tres a cinco años	Si el accidente causare pérdida de órgano principal, enfermedad, lesión o incapacidad laboral permanentes	Tres cuartas partes	Tres años y nueve meses
Prisión de uno a tres años	IDEM	Tres cuartas partes	Dos años y cuatro meses
Prisión de tres a cinco años	Si el accidente causare incapacidad laboral o enfermedad que exceda de noventa días	La mitad	Dos años y medio
Prisión de uno a tres años	IDEM	La mitad	Un año y medio
Prisión de tres a cinco años	Si el accidente causare incapacidad laboral o enfermedad de sesenta a noventa día	Un tercio	Un año y ocho meses aproximadamente
Prisión de uno a tres años	IDEM	Un tercio	Un año
Prisión de tres a cinco años	Si el accidente ocasionare incapacidad laboral o enfermedad de treinta y uno a cincuenta y nueve días	Un cuarto	Un año y cuatro meses
Prisión de uno a tres años	IDEM	Un cuarto	Nueve meses

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

Las conclusiones a las que se llega a partir de la presente investigación proponen la consideración, en el Ecuador, de la pena natural como una circunstancia atenuante que permita la graduación de las penas privativas de libertad o, incluso, su dispensa, en los delitos cometidos culposamente. La propuesta atiende de manera particular a los delitos de tránsito, buscando en dicho ámbito la posibilidad de aplicar el principio de estricta legalidad, insertos en el “neoconstitucionalismo”, al que responde la Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el año 2008. A pesar de que la evolución real de la justicia criminalizadora exige cambios fundamentales y trascendentales en la sociedad, este primer ejercicio de interpretación extensiva de derechos, por cuenta de fiscales y jueces, permitirá una operación a través de la cual los principios y derechos fundamentales se aplicarán a más casos o situaciones de aquellos que actualmente constan en la legislación nacional.

5.1.1 Positivización de la propuesta en la legislación nacional

El jurista checo Hans Kelsen (siglo XIX), es el creador de la *pirámide normativa*, que propone un sistema de jerarquización de las normas, que actualmente sustenta la doctrina positivista, según la cual toda norma recibe su valor de una norma superior. El artículo 425 de la Constitución de la República determina el orden jerárquico de aplicación normativa en el Ecuador:

1. La Constitución;
2. los convenios y tratados internacionales;
3. las leyes orgánicas;

4. las leyes ordinarias;
5. las normas regionales y las ordenanzas distritales;
6. los decretos y reglamentos;
7. las ordenanzas;
8. los acuerdos y las resoluciones; y,
9. los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Dicha jerarquización ha invitado a la autora de la presente investigación a proponer una reforma global que conlleva transformas en el ámbito constitucional, a fin de constituir de la pena natural una garantía del debido proceso; en el ámbito orgánico, a fin de contemplar penas alternativas a la privación de la libertad; en el ámbito especial, a fin de traducir la propuesta en un espacio concreto; y, en el ámbito de la ejecución penal, a fin de que se atienda, simultáneamente, a la fase post sancionatoria.

5.1.1.1 Ámbito constitucional

El Estado constitucional de derechos y justicia impone a la producción legislativa prohibiciones y obligaciones en cuanto a su contenido, que deben ser correlativas a los derechos humanos, cuya violación genera contradicciones que deben eliminarse. La cultura jurídica que versa sobre las actitudes, valores y creencias compartidas por los profesionales del Derecho, y la administración de justicia tienen como tarea fundamental la superación de tales contradicciones por medio de las garantías existentes y la simultánea proyección de aquellas que faltaren.

Los derechos de protección reconocidos en la Constitución de la República contemplan las garantías del debido proceso, dentro de las que se incluirá la de obtener del juzgador penal la valoración de la pena natural sufrida en la comisión de la infracción o producto de ella, en virtud de las circunstancias, en la medida en que hayan afectado a su autor o partícipe, para efectos de graduación de la sanción penal.

5.1.1.2 Ámbito penal

La garantía creada condicionará a toda norma de carácter inferior al de la Constitución, así, el Código Penal deberá denotar el carácter de atenuación punitiva que otorga la pena natural, citándola, en su artículo 29, entre las circunstancias atenuantes.

