



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PROPUESTA PARA LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD  
DE LAS PENAS APLICABLES PARA EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACION  
ECUATORIANA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Msc. Giovanni Alejandro Criollo Mayorga

Autor

Andrés Sebastián Ibarra González

Año  
2015

### **DECLARACION DEL PROFESOR GUIA**

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

-----  
Giovanny Alejandro Criollo Mayorga  
Magister en Derecho  
C.I. 1802873016

### **DECLARACION DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE**

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

-----  
Andrés Sebastián Ibarra González  
C.I. 0201907615

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad de las Américas y su cuerpo docente por la instrucción académica impartida. Así también, a mis amigos y compañeros de estudio.

**DEDICATORIA**

A mi padre y hermano, por  
su apoyo.

A mi madre, por su ejemplo  
y consejos

A mi abuela, por sus  
bendiciones .

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad exponer la importancia del principio de proporcionalidad, la misma que radica en el respeto a los derechos fundamentales que tienen los seres humanos al momento de ser sancionados con una pena. Respeto, que lo exige la Constitución de la República del Ecuador y los Tratados Internacionales.

Castigar a una persona que comete un delito, de una manera exagerada, constituye una violación a la dignidad de todo ser humano. Porque, el daño que se hace a una persona al momento de cumplir una pena, no puede ser mayor al daño que la persona causo al momento de cometer un delito. Por esa razón, es necesario, implementar leyes que no tengan como finalidad, menoscabar los derechos de los culpables. Sino, buscar que las personas no vuelvan a delinquir. Aunque, es innegable la vulneración que existe en los derechos de una persona que está cumpliendo una condena. Es decir, por más pequeña que sea la pena impuesta, siempre se van a ver perjudicados los derechos de las personas con este tipo de medidas. Pero, sin lugar a dudas, ese deterioro debe realizarse de una manera razonable y justa.

Específicamente, el trabajo está dirigido a la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, a uno de los delitos que más daño ha causado a la sociedad ecuatoriana como es el delito de peculado. Delito, degradante para la administración pública y para la sociedad en general, porque son los mismos funcionarios públicos los que perjudican al Estado, cuando en teoría, deberían ser ellos los encargados de velar por los intereses de la administración pública, de una manera responsable.

Por lo tanto, el vacío legal, expresado en la pena que se tipifica para el delito de peculado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, es el punto a tratar en la propuesta realizada en el trabajo elaborado. Tomando en cuenta toda la doctrina citada, necesaria para poder entender la gravedad de la justicia cuando en la legislación de un país, no se establece las garantías básicas que un Estado de derecho necesita.

## ABSTRACT

This thesis investigates the importance of principle of proportionality related to the strict respect for the fundamental rights of the people when subject to penalty. In regards, to the strict respect stated on Constitution of the Republic of Ecuador and International Treaties.

When punishing a guilty person, in an exaggerated fashion, it violates human dignity of all human beings. After punishing a person, the trial cannot be greater than the damaged caused to a person. On this matter, it is important applying the law which does not obstruct the rights of those who are guilty. Thus, they will not commit another crime. Although you cannot deny that legal system may not respect the principles of human rights during the length of the criminal conviction. Even though the imposed punishment could be less severe, human rights will be violated with this type of measures. However, this legal measure in question under these circumstances should be reasonable and fair.

The purpose of this work is addressed to the application of proportionality on those penalties, one of the felonies that has affected to the Ecuadorian society is graft. This is a degrading felony for public administration and the entire society; because, government officials cause detrimental to the state, when in theory, they should be to protect the best interests of the public administration, in a responsible manner.

Therefore, this gap in the law regarding the felony of graft stated on Art. 278 of the Organic Code of Criminal is the main objective of this thesis. Taking into consideration all needed legal doctrine to understand the legal system of a country and it guarantees the democratic state governed by the rule of law.

# ÍNDICE

Introducción .....	1
1.Principio de Proporcionalidad .....	4
1.1. El principio de proporcionalidad en las penas como una evolución en el Derecho Penal .....	4
1.2. Doctrina sobre el principio de proporcionalidad .....	6
1.3. El Principio de proporcionalidad en un Estado de Derecho ...	9
1.4. El Principio de proporcionalidad en el ámbito penal .....	14
1.5. Subprincipios de la proporcionalidad.....	18
1.4.1. Idoneidad.....	18
1.1.2. Necesidad .....	21
1.2. Proporcionalidad en sentido estricto.....	23
1.3. Los jueces penales y la medición de las penas.....	24
1.4. El Principio de proporcionalidad en Europa.....	25
1.6. Constitución de la República del Ecuador.....	27
2. La pena y las teorías de la pena .....	30
2.1. Origen de la pena.....	30
2.2. Forma de ejecución de las penas.....	32
2.3. Definición de pena.....	32
2.4. Justificación de la pena.....	36
2.5. Importancia de la pena.....	37
2.6. Teorías de la pena .....	39



2.7. Teoría absoluta .....	41
2.8. Teoría de la expiación .....	44
2.9. Teoría de la retribución .....	46
2.10. Teoría relativa .....	46
2.11. Teoría de la prevención general .....	50
2.12. Teoría de la prevención especial.....	55
2.13. Teoría de la Unión.....	57
<b>3.Peculado .....</b>	<b>61</b>
3.1. Perturbación en la administración pública.....	61
3.2. Delito de peculado.....	62
3.3. Origen del peculado .....	67
3.4. Antecedentes legislativos .....	68
3.5. Clases de peculado .....	69
3.5.1. Peculado por apropiación .....	69
3.5.2. Peculado por uso indebido .....	70
3.5.3. Peculado por extensión .....	71
3.5.4. El peculado por omisión.....	71
3.5.5. El peculado por aplicación oficial diferente .....	72
3.5.6. El peculado por error ajeno.....	73
3.5.7. El peculado culposo .....	73
3.5.8. El peculado propio .....	74
3.5.9. El peculado impropio .....	75
3.6. Legislación ecuatoriana .....	76
3.6.1. Código Orgánico Integral Penal.....	76

3.7. Constitución de la República del Ecuador .....	79
3.8. Diagnóstico del problema .....	81
Conclusiones y Recomendaciones .....	83
Conclusiones .....	83
Recomendaciones .....	87
REFERENCIAS .....	91

## **Introducción**

En la actualidad, el desarrollo de las sociedades y de los pueblos a nivel mundial exige tener leyes que estén a la altura de esta constante evolución del mundo. La aplicación del principio de proporcionalidad en las normas que se encuentran en el ordenamiento jurídico, es indispensable para garantizar que los órganos que se encargan de la administración de justicia realicen un trabajo adecuado, un trabajo que esté acorde con una justicia de calidad en beneficio de todos los habitantes, esto es algo muy necesario a la hora de tutelar los derechos que tienen todos los ciudadanos.

El Estado tiene una enorme responsabilidad en lo que a la defensa de derechos se refiere. Por lo tanto, es necesario que las leyes en el ámbito penal respeten los principios constitucionales y penales para que sean leyes justas. Uno de estos principios que busca la no vulneración a los derechos fundamentales es el principio de proporcionalidad.

Con la única razón de una correcta aplicación de justicia se debe sancionar a las personas cuando cometen alguna acción que está tipificada en la ley penal como delito, pero esa pena será justa siempre y cuando no perjudique más de lo necesario los derechos del infractor y no se convierta en una pena abusiva, que este desproporcionada en relación a la falta cometida. Es ese, precisamente el campo de acción donde entra en juego el principio de proporcionalidad motivo del presente trabajo, principio importante para una verdadera justicia, para que la pena no sea excesiva y que el deber que tiene el estado de administrar justicia se cumpla cabalmente.

La constitución actual del Ecuador como se puntualiza más adelante consagra y defiende la aplicación de este principio, de ahí su importancia y la obligatoriedad que tienen todas las leyes ecuatorianas y en este caso concreto las leyes penales de adaptarse a lo que la norma suprema establece.

Todas las modificaciones que se han dado a través de los tiempos, en lo que tiene que ver con la perspectiva sobre como la sociedad puede concebir una acción como delito. Es decir, como los actos realizados por los seres humanos,

que antes eran considerados delitos y con el pasar del tiempo y la evolución de la mente humana dejaron de serlo, ha sido favorable para la legislación y para toda la sociedad en general. En cambio, en los momentos actuales la sociedad se pregunta sobre ¿cómo un delito puede ser sancionado de la misma manera o con la misma pena?, pese a que las circunstancias o la magnitud en la finalidad del delito fueron diferentes, es decir, como dos personas que cometieron un mismo delito pero una de ellas causó un perjuicio mayor que la otra, tienen la misma sanción, acarreando con esto grandes injusticias, que en la actualidad estableciendo el principio de proporcionalidad en el ámbito penal se podrían eliminar.

Es importante recordar que las sanciones penales son las que más vulneran los derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad o el derecho a la dignidad y por esa razón una disconformidad en la sanción penal trae consigo detrimentos en la vida de las personas que sufren esta sanción, detrimentos que pueden ser irremediables. Y es precisamente eso lo que se pretende evitar con la inclusión y con el respeto del principio de proporcionalidad. Principio que es un gran avance y un logro para el Derecho después de años de evolución, porque castigar a un delincuente de una manera más severa, afectando gravemente sus derechos, no es la mejor forma para que la pena tenga una finalidad correcta y para que el sujeto activo de la infracción pueda conseguir una rehabilitación. Y así, en lugar de delinquir poder servir a la sociedad y no ser un problema.

En la legislación ecuatoriana una de estas leyes que atenta contra el principio de proporcionalidad es la que tipifica la conducta y la sanción que tienen las personas que son culpables del delito de peculado. El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 278 tipifica lo que es el delito de peculado y la sanción que tienen los culpables por el cometimiento de este delito. El problema radica en que el artículo en mención no guarda una medida coherente entre el daño que una persona ocasiona al Estado al cometer este delito, con la sanción que se encuentra igualmente tipificada en el artículo de la ley penal, sino que sanciona a todos los culpables por igual, irrespetando

claramente el principio de proporcionalidad. Así como, atentando gravemente contra la justicia de un Estado de derechos como el ecuatoriano.

## Capítulo I

### 1. Principio de Proporcionalidad

#### 1.1. El principio de proporcionalidad en las penas como una evolución en el Derecho Penal

Al hablar sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito penal, se hace referencia a que existe una evolución en el Derecho en general, sobre todo en la forma como la sociedad busca tener sanciones justas y leyes coherentes. Varias publicaciones sobre cómo se practicaba el antiguo Derecho penal nos demuestran que las penas de la antigüedad atentaban seriamente contra los derechos humanos por su extrema crueldad, claro está en aclarar que no siempre existieron derechos fundamentales para los seres humanos.

El motivo de este capítulo y de la tesis en general no es exaltar el desarrollo que ha tenido el Derecho Penal en la historia de la humanidad. Sino que es necesario realizar una sencilla revisión de como las penas cambian con el pasar de los tiempos y como antes, una pena que se podía concebir como justa, ahora los miembros de una sociedad pueden pensar que esa pena rebasa por mucho los límites de una verdadera justicia y ser cruel.

El catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla, Luis Arroyo Zapatero en su obra “Delitos y Penas en el Quijote” explica cómo se limitaba el Derecho Penal en la antigüedad solo a penas que hoy, la humanidad pensaría que son demasiado inhumanas, pero en aquellos tiempos pudieron ser consideradas como justas. Para explicar de una mejor manera, se analiza a continuación un extracto de la obra de Arroyo Zapatero en la que dice:

“Al asomar el siglo XVI las penas que se prevén para los delitos son, por lo común, la de muerte, en varias y graduadas formas, las corporales, en particular la de mutilación y la de azotes, los destierros y, para quienes tienen peculio, las pecuniarias como la multa y las confiscaciones.” (Arroyo, 2004, p.2)

Obviamente, el principio de proporcionalidad en las penas no era el problema principal en aquella época. Sino, en general las sanciones penales que eran

sanciones extremadamente crueles, aunque no se puede descartar que en aquella época pudieran haber tenido aceptación entre la sociedad por considerarse justas para la época.

Continúa Arroyo Zapatero, explicando sobre las penas en el antiguo Derecho Penal manifestando lo siguiente:

“El Derecho penal del Antiguo régimen se caracteriza por desconocer a la prisión, a la privación de libertad, como pena en sí. La estancia en prisión es un mero estadio provisional a la espera del juicio o de la pena, la de muerte, la de azotes o la de destierro. Es lógico y acomodado a los tiempos, pues las penas son privación de derechos fundamentales, y para que surja la pena de prisión debe previamente nacer la libertad como derecho fundamental, y para ello ha de llegar 1789, toda una revolución que alumbró una nueva concepción del hombre y del ciudadano.” (Arroyo, 2004, p.11)

Se puede apreciar la crueldad que existía en las penas que se aplicaban en el antiguo Derecho penal, tanto así que la privación de libertad no era considerada como la pena en sí, ya que no existía el derecho a la libertad, derecho que la gente en la actualidad si disfruta. El castigo físico como los azotes o la misma pena de muerte eran las que se imponían como medida cuando un delito era sentenciado, así como también el destierro.

Esta parte es fundamental para explicar el desarrollo que ha tenido el Derecho Penal, cuando se habla que en la actualidad lo que la sociedad exige es la existencia de penas que sean equilibradas con la realidad del daño que se ocasionó, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Y no se habla en estos días de eliminar totalmente la sanción penal por ser completamente anacrónica como la pena de muerte o la de mutilación.

Vale resaltar que con el principio de proporcionalidad no se busca la supresión de una sanción penal para alguien que comete un delito. Esto tampoco sería coherente con la justicia. Ya que toda persona que atenta contra los bienes jurídicos de cualquier miembro de la sociedad tiene obligatoriamente que recibir

una sanción que este tipificada en una ley penal. Y como se expresa en la obra de Arroyo Zapatero al citar una frase del libro de Miguel de Cervantes en la que hace mención a los condenados a las galeras al expresar que:

“casi ninguno vino a galeras porque daba limosna ni porque predicaba la fe de Cristo a los infieles” (Arroyo, 2004, p.2)

Esto en alusión a que todas las personas que cometieron un delito tienen obligatoriamente que recibir una sanción. Hasta este punto no hay ninguna duda sobre el compromiso que tiene el Estado de sancionar a quien comete un delito. Ahora, es esa sanción la que no debe ser desproporcionada con relación a la gravedad del delito cometido, es allá donde el principio de proporcionalidad pretende llegar, para cubrir ese vacío legal.

## **1.2. Doctrina sobre el principio de proporcionalidad**

Expertos en Derecho Penal en el ámbito mundial han escrito dando su punto de vista, sobre la necesidad de tener leyes justas. Esto es algo indispensable en un Estado donde lo primordial es respetar los derechos de cada uno de sus ciudadanos, respeto que se refleja cuando se mejora la administración de justicia y se brinda leyes que contengan penas coherentes entre las acciones antijurídicas y la sanción que merecen. Lo que implica que una sanción impuesta a una persona que comete un delito no debe ser exagerada y no se debe afectar sus derechos más de lo racionalmente permitido como medida de sanción por el delito cometido.

Ya, Cesar Beccaria en su obra “Tratado de los Delitos y de Las Penas” explicaba la importancia que tiene para la justicia y para la sociedad en general, la proporción entre los delitos y las penas.

Al respecto, Cesar Beccaria, manifestaba:

“Si se destina una pena igual a dos delitos, que ofendan desigualmente la sociedad los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.” (Beccaria, 1993, p. 71)



En este extracto de la obra de Beccaria, se puede apreciar que se encuentra inmerso, el principio de proporcionalidad. Ya que es necesario diferenciar la gravedad que las acciones antijurídicas causaron en la sociedad, para establecer la pena. De lo contrario, si existe la misma pena para dos acciones antijurídicas que causen distinto daño a la sociedad, podrán las personas escoger la acción que más afecte a la sociedad. Atentando así contra una verdadera justicia. Esto, es algo que se quiere prevenir con el principio de proporcionalidad, de ahí la importancia de este principio, de aplicar penas que afecten en distinta medida los derechos de las personas que cometen los delitos. Es decir, si una conducta antijurídica causa un daño mayor, la sanción afectará a los derechos fundamentales en mayor medida y si una conducta causa un daño menor, entonces la sanción afectará en una menor medida los derechos de los seres humanos.

Sobre la afectación que tienen los derechos de las personas al recibir una sanción penal, el argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, en su libro “Manual de Derecho Penal”, dice:

“la pena, necesariamente implica una afectación de bienes jurídicos del autor del delito (de su libertad, en la prisión o reclusión; de su patrimonio, en la multa; de sus derechos, en la inhabilitación). Esta privación de bienes jurídicos del autor debe tener por objeto garantizar los bienes jurídicos del resto de los integrantes de la comunidad jurídica.”(Zaffaroni, 1997, p. 50)

Lo que Zaffaroni manifiesta es innegable, ya que una persona que es sentenciada y que está obligada a cumplir una pena, producto de la comisión de un delito, está siendo afectada en sus derechos y pone como ejemplo los derechos a la libertad o al patrimonio. El autor de un delito ve como sus bienes jurídicos son perjudicados, pero ese perjuicio es por razones de seguridad para el resto de los miembros que pertenecen a la sociedad. .

Si bien las palabras que utiliza Zaffaroni son claras porque explica la afectación que sufren los derechos del delincuente a la hora de cumplir una pena. Pero

también defiende que esos bienes jurídicos no sean perturbados de una manera ilimitada.

Sobre esto Zaffaroni expresa:

“Pero esa privación de bienes jurídicos no puede exceder cierto límite: imaginemos que sentiríamos todos los integrantes de la comunidad jurídica argentina si a un carterista se le amputase una mano o si al que falsifica un boleto de ferrocarril se le condenase a muerte.”(Zaffaroni, 1997, p. 50)

Para explicar los límites que debe tener una pena, el autor ofrece dos ejemplos en los cuales se puede considerar que tanto el primer ejemplo como el segundo son lo suficientemente claros para un mejor entendimiento de este tema. Dado que sería algo absurdo concebir como una pena justa, la pena de muerte a una persona que falsifica un boleto de ferrocarril o que se mutile la mano a alguien que ha robado. No solo este tipo condenas son injustas, sino que también el autor se está refiriendo a penas absurdas en todo el sentido de la palabra.

Siguiendo con los límites que deben tener las penas el autor manifiesta que estos límites no son eternos en las sanciones sino que están determinados culturalmente, esto lo explica en las siguientes palabras:

“Este límite no es algo fijo, inmovible, dado de una vez para siempre, sino que esta culturalmente determinado, puesto que nunca fue el mismo a lo largo de la historia. La injerencia en los bienes jurídicos del infractor se haría necesaria para motivarse conforme a las normas y reforzar así el sentimiento de seguridad social neutralizando la alarma social del delito, pero no puede exceder de este grado de tolerancia socio-culturalmente determinado y, por consiguiente, históricamente condicionado, so pena de que esa misma injerencia cause alarma social, es decir, afecte el propio sentimiento de seguridad jurídica.” (Zaffaroni, 1997, p. 50)

Zaffaroni, afirma que el motivo por el cual una pena es impuesta es para neutralizar la alarma social que el delito generó. Pero si esa pena es excesiva, de un rango de tolerancia que ha sido socio-culturalmente determinado, esto puede causar que sea esa sanción la que cause alarma social y con esto se estaría hablando de un detrimento en la seguridad jurídica. Dicho en otras palabras, la falta de aplicación del principio de proporcionalidad a las sanciones penales causa que la sociedad tenga leyes que no tutelen de una manera adecuada los bienes jurídicos de las personas que en ella participan.

Sobre la importancia que tiene la coerción penal para una adecuada seguridad jurídica, Zaffaroni dice:

“La coerción penal debe reforzar la seguridad jurídica, pero cuando sobrepasa el límite de tolerancia en la injerencia en los bienes jurídicos del infractor causa más alarma social que el delito mismo. No se trata de que la pena “retribuya” ningún mal con otro mal, sino de que garantice los bienes jurídicos sin lesionar el sentimiento de seguridad jurídica de la comunidad.”(Zaffaroni, 1997, p. 50)

El principio de proporcionalidad está inmerso en la idea anteriormente señalada por Zaffaroni, porque lo que se pretende evitar es la vulneración de la seguridad jurídica cuando existen penas que quebranten los bienes jurídicos del infractor de una manera descomunal, fomentando de esta manera que la sanción penal cause una mayor alarma social que el propio delito.

### **1.3. El Principio de proporcionalidad en un Estado de Derecho**

Un Estado como el ecuatoriano es un Estado de Derecho y en palabras del tratadista Edgardo Alberto Donna:

“el Estado está obligado a actuar sujeto a principios jurídicos fundamentales y, por tanto, su obligación reside en el reconocimiento y el respeto de los derechos inalienables de la persona, especialmente su libertad.” (Donna, 1996, p.4)

El autor establece a la libertad como un derecho especial que tiene que resguardar un Estado. Pero en términos generales, un Estado Democrático de

Derechos tiene la obligación principal de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos sobre todas las cosas. Esta es su característica principal, que está contemplada en la constitución del Ecuador. Es decir, es la misma carta magna la que protege los derechos que son inherentes a las personas por su condición de tal.

Esta relación del Estado y la constitución, se basa en el respeto que debe existir por parte del Estado a la ley fundamental. Al respecto, Edgardo Alberto Donna, manifiesta:

“la esencia de tal Estado consiste en que está totalmente sometido a la Constitución. Si esto es así, debe decirse que es el Estado quien debe respetar la norma fundamental.” (Donna, 1996, p.5)

Dentro de este respeto que está obligado el Estado a la Constitución, sobresale el respeto a los derechos en ella consagrados. Así, en un Estado Democrático de Derecho, el principio de proporcionalidad adquiere mayor fuerza, precisamente porque con este principio se trata de resguardar los derechos de las personas y que estos no sean vulnerados cuando exista una imposición de penas injustas para los sujetos activos.

Ferrajoli, en su obra titulada “Derecho y Razón”, explica que en un Estado garantista, como es el Estado de Derecho moderno, se debe aplicar penas que estén acorde a los tiempos, es decir, penas modernas. Sobre estas penas, Ferrajoli, manifiesta:

“la pena moderna como pena abstracta e igual, como tal cuantificable y mesurable y por ello pre-determinable legalmente y determinable judicialmente tanto en la naturaleza como en la medida” (Ferrajoli, 1995, pp. 389-390)

Las penas modernas protegen los derechos humanos. Por lo tanto, son las que incorporan el principio de proporcionalidad y tienen una relación coherente con la naturaleza del delito.

Esta evolución que tienen las penas, favorecen a los derechos fundamentales. Ya que, se trata de que las penas no causen sufrimiento en los seres humanos que las padecen, como tiempo atrás acontecía. Al respecto de lo expresado, Ferrajoli, manifiesta:

“Esta tipificación y formalización legal de las penas modernas la ha hecho posible su configuración ya no como aflicciones sino como privaciones: privaciones de derechos” (Ferrajoli, 1995, p.390)

Es decir, si se aplica una sanción penal a una persona que comete un delito, esta pena no debe pretender causar sufrimiento en las personas. Sino que debe privar a la persona de sus derechos lo mínimo posible por la falta cometida.

La pena moderna y la función que desempeña el legislador sobre esta, es algo a lo que Ferrajoli se refiere a continuación:

“el ajuste proporcional de la gravedad de los delitos a las medidas de pena establecidas por el legislador sobre la base de la jerarquía de los bienes y de los intereses elegidos por él como merecedores de tutela. (Ferrajoli, 1995, p.392)

La función legislativa por medio de los legisladores al momento de realizar una ley penal, que contenga la sanción correspondiente por una acción antijurídica, debe tomar en cuenta el peligro que esa acción cometida por el sujeto activo causó en la sociedad. Y en base a ese peligro fijar la sanción. Aquí, el legislador debe tomar en cuenta la importancia de los derechos que pueden ser vulnerados y cuales merecen tutela.

Ferrajoli, le da un valor importante al tiempo dentro del Derecho Penal y manifiesta esta importancia en las siguientes palabras:

“el tiempo asume en el derecho penal moderno el papel de «equivalente general» en la determinación convencional de la gravedad de los delitos según el «valor» por ellos lesionado.” (Ferrajoli, 1995, p.392)

Si el daño que se causó al bien jurídico fue mayor, entonces el tiempo que una persona tendrá que pagar su condena será mayor. Mientras que si no fue un daño enorme el que se causó a los bienes jurídicos de las víctimas, el tiempo que se coarte la libertad del delincuente será menor. Esto en cuanto a la “equivalencia general” como lo dice el autor que tiene el tiempo en el Derecho Penal. Y que sin duda alguna tiene relación directa con el principio de proporcionalidad motivo del presente trabajo.

Al referirse sobre este tema, el tratadista Peter-Alexis Albrecht manifiesta:

“El principio de la proporcionalidad pertenece a los elementos centrales de un Estado de Derecho democrático y rige para todo el poder estatal. No es permitido ejecutar medidas estatales sin fin o sin fundamentación. Tanto el fin como la elección de los medios, que llevan a tal fin, requieren una justificación objetiva y una medida determinada.”(Albrecht, 2012, p.13)

El autor se refiere al principio de proporcionalidad como un elemento central de un Estado de Derecho democrático. Complementa que los medios y los fines que utiliza y que pretende alcanzar el Estado respectivamente con la implementación de sus medidas legislativas, deben estar determinados en base al principio de proporcionalidad.

El Estado tiene que procurar que las penas se adapten a una acción antijurídica concreta, para poder establecer la verdadera responsabilidad que tiene la persona que comete la infracción penal. Sobre la determinación en la pena, el tratadista Reinhart Maurach manifiesta:

“la determinación de la pena no puede perseguir una valoración de la responsabilidad separada del acto concreto” (Maurach, 1962, p, 526)

Es decir, según el delito cometido se debe imponer una pena que se adecue a ese caso concreto.

La doctora Gloria Patricia Lopera Mesa, al hablar sobre el poder que tiene el Estado para sancionar con la finalidad de realizar justicia, señala:

“el poder público puede restringir la libertad sólo en los casos estrictamente necesarios y en la medida en que sea imprescindible para garantizar los derechos de los demás o las exigencias del bien común” (Lopera, 2010, p110)

La autora explica que solo el Estado tiene la facultad para limitar la libertad de una persona, pero esta potestad estatal se la realiza en situaciones absolutamente necesarias, situaciones que se dan cuando una persona comete una acción que está tipificada como delito. Entonces presentándose el delito, interviene el Estado. Pero esa intervención debe realizarlo el Estado en una medida correcta, procurando que no se rebasen límites, a la hora de la sanción, para de esa manera proteger los derechos de las personas y del bien común. El principio de proporcionalidad está inmerso en esa medida a la que se refiere la doctora Lopera, medida absolutamente importante que se debe respetar en un Estado de derecho como el ecuatoriano.

Continúa la autora explicando el principio de proporcionalidad y la base sobre la que se asienta este principio al señalar que:

“El ejercicio de la libertad como norma general, su restricción como una excepción limitada que es menester justificar por la necesidad de proteger otros derechos o bienes relevantes, constituye el sustrato ideológico sobre el que se asienta el principio de proporcionalidad” (Lopera, 2010, p110)

Toma la autora el derecho a la libertad para explicar el principio de proporcionalidad y manifiesta que el Estado coarta la libertad que tiene un ciudadano solo en casos especiales cuando las circunstancias lo ameriten por motivos de protección. Entonces, la aplicación que se da al principio de proporcionalidad es una necesidad para la protección de los derechos fundamentales o como lo manifiesta la Dra. Lopera Mesa, para proteger “bienes relevantes”. Este resguardo es la base sobre la que estriba el principio de proporcionalidad.

#### **1.4. El Principio de proporcionalidad en el ámbito penal**

El principio de proporcionalidad tiene una monumental importancia en el Derecho Penal. Las penas justas, son las penas que tienen un equilibrio entre la gravedad del delito cometido y la sanción que merecen.

Edgardo Alberto Donna, en su obra “Teoría del delito y de la pena” explica sobre este principio:

“la ley penal debe determinar y delimitar la acción contraria a la norma. Además se exige la proporcionalidad en la aplicación de la sanción penal.”(Donna, 1996, p.18)

Es decir, tanto la conducta antijurídica como la sanción que tiene esta conducta deben tener una medida. Es algo fundamental que se deba respetar en las leyes penales.

Sobre la importancia que tiene este principio para el Derecho Penal y el análisis obligatorio que se tiene que realizar de la pena a aplicar en un escenario determinado, Albrecht enuncia:

“La necesidad de insistir en el cumplimiento del principio de proporcionalidad rige especialmente en el Derecho Penal. Tanto el apercibimiento de pena como la pena en si deben ser proporcionales. El Derecho Penal debe fundamentar los fines que persigue con la pena y debe analizar si la pena a aplicar es realmente necesaria en la situación concreta.”(Albrecht, 2012, p.13)

Es una gran aseveración la que explica el autor, ya que es necesaria la existencia de un análisis para aplicar una pena de una mejor manera en el ámbito penal, es decir, se debe conocer los efectos que produce una sanción penal en los derechos de las personas y deducir si es justa o no la sanción que se empleó en un delito específico. Con esto se puede saber si la finalidad que se persigue es la correcta y si esa pena es adecuada. Otra afirmación correcta que manifiesta el autor es la necesidad que expresa al principio del extracto de su obra anteriormente citada, necesidad que señala como importante que el principio de proporcionalidad debe tener una mayor influencia en el Derecho



Penal para cumplir con el objetivo de sancionar de una manera apropiada en beneficio de la sociedad.

La coordinadora académica auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa, Ivonne Yenissey Rojas, habla sobre la necesidad que tiene el legislador de emplear el principio de proporcionalidad en las penas y manifiesta lo siguiente:

“La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho.”(Yenissey, 2014)

Se debe entender como importancia social del hecho a la connotación negativa que causó esa acción en la sociedad. Y la autora, continúa explicando su punto de vista sobre este principio y señala que:

“En este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito” (Yenissey)

Con esto se complementa perfectamente lo manifestado en el primer compendio de la obra anteriormente citada, para explicar la trascendencia del colocar penas que no sean ilógicas en el ordenamiento jurídico con motivo de realizar la prevención de un delito.

A la hora de establecer una pena, la autora declara que es necesaria la presencia de dos exigencias que son:

- “La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.
- La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho” (Yenissey)

El principio de proporcionalidad en materia penal, se fundamenta en estas dos exigencias que la autora manifiesta. Y se podría afirmar que son dos conclusiones muy resumidas que explican el valor de este principio para el Derecho en general y particularmente en materia penal.

El principio de proporcionalidad en el ámbito penal, es un tema que también lo presenta la doctora Lopera Mesa en su obra "Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal". La autora empieza aclarando sobre la influencia que tienen las leyes penales en los derechos de los ciudadanos y manifiesta lo siguiente:

"Toda ley penal sustantiva supone una intervención en derechos fundamentales, ya sea a través de la definición de cierta conducta como delito (norma de conducta) como de la determinación de la sanción aplicable (norma de sanción)" (Lopera, 2010, p111)

Con esta afirmación que realiza la autora se puede apreciar la trascendencia que tienen las leyes penales en el ordenamiento jurídico de un Estado, debido a la penetración en los derechos esenciales de los seres humanos que realiza el Derecho Penal. De ahí, la importancia de respetar los derechos fundamentales, aun cuando las penas estén siendo aplicadas a los delincuentes como sanción por la comisión de un delito. Es conocido la necesidad que tiene el poder público de la aplicación de las medidas penales a los sujetos activos de un delito, para que con esta sanción se realice una protección de los mencionados derechos en las personas que fueron víctimas en un delito y que producto del delito, sus bienes jurídicos hayan sido vulnerados. De esta manera no se fomenta una alarma social porque la persona que cometió el delito tiene un castigo y con esto la víctima puede estar tranquila y saber que se hizo justicia y que la persona que vulneró sus bienes jurídicos tiene la sanción que merece.

Para complementar y explicar de una mejor manera la aseveración antes analizada por la doctora Lopera Mesa. Ella, extiende la explicación sobre la enorme influencia que tiene el Derecho Penal en los derechos fundamentales, manifestando que esta intervención se la hace tanto en la norma de conducta, como en la norma de sanción que se encuentran tipificadas en el Derecho Penal.

Pero la doctora Lopera Mesa, al hacer referencia en su obra sobre las penas y la alteración que sufren los derechos fundamentales cuando las sanciones

penales son impuestas, también reflexiona sobre otro tipo de efecto negativo que sufren los derechos de una persona que es declarado culpable de un delito, a pesar que la persona cumpla con toda la condena y recobre posteriormente su libertad, esta afectación es al honor. La autora explica su postura sobre la afectación que sufre la dignidad de una persona con las siguientes palabras:

“toda sanción penal incorpora una connotación estigmatizante que no suele estar presente en las sanciones que se imponen por conducto de otras normas del ordenamiento” (Lopera, 2010, p112)

En esta aseveración que es totalmente acertada, la autora explica el menoscabo que sufre el derecho a la dignidad, debido a que una persona que cumplió una pena, queda con una marca para toda su vida que hace que la sociedad reproche a este individuo. Aun, como ya se dijo antes, cuando la persona ya pagó su condena. Obviamente esta estigmatización que sufre el sujeto activo no está tipificada en ningún cuerpo legal, pero la realidad es esa. Realidad que representa una condena que es impuesta por la sociedad que rodea al individuo, que sin importar el tiempo que haya transcurrido desde la comisión de la acción antijurídica, el individuo ha creado en la sociedad un juicio de valor, que se hace presente en las personas que han sido condenadas y que repercute para toda su vida.

La autora completa este punto de la siguiente manera:

“pues las penas son vistas como el castigo que la sociedad reserva a los hechos más graves, y su imposición conlleva un juicio de reproche ético que, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, se traduce en una afectación en el honor de la persona sobre la que recae.” (Lopera, 2010, p112)

En definitiva el daño que se hace a los derechos fundamentales de la persona que cometió el delito no se termina con el cumplimiento de la condena, porque la dignidad que también es un derecho fundamental se ve siempre en deterioro y este reproche lo hace la sociedad. Y lo más estigmatizante de todas las

sanciones que puede darse en Derecho, son las sanciones que están tipificadas en las leyes penales, porque estas sanciones hacen suponer que es una persona verdaderamente peligrosa la que cometió los delitos. Ahí radica el miedo que la sociedad tiene a esa persona.