Simultáneamente, el Código anterior contendrá la enumeración de las penas comunes a delitos en que la existencia de la pena natural se evidencia: los de tipo culposo. El artículo 51 del Código Penal, de *Las penas aplicables a las infracciones*, constará de un apartado en que se enuncien taxativamente las penas peculiares de los delitos culposos: alternativas a la privación de libertad, penas restrictivas de la libertad, que en lugar de atentar contra la dignidad del ser humano, insertándolo en un sistema al que no corresponde, puesto que no ha querido el mal provocado, permitan que este ‘restituya’ a la sociedad o a la víctima — aunque siempre en menor medida— por el daño causado. Puesto que la comisión de un delito culposo no es un ataque directo a los valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana, quien delinque por causas ajenas a su voluntad no debe ser tratado como aquel que delinque con conciencia e intención dañosa.

De igual modo, y ya de manera más precisa en lo que respecta a la presente propuesta, derivándose de las penas comunes de los delitos culposos, el Código Penal establecerá la posibilidad de dispensa de la privación de libertad, cuando la circunstancia atenuante de carácter trascendental sea la pena natural.

5.1.1.3 Ámbito especial

El Reglamento de las Nuevas Unidades de Gestión de Causas, de creación de fiscalías especializadas, atiende al catálogo de delitos elaborado por la fiscalía general del Estado, que contiene setecientos veintitrés tipos penales y sus circunstancias agravantes. Existen nueve fiscalías especializadas, de entre las que destaca la fiscalía especializada en accidentes de tránsito; a esta compete su investigación. Considerando que el delito culposo no es fácil de instruir, y que el nexo causal entre la acción y el resultado será un elemento básico para la valoración de la pena natural que hubiere sufrido el imputado, se vinculará a

esta unidad de gestión de causas peritos accidentológicos, mecánicos, planimétricos, fotográficos y psicológicos. En tránsito, aquellas diligencias no practicadas de manera instantánea pueden desaprovechar pruebas irrecuperables. El ámbito especial del tránsito, en que se ha aplicado ejemplificativamente la presente propuesta, enlistará en su legislación los informes periciales que deben integrar el archivo histórico de la etapa pre procesal de indagación previa: informe pericial accidentológico, mecánico, planimétrico, fotográfico y psicológico. La composición del archivo histórico con estos informes técnicos permitirá la clara determinación del cómo y del porqué de los hechos y la valoración de los daños materiales. Ello, a su vez, reflejará si se trata o no de un delito cometido culposamente, en que pueda, efectivamente, dispensarse al autor de la infracción de la sanción privativa de libertad, reemplazándola por una pena restrictiva de libertad. A continuación consta un cuadro, elaborado por la autora de la presente investigación, en que se detalla los delitos culposos de tránsito y la pena que a la presente les corresponde:

DELITOS CULPOSOS DE TRÁNSITO	
ARTÍCULO, TIPO	SANCIÓN PENAL
Art. 127.- Quien ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas, y en el que se verifique cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Negligencia; b) Impericia; c) Imprudencia; d) Exceso de velocidad; e) Conocimiento de las malas condiciones mecánicas del vehículo; f) Inobservancia de la presente Ley y su Reglamento, regulaciones técnicas u órdenes legítimas de las autoridades o agentes de tránsito.	Prisión de tres a cinco años, suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo y multa de veinte (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.
Art. 128.- El contratista y/o ejecutor de una obra que por negligencia o falta de previsión del peligro o riesgo en la ejecución de obras en la vía pública, ocasione un accidente de tránsito del que resulten muerta o con lesiones graves una o más personas.	Prisión de tres a cinco años, multa de veinte (20) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general, y el resarcimiento económico por las pérdidas producidas por el accidente.
Art. 129.- Quien ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte de una o más personas, y en el que se verifique que la circunstancia del accidente se debió a cansancio, sueño o malas condiciones físicas del conductor.	Prisión de uno a tres años, suspensión de la licencia de conducir por igual tiempo, multa de quince (15) remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general.

5.1.1.4 Ámbito de ejecución

El artículo innumerado del título primero, *Del sistema y régimen penitenciarios*, del Código de ejecución de penas y Rehabilitación Social, determina las funciones de las juezas y jueces de garantías penales, correspondientes a la ejecución de las sentencias. Es vital que el trabajo de garantía penal atienda a los infractores a quienes se hubiere dispensado del cumplimiento de una pena privativa de la libertad: debe asegurárseles oportuna asistencia médica, psiquiátrica y psicológica, con el objetivo de procurar que puedan reintegrarse a la sociedad y asimilar el discrimen al que, sin duda, estarán sometidos, en tanto superan el trauma indefectible que habrán sufrido por la comisión inintencional de la infracción.