### **1.5. Subprincipios de la proporcionalidad.**

En el ámbito penal es necesario mencionar a la idoneidad, a la necesidad y a la proporcionalidad en sentido estricto, porque son los subprincipios del principio de proporcionalidad y son necesarios como lo explica la doctora Lopera cuando existe alguna colisión entre las declaraciones que se realizan tanto favorables como desfavorables de la constitucionalidad en la postura enjuiciada. Este punto, la doctora Lopera, lo trata de la siguiente manera al expresar que:

“Solo cuando es posible establecer un conflicto entre razones a favor y en contra de la constitucionalidad de la medida enjuiciada tiene lugar la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad que, tratándose del control de leyes penales, adquieren unos contenidos específicos”(Lopera, 2010, p112)

#### **1.4.1. Idoneidad**

La importancia de este primer subprincipio, radica en la verificación que con él se realiza de la ley. Verificación, que sin lugar a dudas es de gran ayuda para comprobar si la aplicación de la ley, es o no un camino conveniente para lograr el objetivo que se propone al momento de emitirla. Sobre este subprincipio, la doctora Lopera declara:

“El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio adecuado para contribuir al logro del fin que con ella se persigue” (Lopera, 2010, p112)

Es decir, que esta medida legislativa, a la que se refiere la autora es eficiente o idónea cuando cumple el propósito, motivo por la que fue elaborada.

Caso contrario, la autora continúa la explicación, cuando la ley no cumple con este propósito, la doctora Lopera señala:

“En cambio, la medida será inidónea cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido” (Lopera, 2010, p112)

La explicación que brinda la doctora es muy clara. En el sentido de que podemos entender perfectamente que si una ley cumple la finalidad que se estableció cuando fue creada, es idónea. Pero cuando esta ley no cumple la finalidad antes mencionada, es una ley inidónea.

La autora continúa exponiendo sobre el subprincipio de idoneidad y manifiesta que este subprincipio recae tanto en la norma de conducta, como también en la norma de sanción y lo expresa de la siguiente manera:

“El contenido del juicio de idoneidad varía según se proyecte sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción establecida en la ley penal” (Lopera, 2010, p114)

Como queda explicado antes de la cita, la autora establece que la idoneidad se localiza en las reglas que se refieren a la conducta y en las que mencionan a las sanciones. Pero hay que acotar que el subprincipio de idoneidad no se aplica de igual manera en las primeras como en las segundas normas. Sino que este subprincipio varía.

Sobre el juicio de idoneidad que se emplea en la norma de conducta, la doctora Lopera establece que:

“es preciso verificar si la acción u omisión descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico cuya tutela se pretende, pues solo de este modo su prohibición será un medio idóneo para contribuir a la protección de dicho bien jurídico.” (Lopera, 2010, p114)

Entonces, el subprincipio de idoneidad se debe utilizar solo en los casos en que los actos tipificados en la ley penal como delitos vulneran los derechos fundamentales. Para saber que existe la mencionada vulneración es necesario realizar una comprobación de los actos.

Para complementar este tema de una mejor manera se debe aclarar que no se puede castigar a una persona por lo que piensa o por las intenciones que tenga de realizar cualquier acción, así no sea legal. Todo esto pertenece al fuero interno de los seres humanos y no es susceptible de recibir sanción penal. Para que el Derecho Penal actué con su poder coercitivo es necesario que el delito se haya cometido, es decir, es necesario que el delito se exteriorice. Sobre este punto, la doctora Lopera establece:

“la conducta descrita en el tipo penal ha de consistir en una acción u omisión susceptible de causar modificaciones en el mundo exterior, lo que lleva a excluir del conjunto de los medios penales idóneos la criminalización de meros pensamientos, intenciones, y en general todo aquello que permanezca dentro del fuero interno del individuo” (Lopera, 2010, p114)

Queda claro entonces todo lo referente a la idoneidad en la norma de conducta. Es indispensable hablar de la idoneidad en la norma de sanción. Y sobre este tema la autora, expresa:

“cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de idoneidad exige verificar que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida.” (Lopera, 2010, p114)

El juicio de idoneidad en la norma de sanción, obliga a que se compruebe si la amenaza de una sanción penal es adecuada para advertir a la sociedad y que cualquier miembro de esta, se abstenga de cometer un delito, producto del miedo que causa la amenaza que una ley penal trae consigo.

### 1.1.2. Necesidad

El segundo subprincipio del principio de proporcionalidad es el de la necesidad. Y sobre la importancia que tiene este subprincipio en el ámbito penal, la autora explica a continuación:

“la argumentación continua con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa.” (Lopera, 2010, p115)

Lo que se busca con la aplicación del subprincipio de necesidad es que las leyes penales no afecten los derechos fundamentales de los seres humanos y que la aplicación de las mencionadas leyes por parte del Estado, cumplan su objetivo. Para esto, por medio del subprincipio de necesidad se analiza si la disposición que se tomo fue la más adecuada en relación a otros métodos que podían haberse realizado.

Continúa, la doctora Lopera su intervención explicando sobre la necesidad de buscar lo más apropiado para que la vulneración de los derechos fundamentales sea menor y lo explica utilizando las siguientes palabras:

“la medida adoptada por el legislador se reputara necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención.” (Lopera, 2010, p115)

Este extracto de la obra de la doctora Lopera, explica la esencia misma de lo que el subprincipio de la necesidad constituye. El medio que afecte menos los derechos de las personas, es el más idóneo y es el que se busca con la implementación del subprincipio de la necesidad.

Buscar medidas alternativas que sean más benignas es lo que se propone con el subprincipio de la necesidad y eso lo plantea la doctora Lopera por medio de las siguientes palabras:

“Se trata así de buscar alternativas de regulación que circunscriban el ámbito de lo prohibido solo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, para de este modo reducir la disminución de libertad que comporta la tipificación de una conducta como delito solo al mínimo imprescindible para alcanzar la finalidad de tutela” (Lopera, 2010, p115)

Tutelar de una mejor manera los derechos de las personas es lo que manifiesta la autora en el extracto de la obra citada.

El subprincipio de la necesidad al igual que el de la idoneidad influye, tanto en las normas de conducta y en las normas de sanción. En las primeras, el subprincipio de la necesidad quiere decir que las conductas más graves tienen que ser tipificadas de una manera más drástica, mientras que en las normas de sanción se establece que los comportamientos antijurídicos de las personas que no lesionen de una manera descomunal los derechos de los seres humanos deben tener una regulación en la que no se afecte tanto los derechos fundamentales como el de la libertad. Es decir, se debe afectar la libertad de quien tiene una conducta agresiva que daña un bien jurídico, pero el Estado tiene que intentar que esta afectación, sea la menor posible y en una medida indispensable para proteger el bien jurídico que se dañó con el delito. Esto en cuanto a la influencia que tiene el subprincipio de la necesidad en las normas de conducta. Ahora, para entender la importancia que tiene el subprincipio de la necesidad en las normas de sanción, la autora motivo de este análisis expresa:

“Por su parte, cuando se proyecta sobre la norma de sanción, el subprincipio de necesidad incorpora las exigencias asociadas al principio de subsidiariedad en materia penal, el cual, en su vertiente externa requiere la búsqueda de alternativas al derecho penal,



mientras que en su dimensión interna reclama la búsqueda de penas alternativas.” (Lopera, 2010, p115)

Entonces, es claro lo manifestado por la doctora Lopera, en cuanto a la búsqueda que se hace con el subprincipio de necesidad, de alternativas para establecer sanciones ya sea dentro del ámbito penal o fuera de este. Y explica que cuando se busca dentro del ámbito penal, esta búsqueda es interna. Caso contrario, es lo que sucede cuando la búsqueda se la realiza fuera del ámbito penal, ahí se hace referencia a una dimensión externa.

## **1.2. Proporcionalidad en sentido estricto**

Para que exista una utilización adecuada del principio de proporcionalidad es necesario que los tres subprincipios se empleen: la idoneidad, la necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Sobre el último de los subprincipios, la doctora Lopera explica en que consiste:

“consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa.” (Lopera, 2010, p116)

La proporcionalidad en sentido estricto, permite establecer que derechos afectados tienen que prevalecer sobre los otros. Es decir, debe prevalecer la vulneración de los derechos que se contempla en las leyes penales, al impedir la realización de una conducta específica o debe prevalecer la posición de defender la aplicación de las leyes penales, en perjuicio de los derechos que se quebrantarán por la tipificación de una conducta y su sanción en un delito y en una pena respectivamente.

La doctora Lopera complementa la intervención, manifestando:

“Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos.” (Lopera, 2010, p116)

Es decir, si la sanción penal sirve para restablecer el caos que genero el delito. Por la tanto, existe una satisfacción con la aplicación de la medida penal y el detrimento que sufren los bienes jurídicos afectados del sujeto activo en la infracción es justificado para restaurar el orden en la sociedad.

Para terminar la explicación de los subprincipios de la proporcionalidad, hay que recalcar que son muy importantes en el Derecho Penal para defender los derechos de las personas. Sobre la transcendencia de los tres subprincipios, la doctora Lopera manifiesta las siguientes palabras:

“en tanto no logre acreditarse con certeza que una norma penal es un medio idóneo, necesario y proporcionado para tutelar un bien jurídico fundamental, no se pueden dar por satisfechas las condiciones necesarias para reputarla como un ejercicio legítimo del ius puniendi, aun cuando haya sido declarada valida e incluso aunque cuando provenga de un poder democráticamente legitimado” (Lopera, 2010, p,124)

La doctora Lopera hace referencia en que debe existir la seguridad que las leyes penales cumplan con los tres subprincipios del presente estudio, porque de ese modo la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos a través de las mencionadas leyes estarán garantizadas. Caso contrario, se manifiesta que el ius puniendi, propio del Derecho Penal será algo ilegítimo.

### **1.3. Los jueces penales y la medición de las penas**

Los jueces en el ámbito penal solo pueden sujetarse a lo literalmente expresado en las leyes. Una disposición penal da los parámetros en los que los jueces fundamentan sus decisiones. No podrá entonces, un juez de garantías penales desconocer esos parámetros.

Sobre la relación que tienen los jueces y las leyes penales, Reinhart Maurach, en su libro “Tratado de Derecho Penal” expresa:

“la ley, al graduar las particulares conductas injustas, por vía de la tosca y generalizadora valoración de los tipos, prescribe al juez

especies y magnitudes penales, dotadas de márgenes diversos.”  
(Maurach, 1962, p, 526)

El autor explica que las leyes penales proporcionan al juez, la información que ellos necesitan para realizar su trabajo y dictar sentencia en base a esta información. Estas leyes penales, varían según el caso, tanto en los tipos de sanciones como en la medida que corresponde a cada tipo.

Es imprescindible la obediencia que debe tener un juez a la ley, ya que solo debe someter sus decisiones a esta. Sobre el tema en mención, el autor Reinhart Maurach, complementa:

“Labor del juez será la definitiva fijación de la pena dentro de este marco” (Maurach, 1962, p, 526)

Es decir, solo dentro de la medida y de acuerdo a la conducta antijurídica, que está tipificada en la ley penal puede el juez tomar sus decisiones. No puede salirse de esta condición.

Las juezas y jueces de garantías penales solo pueden observar la ley en el momento de sentenciar. Enorme, es la obediencia que se debe a la ley, que si esta es considerada injusta ya sea en la medida que tiene como en la tipificación del tipo penal, el juez tiene que obedecerla. Es el legislador, la autoridad encargada de realizar correcciones en las leyes y de adaptar todos los principios penales a las leyes. El juez nunca podrá tomar el lugar del legislador.