5.2 Recomendaciones

5.2.1 Positivización del concepto de “pena natural” y su valoración en la legislación penal

El artículo 28, del capítulo primero, de *Principios*, del título segundo, de *Las penas*, del libro primero, de *La infracción penal*, del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales establece:

Art. 28.- Principio de proporcionalidad.- Las penas serán proporcionales en relación al daño provocado por la acción u omisión punible. En la aplicación de la pena las juezas, jueces, o tribunales deberán considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la pena. En los casos de personas adolescentes infractoras atenderán a los objetivos previstos para cumplir con los fines de las medidas socio educativas.

El tiempo de la pena deberá ser determinado y en ningún caso podrán [sic] durar más de lo dispuesto en el tipo penal. Quedan proscritas las penas indefinidas.

Se deberá [sic] imponer penas necesarias, lo menos aflictivas posibles y se preferirá [sic] las penas restrictivas no privativas de libertad. En casos de pena natural, la

jueza, juez o tribunal podrá [sic] dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad, dependiendo del análisis de proporcionalidad en el caso. (...)

El artículo 16, del capítulo segundo, de *Políticas y programas*, del título segundo, de *Garantías*, del libro tercero, de *La ejecución penal*, del Código anterior, señala:

Art. 16.- Recurso extraordinario de revisión de la pena.- Procede el recurso extraordinario de revisión de la pena por las siguientes causales:

1. Corregir errores evidentes de cálculo de la pena establecidos en la sentencia.
2. Reducir, cambiar la modalidad de la pena o eximir el cumplimiento de la pena por razones extraordinarias de carácter humanitario, tales como enfermedad terminal, enfermedad catastrófica que no pueda ser atendida en los Centros, estado de necesidad de las personas que dependen económicamente del condenado, pena natural que sea proporcionalmente mayor a la pena de privación de libertad o, en general, cuando la pena se torne inconveniente o inútil para la persona, la víctima de la infracción o la comunidad. (...)

Por su parte, el Anteproyecto de Código Orgánico Integral Penal, en actual discusión, en su artículo 767, del título séptimo, de *Acuerdo Reparatorio*, del libro segundo, de *El Procedimiento*, establece:

Artículo 767.- Acuerdos Reparatorios en materia de tránsito [sic].- La jueza o juez de garantías penales de tránsito especializado aprobará el acuerdo en audiencia, a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos, el acuerdo reparatorio será aceptado por la jueza o juez de garantías penales, mediante sentencia, de conformidad a las reglas

establecidas en este Libro. Su alcance, no afectará la pérdida de puntos u otras sanciones de carácter administrativo.

El articulado de la reforma penal propuesta por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador en el año 2009, y aquel de la reforma penal propuesta por la Presidencia de la República en el año 2011, aproximan la valoración de la pena natural y permiten dar inicio al desarrollo de la propuesta de la presente investigación.

5.2.2 Positivización del concepto “pena natural”

El capítulo octavo, de los *Derechos de protección*, del título primero, de los *Derechos*, de la Constitución de la República, incluirá la definición de la “pena natural”. A la letra k) del número 7) del artículo 76 seguirá el siguiente apartado l) y los demás serán reenlistados:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

...) Obtener del juzgador penal la valoración de la pena natural sufrida en la comisión de la infracción o producto de ella, en virtud de las circunstancias, en la medida en que hayan afectado a su autor o partícipe, para efectos de graduación de la sanción penal.

(...)

5.2.3 La pena natural, circunstancia atenuante

El capítulo segundo, *De la circunstancias de la infracción*, del título segundo, *De las infracciones en general*, del Libro primero, *De las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y de las penas en general*, del Código Penal, incluirá a la pena natural dentro de las circunstancias atenuantes. Al artículo 29 se agregará el número 13o.-, que dirá:

Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

(...) 13o.- Haber sufrido el infractor una pena natural.