#### **1.4. El Principio de proporcionalidad en Europa**

El principio de proporcionalidad tuvo gran importancia en Europa y se desarrolló después de la segunda guerra mundial, así lo explica Peter-Alexis Albrecht en su obra titulada “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la Proporcionalidad, Principio de la Legalidad, Principio de la Oficialidad” en la cual dice:

“El desarrollo del principio de proporcionalidad se puede observar en toda Europa y fue consagrado definitivamente luego de la Segunda Guerra Mundial.” (Albrecht, 2012, p.14)

En la actualidad este principio, es tan importante en Europa que es el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano que lo acepta y lo utiliza para garantizar que se respete los derechos fundamentales interponiendo límites a cualquier postura que pueda afectarlos.

Sobre este punto Peter-Alexis Albrecht se refiere a continuación:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) reconoce en su jurisprudencia el principio de la proporcionalidad como límite de las medidas que afectan los derechos fundamentales. De la misma manera que en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania la proporcionalidad actúa como un “límite del límite”. (Albrecht, 2012, p.14)

Pues bien, no solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite la importancia que tiene el principio de proporcionalidad. Sino también el Tribunal Federal Constitucional de Alemania, ente que se refiere a este principio como “límite del límite”.

Y sobre este término “límite del límite” el autor explica:

“El término “límite del límite” representa una técnica jurídica precisa que dice que las intervenciones en los derechos fundamentales no pueden ser ilimitadas, sino que están sujetas al cumplimiento de normas.”(Albrecht, 2012, p.13)

Con esto el autor explica que siempre que los derechos fundamentales que tienen los seres humanos estén siendo alterados como sanción por una conducta antijurídica, no se podrá perjudicarlos de una manera ilimitada. Porque se debe respetar normas para tratar estos derechos de una forma adecuada. Cuando existe esta alteración a los derechos, tiene que observarse los límites que se establecen para respetarlos. Y es precisamente sobre estos límites a los cuales el autor al que se está analizando se refiere a continuación:

“Para los límites de la intervención de la libertad se requieren criterios extraídos de la Ley Fundamental. El principio de la proporcionalidad provee tales criterios. En el Derecho común de la Unión Europea el principio de la proporcionalidad es un principio jurídico general.” (Albrecht, 2012, p.13)

Finalmente, se reconoce la trascendencia del principio de proporcionalidad porque es la misma constitución la que consagra este principio. Termina el autor manifestando la importancia que tiene el principio en la Unión Europea, al afirmar que es un principio jurídico general en el Derecho de la Unión Europea.

Volviendo a la importancia que tiene el principio de proporcionalidad específicamente en Alemania, Enrique Bacigalupo, en su obra “Principios constitucionales de Derecho Penal”, expresa:

“el Tribunal Constitucional Federal alemán completa la idea de justicia material al afirmar que al autor debe aplicársele "una pena justa, que tenga en cuenta el principio del Estado de derecho de la proporcionalidad” (Bacigalupo, 1999, p.146)

Entonces, el principio de proporcionalidad es un principio característico en un Estado de Derecho. Para que una sociedad tenga sanciones penales justas, es indispensable la incorporación de este principio en el ordenamiento jurídico. Así, el Estado de Derecho cumplirá su objetivo, en beneficio de los derechos fundamentales.

## **1.6. Constitución de la República del Ecuador**

Como ya se puntualizó anteriormente, el Ecuador es un Estado democrático, que respeta los derechos de los seres humanos. Por tal razón, la Constitución de la República del Ecuador que se encuentra vigente manifiesta en su artículo primero, lo siguiente:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

Al ser un Estado constitucional de derechos, en el Ecuador es obligación la protección a los bienes jurídicos de las personas. Por tal motivo, la aplicación de principios que respeten los derechos fundamentales de los ecuatorianos, como el principio de proporcionalidad es más que un simple compromiso que tiene el Estado. Es el deber principal que este adquiere, por mandato constitucional en beneficio de su población.

Dentro de los derechos esenciales, está el derecho a la integridad personal y sobre este derecho, la constitución manifiesta:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizara a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.”(Constitución, 2008, p.47)

Con el principio de proporcionalidad en las normas penales se defiende el derecho a la integridad personal, contemplado en el literal c, numeral 3, del artículo 66 de la constitución. Ya que las penas excesivas, son penas crueles y degradantes para los seres humanos.

Sobre este particular, el autor Enrique Bacigalupo, señala:

“La prohibición constitucional de penas "inhumanas y degradantes" contiene implícitamente un principio de proporcionalidad: Sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir, no degradante.”(Bacigalupo, 1999, p.149)

Solo las penas que utilizan el principio de proporcionalidad, defienden la dignidad de los sujetos activos. Esto lo defiende la ley suprema en un Estado de Derecho, para que las penas que contenga en Derecho Penal sean más humanas.

Sobre la humanización de las penas, Enrique Bacigalupo continúa la explicación con las siguientes palabras:

“La historia de la humanización de las penas es la de su adecuación a una proporcionalidad que no resulte lesiva del sentimiento jurídico de cada época.”(Bacigalupo, 1999, p.149)

El autor se refiere a que las penas pueden cambiar en su proporción, dependiendo de la época. Pero siempre el Estado al momento de realizar la humanización de las penas tratara de no lesionar a la sociedad con penas inhumanas, aplicando el principio de proporcionalidad.

Es la Constitución de la República del Ecuador, la que establece la importancia que tiene el principio de proporcionalidad en las leyes penales. Tanto es así que el artículo 76 de la ley suprema señala lo siguiente:

“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:” (Constitución, 2008, p.53)

Y en el numeral sexto manifiesta:

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”  
(Constitución, 2008, p.53)

Se puede apreciar entonces la obligatoriedad de aplicar el principio de proporcionalidad a las sanciones penales. Caso contrario se atenta contra la constitución. Y contra la función principal que tiene el Estado de respetar los derechos consagrados en la constitución.

El respeto al debido proceso es algo que también contempla la ley suprema en el artículo que se está analizando. Por lo tanto, la no aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal es un obstáculo en el derecho que tiene toda persona al debido proceso.

Es evidente entonces que la existencia de las leyes que no respetan el numeral sexto del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador deben ser modificadas para garantizar los derechos fundamentales que la norma suprema defiende.

## Capítulo II

### 2. La pena y las teorías de la pena

#### 2.1. Origen de la pena

Es necesario en el ámbito penal entender lo que es la sanción penal. Para esto se debe comprender el origen que tienen las penas y sobre este particular, Cesar Beccaria, en su libro “Tratado de los Delitos y de las Penas” explica:

“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.” (Beccaria, 1993, p.59)

Los seres humanos al decidir unirse para formar una comunidad lo hacen con la intención de protegerse entre sí. Esta protección está presente en las leyes, que las personas se obligan a respetar para tener una adecuada convivencia en sociedad. Al obedecer las leyes, los seres humanos ceden un poco de su libertad. Pero esta porción de libertad que cada persona cedió, es necesaria para que exista una soberanía en la nación. Sobre esto, Cesar Beccaria, continúa la explicación al decir:

“El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular.” (Beccaria, 1993, p.59)

Lo que Cesar Beccaria, manifiesta es que todas las personas que forman una sociedad, entregan una parte de su libertad a un soberano, para que sea él, la autoridad que administre y proteja los derechos de cada ser humano, miembro de la sociedad. Es entonces, el soberano quien debe actuar cuando se pretenda alterar el orden que todos se comprometieron a respetar y defender la



libertad de quienes forman parte de la sociedad. Ya que, existirá personas que busquen la vulneración de los derechos y las libertades de otros.

Continúa el autor la explicación de cómo con la imposición de las penas el soberano protege las libertades de los ciudadanos, al expresar lo siguiente:

“Procuran todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban *motivos sensibles*, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiese sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos *motivos sensibles* son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes.”(Beccaria, 1993, p.59)

Las penas se originan para proteger los derechos y las libertades de los seres humanos ya que ellos colocaron en el depósito la porción de libertad que administra el soberano. Cuando alguien vulnera la libertad de otra persona y con esto se destroce el orden de la sociedad, se establece una pena. Es decir, cuando se quebrantan las leyes establecidas para vivir pacíficamente en sociedad, se interpondrá una sanción a la persona que contravino la libertad de otra persona.

Para complementar de una mejor manera la explicación que Cesar Beccaria ofrece en su obra, el autor, cita a Montesquieu para exponer cuando se debe establecer las penas y señala lo siguiente:

“Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. Proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico.”(Beccaria, 1993, pp.59-60)

Las penas se deben establecer para hacer justicia de lo contrario su utilización se prestará para abusar del poder. Esto convierte a la autoridad en déspota, ya que utiliza el poder sin respetar las leyes. Solo cuando es necesario, se tiene que utilizar las penas. Esto es cuando se violen los derechos de los seres

humanos y no cuando exista un simple capricho de la persona que ejerza el poder.

## **2.2. Forma de ejecución de las penas**

Una vez cometida la acción por parte del sujeto activo, es necesario que se garantice el debido proceso y establecer si esa acción constituye o no un acto antijurídico, para después de todo lo mencionado, imponer la pena correspondiente al culpable. Es preciso entonces establecer por parte del Estado una pena adecuada. A continuación, Cesar Beccaria, se refiere sobre cómo deben ser ejecutadas las penas y manifiesta las siguientes palabras:

“Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.” (Beccaria, 1993, p80.)

Con esto el autor se refiere a que una vez cometido el delito, se debe proceder a sancionar al infractor utilizando la manera menos dolorosa y que esta a su vez cause un impacto en la sociedad y que ese impacto sea eficaz.

Todo el análisis realizado de la obra de Cesar Beccaria, sobre el origen y la forma de ejecución de las penas, permite una mejor comprensión de la importancia que tiene para la sociedad el Derecho Penal. Precisamente, por la delicadeza en las cuestiones que regula.

## **2.3. Definición de pena**

Pero tener una definición fija de lo que es la pena no es algo sencillo debido a la gran variedad de criterios que surgen en torno a esta definición. Criterios que son igual varios cuando se refieren a las teorías de la pena. Francisco Muñoz Conde, brinda una definición de lo que es la pena y señala:

“Pena es el mal que impone el legislador por la comisión de un delito.” (Muñoz, 2001, p. 69)

La definición de Francisco Muñoz Conde es muy simple. Esto hace que a continuación de la definición que da el autor manifieste lo siguiente:

“Con esta definición no se dice nada sobre cuál es la naturaleza de ese mal o por qué o para qué se impone.” (Muñoz, 2001, p.70)

Es el mismo autor el que reconoce la pobreza en la definición de la pena antes mencionada. Esto debido a la complejidad de fijar una definición en este sentido, teniendo varios criterios que se muestran en las diferentes teorías de la pena que existen.

Siguiendo en el tema de la pena, el autor en mención hace referencia a que no se puede estar de acuerdo con todos los aspectos que giran alrededor de la pena, y manifiesta lo siguiente:

“Si se quiere conseguir algo de claridad en este asunto, deberán distinguirse, desde el principio, tres aspectos de la pena: su justificación, su sentido y su fin. Mientras que con relación al primer aspecto puede decirse que existe unanimidad, no ocurre lo mismo con respecto a los otros dos.” (Muñoz, 2001, p.70)

Con esto se aclara que no se puede tener un solo criterio en lo que a la definición de la pena se refiere. Ya que solo la justificación de la pena es el único aspecto en el que existe concordancia, no así en lo que tiene que ver con su sentido y con su finalidad. Pero estos dos aspectos serán tratados más adelante, cuando se haga un análisis de los puntos en discusión que giran alrededor de la pena y de las teorías de la penas.