El capítulo segundo, *De la aplicación y modificación de las penas*, del título cuarto, *De las penas*, del Libro primero, *De las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y de las penas en general*, del Código Penal, establecerá el carácter de la pena natural. Al artículo 74 seguirá el siguiente:

Art. ...- Cuando la circunstancia atenuante de carácter trascendental a favor del reo fuere la pena natural, y se tratare de un sujeto cuyos antecedentes no revelen peligrosidad, no habiendo agravantes no constitutivas o modificatorias de infracción, podrán los jueces dispensarlo de la privación de libertad e imponer en su lugar las sanciones detalladas en el apartado de *Penas comunes a los delitos culposos* del artículo 51 de este Código.

5.2.4 Penas comunes a los delitos culposos

El capítulo primero, *De las penas en general*, del título cuarto, *De las penas*, contemplará la posibilidad de valorarla. El artículo 51 del Código Penal, de *Las penas aplicables a las infracciones*, constará del siguiente apartado:

Art. 51.- Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

Penas peculiares del delito:

(...)

Penas peculiares de los delitos culposos:

1.- Servicio comunitario no remunerado, por un máximo de dos mil horas, de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Que se ejecute en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación a la víctima;
- b) Su tiempo de ejecución no constituirá impedimento para que la persona sentenciada ejerza actividades laborales, que garanticen su subsistencia y la de su familia;
- c) Su duración diaria no excederá de ocho horas;
- d) Su ejecución se desarrollará bajo el control de la jueza o juez de garantías penales.

2.- Prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, sus familiares u otras personas determinadas en la sentencia.

3.- Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

4.- Prohibición de salir del domicilio o del lugar establecido en la sentencia para el cumplimiento de la pena.

Penas peculiares de la contravención:

(...)

Penas comunes a todas las infracciones:

(...)

5.2.5 Pericias accidentológicas

En accidentes de tránsito es indispensable anotar si la víctima fue localizada en la calzada o por el contrario en el andén [sic] o acera; se observaran [sic] las huellas de frenada, condiciones de visibilidad, tipo de vehículo, color de la pintura; en caso de ser un vehículo fantasma, también se consignará este hecho, datos que constarán detalladamente en el parte respectivo. Cuando el occiso es el conductor es indispensable examinar el volante del vehículo porque ahí pueden quedar huellas del trauma que ha sufrido la víctima en las estructuras del tórax. Si el vehículo cuenta con cinturón de seguridad, habrá que percatarse si al momento del accidente era usado. Pero esencialmente en éstos casos se debe consignar la interacción existente sujeto-objeto (...) En todos los casos y más todavía cuando han fallecido los pasajeros o en accidentes con saldos de peatones muertos, al conductor responsable de inmediato se le debe tomar una muestra de sangre para análisis de alcohol en sangre (alcoholemia) y de sustancias depresivas del sistema nervioso central (...) (Bustamante, s.a., p. 70).

Carlos Bustamante Salvador, licenciado en criminalística, realiza un manual del manejo del lugar de los hechos; el ingeniero Aníbal O. García realiza un informe sobre la pericia *accidentológica* en los accidentes de tránsito; la información de ambos estudios, que resulta relevante para el desarrollo e implementación del artículo que a continuación se propone incluir, consta en el cuadro siguiente, elaborado por la autora de la presente investigación:

PERICIA	DETALLES
Accidentológica	Contempla la elaboración de un informe técnico de reconstrucción del accidente en el que, a través de principios físicos, lleguen a determinarse las velocidades desarrolladas por los vehículos antes del impacto. Permite reconstrucciones secuenciales gráficas, análisis de problemas de visibilidad, entre otros, de forma que se pueda identificar quién pudo ser el responsable del accidente. Este informe incorporará valoraciones médicas, climáticas, viales, etc.
Mecánica	Esta pericia permitirá establecer la velocidad del automotor o de los vehículos intervinientes, el carril de la ruta en que se produjo la colisión, el lugar exacto del

	choque en la intersección de dos calles, qué vehículo embistió al otro, de haberlo, y otras determinaciones semejantes.
Planimétrica	Dibujo realizado a mano que permite una vista general del lugar y sus particularidades métricas; su objeto es el de adherir distancias entre un indicio y otro y entre algún punto de referencia del lugar. Consta de un croquis emergente o simple, que levanta quien realiza la inspección ocular, sin conocimiento previo del recurso o técnica, para fijar de esta manera el lugar de los hechos. El croquis ha sido denominado 'ayuda memoria del investigador'. Contando con el croquis emergente se podrá interrogar adecuadamente al perjudicado y/o a los testigos, lo que permitirá al fiscal y al juez disponer de elementos de juicio ponderables para apreciar debidamente las versiones testimoniales.
Fotográfica	El procedimiento de fotografiado del lugar de los hechos permite mantener imágenes de la escena que no hayan sido modificadas. Respecto de lugares exteriores, se tomarán fotografías a larga distancia que incluyan marcas en el terreno; igualmente, se tomarán fotografías a una distancia media, que permitan captar las posiciones relativas de los indicios próximos relacionados; finalmente, se tomarán fotografías próximas de los indicios, fundamentalmente de los que poseen características de individualización.
Psicológica	Permite la búsqueda de las condiciones individuales y subjetivas, tanto del infractor como de la víctima, para entender y particularizar los hechos y conductas en un momento determinado y a base de un hecho dañoso. Esta dinámica de estudio de la personalidad y del inconsciente revela daños psíquicos y se basa en la utilización de tablas, escalas y medidas que revelan información acerca de la 'personalidad base' del actor y delimitan la posible alteración o alteraciones previas o sufridas en el psiquismo, como consecuencia del delito imprudente.

El capítulo noveno, del *Procedimiento*, del título tercero, de *Las infracciones*, del libro tercero, *Del Tránsito y la Seguridad Vial*, de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, contemplará los requisitos de investigación de la fase pre procesal, de indagación de los delitos de tránsito. Al artículo 161 seguirá el siguiente:

Art. ...- Al finalizar la etapa de indagación previa de los delitos de tránsito de cuyo parte inicial, elaborado por los agentes de tránsito que tomen procedimiento, se desprenda que pudiera tratarse de un delito culposo, el archivo histórico constará, al menos, con informe de la práctica de las siguientes diligencias:

1. Informe pericial accidentológico;
2. informe pericial mecánico;

3. informe pericial planimétrico;
4. informe pericial fotográfico; e
5. informe pericial psicológico.

5.2.6 La fase de ejecución penal

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social regula la ejecución de las penas privativas y restrictivas de la libertad, el tratamiento y rehabilitación integral de los internos, así como su control post-carcelario, la conformación de los organismos directivos encargados de dirigir la política de rehabilitación social, y, la dirección y administración de los centros de rehabilitación social. Al artículo innumerado del título primero, *Del sistema y régimen penitenciarios*, del Código anterior, seguirá el siguiente:

Art. ...- Las juezas y jueces de garantías penitenciarias supervisarán la ejecución de las penas restrictivas de libertad, ejerciendo oportuna orientación, supervisión y vigilancia de las personas sentenciadas a tales modalidades de cumplimiento de la sanción.

Dicha supervisión garantizará asistencia médica, psiquiátrica y psicológica individualizadas, con el objetivo de que las personas sentenciadas, sobre todo en caso de haber sufrido una pena natural, puedan reintegrarse a su vida diaria, sin que el trauma físico y/o psicológico sufrido les impidan hacerlo.

BILBIOGRAFÍA

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

García Ramírez, Sergio, (2005). Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Presentación en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina. “Las garantías constitucionales del debido proceso penal.” Punta del Este, Uruguay, 10-14 de octubre de 2005. Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr23.pdf>

Hobbes, Thomas, (1651). Leviathan, citado de la edición alemana de Festcher, Iring, (1984), en Gouvert, Juan Fernando (s.a.). A propósito de la pena natural. Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://new.pensamientopenal.com.ar/16082008/doctrina05.pdf>

Kadeèka, Ferdinand, (1959). Gesammelte Aufsätze, en Jescheck, Hans-Heinrich, (2003). Freiburg im reisingau, Traducción de Patricia Esquinas Valverde, Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>

Marsh, Norman S. El Imperio de la Ley en las Sociedades Libres, Informe sobre el Congreso Internacional de Juristas, Nueva Delhi, India, 5-10 enero de 1959. Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://es.scribd.com/doc/37840837/El-imperio-de-la-ley-en-las-sociedades-libres-1959>

Mir Puig, Santiago, (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. Universidad de Barcelona, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Recuperado el 13 de agosto de 2011 de [Recuperado el 13 de agosto de 2011 de http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc)