David Baigún en su obra “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” manifiesta lo que es la pena y las medidas de seguridad, sobre esto expresa las siguientes palabras:

“Las penas y medidas de seguridad en este esquema *ad hoc* de la teoría del delito responden, sin duda, a un denominador común del derecho convencional: son el brazo prolongado de la coerción estatal, "privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito” (Baigún, 2000, p.245)

Señala entonces el autor, que las penas se imputan a quien comete un delito, esta imputación es por parte del Estado. Ya que es la autoridad que representa al Estado el que tiene la facultad de realizar la coerción estatal. Esta coerción tiene que ver con la afectación que sufren los bienes jurídicos de un ser humano, afectación que es producto de la sanción penal, por haber cometido un acto antijurídico como lo señala David Baigún.

Siguiendo con los conceptos que tratadistas del Derecho Penal explican, es fundamental citar a Edmund Mezger, para continuar analizando las definiciones en cuanto a lo que a la pena se refiere, el autor en mención, expresa en su obra "Derecho Penal" lo que es la pena en un sentido mucho más amplio y lo que es la pena en un sentido estricto. Sobre el primer sentido de la pena, Edmund Mezger, explica con las siguientes palabras:

*"La pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal."* (Mezger, 1958, p. 353)

Para este autor todo de lo que trata el Derecho Penal tiene consecuencias. Y son aquellas consecuencias las que merecen una sanción penal. Esto en alusión a la pena en su sentido más amplio.

Complementa esta idea el autor al manifestar que:

*"De ahí que no constituyan una pena, por ejemplo, las indemnizaciones tratadas en el código civil"* (Mezger, 1958, p. 353)

Con esto Edmund Mezger, aclara que las penas se imponen solo por causas que se encuentren en el ámbito penal. Por lo tanto, otro tipo de medidas que se encuentran dentro del Derecho como las indemnizaciones, no constituyen sanciones penales.

En cuanto a la pena en un sentido estricto, Edmund Mezger, aclara:

*"La PENA en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una*

privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido.” (Mezger, 1958, p. 353)

La sanción penal es un mal que se impone al autor del delito y con esto se afecta sus bienes jurídicos. Por lo tanto, es necesario que la pena que se impone al autor sea equilibrada con la gravedad del delito cometido. Y que no se afecte más de lo racionalmente necesario los bienes jurídicos de la persona que está pagando la condena. Esto en cuanto a la pena en un sentido estricto, según lo que manifiesta Edmund Mezger.

Cambiando de autor, la pena, también es un tema que la explica Eduardo Montealegre Lynett, en el tomo I de su obra “El funcionalismo en Derecho Penal”, en el cual se manifiesta:

“La pena no compensa el mal de la víctima sino que, al *menos prima facie*, produce un nuevo mal.”(Montealegre, 2003, p.60)

Lo que el autor quiere decir, es que la pena que el Estado impone al culpable de un delito, no va a borrar el daño que ocasionó la persona que cometió el delito a la víctima. Sino que es un daño nuevo el que se impone al culpable y que constituye un perjuicio en sus bienes jurídicos.

Continúa, Eduardo Montealegre Lynett explicando sobre la pena y manifiesta que:

“La pena es desde la perspectiva de LESCH, que también en este aspecto se comparte, lo contrario de la indemnización compensatoria civil, es la atribución querida de un mal. Pero lo que convierte en pena a un mal querido es que está relacionado con el delito.” (Montealegre, 2003, p.60)

Para mayor claridad en el tema, Eduardo Montealegre, cita a Lesch en una afirmación que este último manifestó y que Eduardo Montealegre comparte. Esta afirmación tiene que ver con que la pena es la atribución de un mal. Así, como también asevera el autor, que el mal que se impone en la pena, guarda relación con la infracción penal que cometió el sujeto activo, esto en cuando al mal querido al cual se refiere el autor.

Termina la explicación Eduardo Montealegre, al expresar lo siguiente:

“Mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica.”(Montealegre, 2003, p.60)

Entonces, cuando se hace caso omiso de la ley penal es cuando se causa una infracción penal. Por lo tanto, es ahí cuando se debe imponer la sanción penal correspondiente. Esta pena es un daño que se hace en perjuicio de los bienes jurídicos del infractor.

#### **2.4. Justificación de la pena**

Es necesario aclarar las razones que existen para la justificación de la pena. Al respecto de este tema, el autor Francisco Muñoz Conde, manifiesta las siguientes palabras:

“La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas de una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible.” (Muñoz, 2001, p.70)

Si una persona vulnera los derechos que tiene otra persona al cometer un delito, esto altera la convivencia pacífica en sociedad que tienen los seres humanos. Entonces, para mitigar este caos que genera el delito en la sociedad, debe el Estado sancionar al infractor con la imposición de una pena.

Continúa el autor explicando que:

"Se trata de un elemental recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una "amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como lo son los hombres." (Muñoz, 2001, p.70)

Entonces, la pena sirve para restablecer el orden en la sociedad. Ya que mantener ese orden es una prioridad que tiene el Estado. Los seres humanos en su imperfección propia, cometen errores que pueden alterar los derechos de

otros seres humanos. De ahí que la pena surge para impedir que se siga cometiendo infracciones por parte de los sujetos activos. Concluye este extracto de la obra, Francisco Muñoz Conde, expresando que las penas se imponen por una necesidad. Esta necesidad se puede interpretar como la obligación que tiene el Estado de mantener el orden en la sociedad.

En lo referente a la justificación de la pena, David Baigún, mantiene una idea similar a la de Francisco Muñoz Conde, manifestando lo siguiente:

“En cuanto a la justificación, hay consenso generalizado de que la pena resulta necesaria para el mantenimiento del orden jurídico, hasta hoy, la regulación más precisa e idónea para proteger la convivencia comunitaria.” (Baigún, 2000, p. 251)

En el Derecho Penal convencional se habla de la justificación que tiene una pena y se dice que el Estado debe mantener un ambiente de paz en la sociedad y que este mantenimiento de la armonía en la comunidad, es un deber que tiene el Estado. Esto lo consigue con la obligación de imputar una pena a la persona que transgreda esta paz. Es decir, resguardar la coexistencia pacífica de las personas que forman parte del Estado, es la justificación que tiene la pena. Algo que no está en discusión, exponiendo que varios criterios de diferentes autores se expresan en este sentido.

## **2.5. Importancia de la pena**

Para el tratadista argentino, Edgardo Alberto Donna, en su obra “Teoría del delito y de la pena”, manifiesta la importancia que tiene la pena y lo hace utilizando las siguientes palabras:

“Con la pena se reprocha al autor una transgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad. Una pena sin culpabilidad sería una represalia incompatible con el Estado de derecho para un hecho por el cual el autor no tiene que responder.”(Donna, 1996, p. 6)

Queda claro entonces que las penas se establecen porque existe un quebrantamiento al derecho. Ahí, radica la importancia que tienen las penas. Y

el autor señala que las sanciones penales son aplicadas a las personas que cometieron un delito, es decir, a las personas que son culpables. Ya que condenar a un inocente es algo que está en contra de lo que establece y defiende un Estado democrático de derecho. Sería ilógico responsabilizar a alguien del cometimiento de una acción antijurídica, si esa persona no cometió la mencionada acción. Esta última idea, Edgardo Alberto Donna, complementa de la siguiente manera:

“Con esta afirmación no hay duda que el límite superior de la infracción es la culpabilidad.”(Donna, 1996, p. 6)

Es decir, solo a la persona que comete la infracción es a quien el Estado está obligado a sancionarla, por medio de la aplicación de una pena. El autor confirma esta aseveración al manifestar:

“es factible afirmar que el delito es fundamento real de la pena.”  
(Donna, 1996, p.20)

Entonces, para justificar la aplicación de una pena, previamente es necesaria la existencia de un delito.

Continúa el autor con la explicación y señala:

“En otras palabras, sólo la acción descrita en la ley puede ser eficaz para la aplicación de sanciones.

Ni la forma de ser de una persona, ni sus ideas, en tanto y en cuanto no se concreten en actos lesivos a las normas, pueden llevar a la imposición de sanciones y menos aún de medidas de seguridad de tipo penal.” (Donna, 1996, p. 20)

En la primera parte del extracto de la obra anteriormente citada de Edgardo Alberto Donna, se hace referencia al principio de legalidad ya que no se puede sancionar penalmente a una persona que comete actos que no están tipificados en los cuerpos legales como delitos. Los pensamientos negativos que pueda tener una persona, no son susceptibles de ser penados, así como



las ideas que tengan las personas. Ya que, solo las acciones antijurídicas concretas, son las que merecen ser sancionadas.

## **2.6. Teorías de la pena**

Una vez entendido que el origen de la pena es gracias a ese tratado social que se realizó entre las personas de una sociedad, entregando una porción de la libertad de cada una de las personas que conforman la comunidad, con la intención de que sea el Estado, el ente que proteja los bienes jurídicos de las personas a cambio de la porción entregada de libertad. Y que se justifica para el correcto funcionamiento de la sociedad, defendiendo con su aplicación el orden social que debe existir entre seres humanos. Entonces, resulta necesario analizar los puntos de divergencia existentes alrededor de la pena. En este tema se encuentran las teorías de la pena.

Ya, Francisco Muñoz Conde, manifiesta que existen varias discrepancias alrededor de la pena, en lo concerniente a la finalidad que tiene y su sentido. Sobre este particular, el autor expresa:

“Más discutidos son los problemas sobre el sentido y fin de la pena. Ellos han constituido el objeto de la llamada "lucha de Escuelas", que durante muchos años ha ocupado el centro de gravedad de las discusiones y polémicas en la ciencia del derecho penal” (Muñoz, 2001, p.70)

Las escuelas de la pena, es el tema donde se origina varios debates en el ámbito penal. Cada una de ellas al exponer sus razones trata de aclarar la finalidad que tiene la imposición de una pena, así como su sentido.

Pero antes de entrar por completo en el análisis de las Escuelas penales, resulta necesario explicar la pregunta que se plantea Ermo Quisbert, en su obra titulada “Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes.” Sobre ¿Por qué Aparecen Las Escuelas Penales? Es el mismo Ermo Quisbert, el que ha sabido responder a esta pregunta manifestando lo siguiente:

“Porque quieren responder a las preguntas:

1. ¿Porque se impone una sanción a un “delincuente”?
2. ¿Cuál es el organismo llamado a imponerlo?
3. ¿Cuáles son los fundamentos para hacer un juicio de valor o de desvalor de una conducta humana?
4. ¿Cuál es la finalidad de la sanción?
5. ¿Para qué sirve la sanción?” (Quisbert, 2008, p.27)

Es decir, Ermo Quisbert, cuando se plantea la pregunta ¿Por qué aparecen las escuelas penales?, pretende buscar varias respuestas que giran alrededor de la pena y que sirven para conocer y entender cuál es la finalidad que se busca para imponer una sanción penal, así como el fundamento para acreditar una conducta como delito. También, lo que se desea saber es si esa intervención que se hace en los derechos fundamentales de las personas, en realidad sirve para algo y si con esa intervención, la sociedad se beneficia o no.

Todas las preguntas anteriormente señaladas tienen una relación con el Estado. Así, explica el autor cuando dice:

“A estas preguntas responden los *Fundamentos Del Ius Puniedi o Derecho De Castigar del Estado.*” (Quisbert, 2008, p.27)

Si se quiere encontrar respuestas a las preguntas señaladas se debe buscar en los fundamentos que tiene el Estado cuando ejerce el poder que tiene de castigar a las personas que cometen delitos. Es decir, cuando pone en práctica el ius Puniendi.

Por todo lo mencionado hasta esta parte, es necesario establecer los criterios de diferentes autores, sobre las escuelas de la pena. Estas escuelas en la actualidad son varias, aunque como lo presenta, Francisco Muñoz Conde, son tradicionalmente tres. Sobre esto, el autor en mención expresa:

“Tradicionalmente, se distingue entre teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.” (Muñoz, 2001, p.71)

Serán entonces, la teoría absoluta, la teoría relativa y la teoría de la unión las que se analizarán en primer lugar en este trabajo.

## **2.7. Teoría absoluta**

Para la teoría absoluta, no existe una finalidad cuando el Estado establece una pena a alguien que comete una infracción. Esto lo explica Francisco Muñoz Conde de la siguiente manera:

“Teorías absolutas.- Son las que atienden sólo al sentido de la pena, prescindiendo totalmente de la idea de fin. Para ellas, el sentido de la pena radica en la retribución, imposición de un mal por el mal cometido. En esto se agota y termina la función de la pena.”

(Muñoz, 2001, p.71)

La teoría absoluta, lo que busca es el castigo para la persona que comete una infracción. De ahí que defiende que solo la sanción es la función de la pena. Es decir, solo el daño que se realiza a la persona con la imposición de una pena es lo que defiende esta teoría. Según el autor del análisis a la teoría absoluta, no le importa cómo amedrentar a la sociedad para que se abstenga de delinquir. Es decir, que afirmar que la pena sirva para prevenir futuras infracciones a las leyes penales, no es algo que le preocupa a la teoría absoluta.

La teoría absoluta, solo busca retribuir ese mal que causó el delincuente con la aplicación de otro mal que se encuentra en la sanción, al vulnerar los bienes jurídicos de la persona culpable de la comisión de un delito y nada más, hasta ahí es la función de la teoría absoluta de la pena.

Continúa, Muñoz Conde, la explicación sobre la teoría absoluta y manifiesta lo siguiente:

“La pena es, pues, la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida bien como una necesidad ética, como un "imperativo categórico" al modo que la entendió KANT, bien como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del derecho, como la concibió HEGEL.”(Muñoz, 2001, p.71)

Entonces, el autor expresa que es necesaria la aplicación de una pena cuando existe un delito, ya que esta pena es la consecuencia del irrespeto a la ley. Y menciona a Kant y Hegel que son dos tratadistas que defienden la teoría absoluta de las penas.

La teoría absoluta, es un tema que también lo explica Ermo Quisbert, cuando manifiesta:

“Las *teorías absolutas* encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (punitur quia peccatum est). La pena es una compensación del mal causado por el delito.”  
(Quisbert, 2008, p.28)

Ermo Quisbert, manifiesta que el daño que causó el delito, es compensado únicamente cuando se castiga al delincuente. Este autor, coincide con Francisco Muñoz Conde, al referirse a los representantes principales que tiene la teoría absoluta, manifestando que son Kant y Hegel. Esto ha sido expresado por el autor, utilizando las siguientes palabras:

“Kant y Hegel son sus representantes más destacados” (Quisbert, 2008, p.28)

Y sobre estos famosos filósofos y los fundamentos que tienen a favor de esta teoría y en contra de las teorías que manifiestan que la finalidad que tiene una pena es la preventiva, expresa:

“Los representantes de las *teorías absolutas* creen que si se justificase la pena por sus efectos preventivos, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un desprecio a su dignidad humana.” (Quisbert, 2008, p.28)

Entonces, es claro el punto de vista que tienen los defensores de la teoría absoluta. Y su total rechazo a las teorías que protegen la pena por tener una finalidad preventiva. Ya que, utilizar a la persona que cometió un delito de una manera que sirva de intimidación para que el resto de la gente que vive en

sociedad se abstenga a delinquir, es una manera denigrante de utilizar a un ser humano.

Así, lo confirma Jurgen Baumann, cuando en su obra "Derecho Penal" manifiesta lo siguiente:

A las teorías *absolutas* o de justicia que no tienen en cuenta el fin de la pena, se contraponen las teorías *relativas* o del fin. (Baumann, 1973, p.14)

Por lo tanto, la teoría absoluta defiende una idea totalmente diferente de la que expresan los defensores de la teoría relativa. Ya que, para esta última lo más importante es la finalidad que tiene la pena.

Jurgen Baumann, también hace referencia a Kant y Hegel como los principales representantes de la teoría absoluta. Y manifiesta que el castigo es lo fundamental en esta teoría y que se aplica por el mal comportamiento que ha tenido el sujeto activo de la infracción. Este mal comportamiento es el acto antijurídico que ha tenido la persona. Todo esto lo hace manifestando lo siguiente:

Según la teoría absoluta (sustentada por KANT y HEGEL) se castiga porque se ha errado: *punitur, quia peccatum est.* (Baumann, 1973, p.14)

Para aclarar de una mejor manera la posición que mantienen en la teoría absoluta, Jurgen Baumann explica lo siguiente:

"Aun en el caso de que la sociedad burguesa se desmiembre con el consentimiento de todas las personas que la integran, antes debe ser ejecutado el último asesino que se encuentra en la cárcel a fin de que cada uno de sus actos sea retribuido y no se responsabilice al pueblo que no ha insistido en esta sanción" (Baumann, 1973, p.14)

Es decir, el castigo que impone la sociedad a los culpables de un delito será obligatorio cumplirlo. Jurgen Baumann, utiliza un ejemplo demasiado extremo

al manifestar que si la sociedad deja de existir por mutuo consentimiento de sus habitantes, todos y cada uno de los asesinos que se encuentran privados de su libertad, deberán ser ejecutados. De este modo se cumplirá con lo fundamental de la teoría absoluta y es que un mal que es la sanción penal reemplace a otro mal que viene a ser el delito cometido. Esto según la teoría absoluta, es una obligación de toda la sociedad. Caso contrario, será la sociedad culpable de esta omisión.

Señala el autor a continuación que si la sociedad no hace justicia de este modo, entonces será copartícipe. Esto lo expresa de la siguiente manera:

“en efecto, éste podría ser considerado como copartícipe en esta lesión pública de la justicia”.(Baumann, 1973, p.14)

Esto en relación a lo que manifiesta Baumann, en lo referente a la teoría absoluta de la pena.

Ermo Quisbert, brinda una explicación de la justicia desde el punto de vista de la teoría absoluta y dice:

“El fundamento de castigar está en la justicia absoluta. El delito es un mal, sino se castiga con otro mal sería una injusticia, la pena es una justa consecuencia.” (Quisbert, 2008, p.28)

La teoría absoluta defiende el castigo que tiene que sufrir un delincuente para que exista una verdadera justicia. El mal que lleva el cometimiento de un delito para la sociedad debe ser condenado con un mal para el delincuente. Entorno a esto gira toda la teoría absoluta

Pertenecen a la teoría absoluta, la teoría de la expiación y la teoría de la retribución.

## **2.8. Teoría de la expiación**

Ermo Quisbert, explica de que se trata la teoría de la expiación y lo hace manifestando que:

“La *Teoría de la expiación* dice que la pena calma la irritación divina por el sufrimiento del autor del delito.” (Quisbert, 2008, p.29)

La teoría de la expiación, tiene una influencia religiosa. Ya que, manifiesta que es indispensable el sufrimiento de la persona que comete un delito para apaciguar la ofensa que se ha realizado a dios, con esta comisión.

Continúa, Ermo Quisbert, su explicación sobre la teoría de la expiación manifestando precisamente la influencia que esta teoría tiene al afirmar lo siguiente:

“El concepto de *expiación* lo encontramos en los campos de la religión y la ética. El castigo tiene la función de reponer la relación destruida por el culpable mediante el pecado hacia Dios, o bien en el caso de la ética, la reposición del orden moral destruido a causa de un acto injusto.” (Quisbert, 2008, p.29)

Si se quiere apreciar a la teoría de la expiación, desde el punto de vista divino. Será necesario concebir al delito como un pecado. Según esta teoría, solo el castigo podrá reponer el agravio que sufre dios. En cambio, si se lo mira desde el punto de vista de la ética, esta reposición se realizará por la injusticia que se cometió, cuando se llevó acabo el delito. Es decir, aquí el castigo sirve para hacer justicia.

Pero el tema de la expiación es para ayudar a la persona que cometió el delito. Sobre este particular, se refiere Ermo Quisbert, al manifestar que:

“La expiación conlleva la reconciliación. De esta manera, es mediante el castigo expiatorio que el pecador se libera a sí mismo de su culpa y rehace las paces consigo mismo y con sus prójimos.” (Quisbert, 2008, p.29)

Queda claro entonces, que la imposición del castigo es para que el delincuente pueda cancelar su culpa. Y de esta manera pueda existir paz en la persona que

cometió el delito. Para la consecución de esta paz es necesario que previamente se castigue al delincuente.

## 2.9. Teoría de la retribución

Con respecto a la teoría de la retribución, Ermo Quisbert, manifiesta:

“En la *teoría de la retribución* la pena compensa el mal sufrido.

La *Teoría de la Expiación* trata de borrar la falta, la *Teoría de la Retribución* sólo trata de compensarla.”(Quisbert, 2008, p.29)

Aquí el autor manifiesta que la teoría de la retribución tiene como finalidad remediar el delito cometido por medio de la pena. Y hace una comparación entre las dos teorías absolutas, es decir, entre la teoría de la expiación y la teoría de la retribución y señala que mientras la primera tiene como objetivo eliminar el mal que se realizó, la segunda solo trato de corregir ese mal.

Ermo Quisbert, continua la comparación entre las dos teorías y señala:

“La *Teoría de la Expiación* y la *Teoría de la Retribución* aplican la represión, no buscan la regeneración del delincuente. Ambas son vindicativas por hechos del pasado. Pertenecen a pueblos primitivos.” (Quisbert, 2008, p.29)

Entonces, según el criterio del autor, tanto la teoría de la expiación como la teoría de la retribución son vengativas y solo buscan el sufrimiento de las personas que cometen los delitos.

## 2.10. Teoría relativa

La teoría relativa o también conocida como teoría utilitaria, defiende la posición de que la finalidad de una pena sea para prevenir que personas cometan delitos en el futuro. Ermo Quisbert, manifiesta sobre este tema que:

“Las *teorías relativas* fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros (punitur ut ne peccetur). La pena se justifica por sus efectos preventivos. Se castiga para que no se vuelva a cometer delitos.” (Quisbert, 2008, p.27)



Es decir, con la aplicación de una sanción penal se intenta establecer una especie de intimidación a la comunidad y que no se cometan más actos antijurídicos. Ya que, el resto de integrantes de una sociedad pueden observar como un delincuente está pagando una condena por haber cometido una acción antijurídica. Entonces, viendo la afectación que sufren los derechos de un delincuente, las personas se abstendrán de violar la ley. Por lo tanto, sus derechos no se afectarán.

Elmo Quisbert, sigue explicando y señala:

“Las *teorías relativas* son concepciones utilitarias de la pena. *Teoría Relativa De La Pena*, era la de los penalistas de la *Ilustración*”  
(Quisbert, 2008, p.28)

Es precisamente, uno de estos penalistas el que explica a continuación la esencia fundamental que tiene la pena, desde la perspectiva de la teoría relativa. A la hora de referirse a la finalidad de la pena, Beccaria, se encuentra manifestando que no se debe perseguir con la pena el sufrimiento de otras personas y que con la imposición de una sanción penal no se podrá revertir el daño ocasionado por el delito. Esto lo explica el autor, utilizando las siguientes palabras:

“el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido.”(Beccaria, 1993, p79.)