O. García, Aníbal, con la colaboración de los ingenieros Bertoldi, Daniel, Debenedetti, Ruben, e, Ivaldi, Daniel, (2003). La pericia accidentológica en los accidentes de tránsito. La calidad del dictamen pericial. Buenos Aires, Argentina: GIP-baires - Grupo de Investigación Pericial de Buenos Aires. Jornada Nacional sobre accidentes de tránsito. Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://www.perarg.com.ar/docs/asist-Let/documentos/2-1001-La-Calidad-de-la-Pericia.pdf>

Salvador, Carlos Bustamante, (s.a.). Criminalística, Manual: Manejo del lugar de los hechos. Recuperado el 13 de agosto de 2011 de <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/criminalistica-lugar-hechos/criminalistica-lugar-hechos.pdf>

LIBROS

Arroyo Zapatero, Luis, Neumann, Ulfrid, Nieto Martín, Adrián, (2003). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones la Universidad de Castilla-la Mancha.

Alexy, Robert, (s.a.). La fórmula del peso, en Carbonell, Miguel et al. (2008). El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador: Editor: Miguel Carbonell, Serie Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, Ramiro, (2008). La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado. Quito, Ecuador: Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Ramiro Ávila Santamaría, Editor, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila Santamaría, Ramiro (2009). Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales. Quito, Ecuador: Serie Justicia y Derechos Humanos, Equipo de apoyo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tatiana Hidalgo Rueda, Nicole Pérez Ruales.

Beccaria, Cesare, (1764). *Trattato dei delitti e delle pene*, trad. esp. por J. Rivera, 1821. Madrid: Editorial Feltrinelli.

Benyakar, Moty, (2006). *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Bettiol, Giuseppe, (1966). *Scritti Giuridici en Zaffaroni, Eugenio Raúl [et al.]*, (2002). *Derecho Penal: parte General*. Buenos Aires, Argentina: Segunda Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Binder, Alberto M., (2004). *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Binding, Karl, (1922). *Die Normen und Ihre Übertretung*, Neudruck der 4, en Donna, Edgardo Alberto, (2006). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal*. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Carbonell, Miguel [et al.], (2002). *Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. Buenos Aires, Argentina, Siglo veintiuno editores, S.A. de C.V., Siglo XXI editores.

Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión*, en Carbonell, Miguel et al. (2008). *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ecuador: Editor: Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos.

Comanducci, Paolo (s.a.). *Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico en Carbonell, Miguel*, (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Costa Fausto, (1953). El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Trad. Mariano Ruiz Funes. México: Unión Tipográfica, Editorial Hispano-Americana, UTEHA.

De Cervantes Saavedra, Miguel (2004). Don Quijote de la Mancha. San Pablo, Brasil: Edición del IV Centenario, Real Academia de la Lengua Española, Asociación de Academias de la Lengua Española, Santillana Ediciones Generales.

De Girardin, Émile, (1871). Du Droit de Punir, en Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2005). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires, Argentina: Julio César Faira – Editor, B de F Editorial.

Donna, Edgardo Alberto, (2006). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Ferrajoli, Luigi (s.a.). Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Carbonell, Miguel, (2003). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta S.A.

Girard, René, (1995). La violencia y lo sagrado. Barcelona: Anagrama.

González Vicén, Felipe, (s.a.). La filosofía del Estado de Kant, en Introducción a la teoría del Derecho, en Donna, Edgardo Alberto, (2006). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Hayek, Friedrich A., (2003). Camino de Servidumbre, trad. José Vergara. Madrid, España: Editorial Alianza.

Herman, Judith, (2004). Trauma y Recuperación: Cómo superar las consecuencias de la violencia. Madrid: Colección Espasa Hoy.

Jakobs, Günther, (1995), Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Jaén Vallejo, Manuel, (2004). Derechos Fundamentales del Proceso Penal. Bogotá, Colombia: Colección de Autores extranjeros, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.

Jiménez Asensio, Rafael, (2003). El constitucionalismo, Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional. Madrid, Barcelona: Segunda Edición, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Kant, Immanuel, (1966). *Metaphysik der Sitten*, en Donna, Edgardo Alberto, (2006). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Kant, Immanuel, (2004). *Principios metafísicos del Derecho*, Madrid: Ediciones Espuela de Plata, Publidisa.

Kant Immanuel (1977), *Vom Verhältnis der Theorie zur Praxis im Staatsrecht*, en Donna, Edgardo Alberto, (2006). Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal. Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Montealegre Lynett, Eduardo, (2003). Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs, El Funcionalismo en Derecho Penal, en Polaino-Orts, Miguel, (s.a.). Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Mora, Héctor, (2008). Manual del Vigilante de seguridad, Tomo II. Alicante: Editorial Club Universitario.

Moreso, José Juan (s.a.), Alexy y la aritmética de la ponderación, en Carbonell, Miguel et al. (2008). El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador: Editor: Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos.

Muñoz Conde, Francisco, (1985). Derecho Penal y Control Social. Caracuel, Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, Gráficas del Exportador.

Muñoz Conde, Francisco, (2005). Teoría general del delito. Bogotá, Colombia: Segunda reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis S.A.

Platón, (s.a.). Protágoras, en Romilly, Jacqueline de, (2004). La ley en el pensamiento griego. Traducción de Gustavo Potente. Buenos Aires: Biblos.

Prieto Sanchís, Luis (s.a.). El juicio de ponderación constitucional, en Carbonell, Miguel et al. (2008). El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ecuador: Editor: Miguel Carbonell, Serie Justicia y Derechos Humanos.

Real Academia Española, (2001). Diccionario de lengua española. Madrid, España: Editorial Espasa.

Roxin, Claus, (1976). Sentido y límite de la pena estatal, en Problemas básicos de Derecho Penal. Madrid: Editorial Reus.

Serrano Gómez, Enrique, (2004). La insociable sociabilidad: El lugar y la función del derecho y la política en la filosofía práctica de Kant, Barcelona: Anthropos Editorial.

Velásquez V., Fernando, (2004). Manual de Derecho Penal, El Derecho Penal Subjetivo y sus Límites, V. Los límites Materiales del “Ius Puniendi”. Colombia: Editorial Temis S.A.

Von Feuerbach, Anselm, (1989). Tratado de Derecho Penal Común Alemán en Melup, Irene [et al.], (2007). Principios de Justicia y asistencia para las víctimas. Córdoba: Hilda Marchiori, Coordinadora, Encuentro grupo editor.

Wolff Jonathan, (2009). Filosofía Política: Una introducción. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.

Zaffaroni, Eugenio Raúl [et al.], (2002). Derecho Penal: parte General. Buenos Aires, Argentina: Segunda Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, (2005). En torno de la cuestión penal. Buenos Aires, Argentina: Julio César Faira – Editor, B de F Editorial.

REVISTAS

Donna, Edgardo Alberto, Director, (2002). Delitos Culposos – II, Revista de Derecho Penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzono Editores.

Hirsch, Hans Joachim, (s.a.). La antijuridicidad del delito culposo, en Donna, Edgardo Alberto, Director, (2002). Delitos Culposos – II, Revista de Derecho Penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzono Editores.

Romero, Gladys Nancy, (s.a.). El delito imprudente: Elementos y sus clases, en Donna, Edgardo Alberto, Director, (2002). Delitos Culposos – II, Revista de Derecho Penal, Buenos Aires: Rubinzal-Culzono Editores.

DOCUMENTOS LEGALES

Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Suplemento del Registro Oficial 399 de 17 de noviembre de 2006.

Código de Procedimiento Penal, Suplemento del Registro Oficial 160 de 29 de marzo de 2010.

Código Penal, Registro Oficial 398 de 4 de marzo de 2011.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Registro Oficial 801 de 6 de agosto de 1984.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Suplemento del Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948). OEA Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Registro Auténtico 1948 de 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento del Registro Oficial 52 de 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Suplemento del Registro Oficial 415 de 29 de marzo de 2011.

Proyecto de Ley del Código Orgánico Integral Penal, Remitido por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional con fecha 13 de octubre de 2011.

Resolución 1, Consejo Consultivo de la Función Judicial, Aplicación prioritaria de salidas alternativas establecidas en el Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial 468 de 13 de junio de 2011.

Resolución 1/08, (2008), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Sentencia interpretativa No. 002-08-SI-CC, Capítulo cuarto, Consideraciones de la Corte, (Órgano competente para llevar a cabo el concurso público de oposición y méritos, para designar a los consejeros y consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, durante el periodo de transición institucional.) Segundo Suplemento del Registro Oficial 487 de 12 de diciembre de 2008.