El autor de la obra motivo del análisis, tiene clara la finalidad que tienen las sanciones penales y manifiesta lo siguiente:

“El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales.” (Beccaria, 1993, p.80)

Se puede apreciar de la opinión que brinda el autor sobre la finalidad de la pena que esta, es impuesta para imposibilitar al sujeto activo que cometa nuevos delitos e intimidar al resto de los miembros de una sociedad para que se abstengan de delinquir. Con respecto a lo último que argumenta el autor, en

el extracto anteriormente citado se puede comprender claramente que el pensamiento que tiene Cesar Beccaria, es inclinado hacia el lado de la teoría relativa de la pena, porque está de acuerdo con la prevención como la finalidad que tienen las leyes penales.

A la teoría relativa de la pena también la explica Esteban Righi, en su obra titulada "La culpabilidad en materia penal". En esta obra el autor manifiesta que la teoría relativa es una teoría utilitaria y lo realiza manifestando las siguientes palabras:

"Renunciando a toda fundamentación de contenido ético, las teorías relativas adoptaron una perspectiva utilitaria, explicando que la pena es un instrumento de motivación y como tal una herramienta estatal de prevención del delito. Descartando toda formulación idealista, procuraron apoyo científico para explicar la utilidad de la pena para prevenir la criminalidad."(Righi, 2003, pp. 41-42)

Esteban Righi, ha manifestado que la finalidad que tiene la teoría relativa es la prevención de la criminalidad. Esto quieren conseguirlo los defensores de esta teoría por medio de la intimidación a los seres humanos para que se abstengan de delinquir. Para conseguir esta finalidad, el autor expresa que no es necesario ningún contenido ético.

Para un mejor entendimiento de la teoría relativa, complementa Carlos Santiago Nino, expresando que la pena según esta teoría tiene un concepto netamente utilitarista. Ya que, su objetivo tiene que ver con la prevención de delitos en el futuro. Para la teoría relativa, el castigo no es algo fundamental en la pena, sino que la pena debe servir a la sociedad para que no existan más acciones antijurídicas en el futuro. Todo esto, el autor lo presenta en su obra titulada "Introducción al análisis del derecho" en la que manifiesta:

"Para la concepción moral utilitarista la cuestión es muy clara: la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el *pasado* (eso ya no se puede evitar), sino para promover la felicidad general, haciendo que mediante las distintas funciones de la pena (desanimar a otros y al propio

penado a volver a delinquir, incapacitar físicamente a éste para hacerlo, reeducarlo, etc.), en el *futuro* se cometan menos delitos, lo que constituye un beneficio social que puede compensar el sufrimiento implícito en la pena.”(Nino, 2003, p.428)

Tratar de imponer un mal a la persona que cometió un delito, no es la función principal que tiene la pena. La finalidad, según la teoría relativa es evitar posibles delitos en el futuro, esto se consigue mediante la amenaza que la tipificación de la pena lleva implícita. Con la comisión de menos delitos en el futuro, se podrá conseguir la felicidad de la población que vive en la sociedad. Esta teoría no se preocupa de la imposición de un castigo, ya que el cometimiento de un delito es algo que se encuentra en el pasado y lo más importante que tiene la teoría relativa, es evitar que los delitos se cometan en el futuro.

Continua, Carlos Santiago Nino, la explicación de la teoría relativa y expresa las siguientes palabras:

“O sea que, para el utilitarismo, una pena está justificada si y sólo si: *a)* ella es un medio *eficaz* para evitar la ocurrencia de ciertos males sociales; *b)* ella es un medio *necesario*, en el sentido de que no hay otra forma menos perjudicial para evitar esos males; y *c)* el perjuicio que ella acarrea para su destinatario (y, por ser éste un miembro de la sociedad, para la sociedad en conjunto) es *menor* que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena no se aplicara.”  
(Nino, 2003, p.428)

La influencia que ejerce la pena en la sociedad para evitar que se cometan delitos, el hecho de que la ejecución de esa pena sea en realidad la que menos perjudique a las personas que cometieron los delitos y por último, que la sociedad se sienta segura con la aplicación de las penas, esto en el sentido de que la pena sirva para que la sociedad no sufra completamente los efectos del mal que se ocasionó con el cometimiento de un delito. Es decir, tratar que el sufrimiento de la sociedad sea menor cuando se ha cometido un delito, por medio de la imposición de una pena, sea menor en relación a que esta pena no

se hubiera impuesto al sujeto activo de la infracción. Si todo esto se cumple, la aplicación de la pena estará justificada, según lo manifiesta Carlos Santiago Nino.

Cabe manifestar algo importante relacionado con la teoría relativa y es que dentro de esta teoría se encuentra la teoría preventiva general y especial. Sobre esto Ermo Quisbert, manifiesta:

Dentro de la *Teoría de la prevención* suelen distinguirse la *prevención general* y la *prevención especial*. (Quisbert, 2008, p.28)

Pero, las dos teorías anteriormente mencionadas también las analiza, Edmund Mezger, quien al respecto manifiesta:

“La prevención del delito se puede realizar por *dos caminos*, o sea, actuando sobre la *colectividad*, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el *individuo* que tiende a delinquir o comete o ha cometido un delito. Llamamos a la actuación sobre la colectividad *prevención general* y a la actuación sobre el individuo, *prevención especial*”. (Mezger, 1958, pp. 370-371)

Con esto, el autor nos explica que la prevención está dirigida tanto a la comunidad en general como al individuo que puede cometer un delito en particular. Para aclarar mas esta idea, es importante analizar cada una de ellas.

### **2.11. Teoría de la prevención general**

La prevención general, según Ermo Quisbert, consiste en la intimidación en general que se hace a todas las personas que pueden ser susceptibles de cometer algún delito. Esto lo explica el autor de la siguiente manera:

“La prevención general se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito.” (Quisbert, 2008, p.28)

Entonces, lo que se pretende con la imposición de una pena es que exista miedo en las personas, para que no cometan ningún tipo de delito.

Edmund Mezger, también brinda una explicación de la teoría de la prevención general y manifiesta lo siguiente:

“La prevención general es actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque la pena estatal sea —y lo es siempre— una medida frente al individuo —a quien se le conmina, impone y ejecuta la pena—, tiene una amplísima significación, que va mucho más allá de la significación particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad "intimidando" y, por consiguiente, previniendo el delito.” (Mezger, 1958, p.371)

Es indiscutible que una pena actúa solo en la persona que cometió el delito. Por la razón, de que la pena se debe imputar solo al delincuente, por ser responsable de las acciones que realiza. Según, lo que indica Edmund Mezger, la teoría de la prevención general, pretende que la pena cause un efecto psicológico en las personas y se abstengan de delinquir. Pero, la pena no solo debe servir para intimidar a las personas, dentro de sus funciones está la de educar a la gente, esto Mezger lo manifiesta utilizando las siguientes palabras:

“Al mismo tiempo, debe servir para "educar" la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrarios a la comisión del delito.” (Mezger, 1958, p.371)

Enseñar a las personas la importancia que tiene para la sociedad, el hecho de no cometer algún delito, es lo que también persigue la teoría de la prevención general.

Continua, Edmundo Mezger la explicación de esta teoría, manifestando que es Feuerbach uno de sus defensores y lo hace de la siguiente manera:

“Ha sido ante todo FEUERBACH, con su teoría psicológica de la coacción, el que, a principios del siglo XIX, ha imaginado la esencia y el fin de la pena en este sentido y el que, por consiguiente, ha atribuido la mayor importancia a una concepción clara y rígida de los distintos tipos penales para que pesaran de un modo efectivo en

su actuación preventiva sobre la conciencia del sujeto que tiende a delinquir.” (Mezger, 1958, p.371)

Feuerbach, influye tanto en la teoría de la prevención general, basado en los efectos psicológicos que deja una pena para la sociedad. Esto, constituye la teoría defendida por Feuerbach, con la que tomo fuerza la teoría de la prevención. Teniendo principalmente esa influencia en la conciencia de las personas para que no cometan actos delictivos.

Complementa el autor, toda la idea anteriormente analizada de la siguiente manera:

“Pero sobre la conciencia de la colectividad no actúa solamente esta conminación penal fijada en la ley, sino también, y en igual medida, la imposición judicial de la pena en el caso particular y la ejecución y el cumplimiento de la misma.” (Mezger, 1958, p.371)

No basta entonces que la amenaza que contiene una sanción penal, este tipificada en la ley. Es importante en similar medida, cuando ya se ejecuta la sanción penal en el sujeto activo de la infracción. Con esto, la colectividad puede observar que el Estado cumple con las leyes que tipifican las sanciones penales e impone las penas correspondientes a los delincuentes, por el delito cometido. Para que exista respeto a las leyes penales, es importante que se cumplan cuando la situación lo amerite.

El autor manifiesta que esto sirve como ejemplo para toda la sociedad, cuando expresa las siguientes palabras:

“Sólo así sería posible, en los períodos en que se advierte un aumento de la criminalidad, divulgar eficazmente el propósito de "dar ejemplos tangibles" a la conciencia colectiva, haciéndoles conocer a todos cuáles son las consecuencias de una acción delictiva, ejemplos que actuarán, por lo tanto, en forma preventiva. Al imponerse y ejecutarse la pena, los terceros advertirán la importancia que tiene.” (Mezger, 1958, pp.371-372)

El Estado, gana con la ejecución de las penas que lo sociedad respete el ordenamiento jurídico establecido. Las penas que son impuestas a los culpables de los delitos son necesarias, ya que sirven como ejemplo para toda la colectividad. Y la sociedad conocerá los efectos perjudiciales que tiene el cometimiento de un delito. Como resultado de ese conocimiento, la sociedad se abstendrá de cometerlos.

Continua, Edmund Mezger, manifestando que son dos los fines que persigue la prevención general y expresa que son la intimidación y la consideración o respeto a la personalidad. Con respecto al primero de los fines, el autor manifiesta:

“La palabra y el concepto de intimidación no suscitan sensaciones agradables. La pena es, como ya hemos visto (§ 101), la imposición querida de un mal. Esta imposición debe realizarse a fin de divulgar en la colectividad el "terror" y el miedo frente a los hechos punibles. Esta actividad se opone a un sentimiento más sutil.” (Mezger, 1958, p.372)

La teoría de la prevención general, tiene como finalidad que la sociedad tenga miedo de las penas que se imputan a las personas que infringen las leyes penales. Y sea ese miedo el que los obligue a inhibirse de cometer un delito. Esto en relación a la intimidación que es el fin de la prevención general.

Con respecto a la consideración o respeto a la personalidad, que es el segundo de los fines, el autor manifiesta:

“Pero la "intimidación" no se debe conectar, por consideraciones éticas generales, a los criterios de humanidad, y no puede hablarse de una "prevención general" eficaz sin incluir en la misma *también* el criterio del respeto a la personalidad.” (Mezger, 1958, pp.372-373)

La prevención general, no puede basarse solo en una intimidación a las personas. Sino que es necesario que exista respeto para los seres humanos,

porque las penas que se imponen deben ser lo más humanas posibles. Esto con el fin de que la prevención general logre su objetivo.

Continúa, el autor manifestando lo siguiente:

“El método pedagógico-social dirigido a una existencia social libre de delitos no se realiza en la superficie en forma tal que se pueda conformar con el hecho de impedir mecánicamente el delito. Debe reunir momentos y valores de sentimientos situados más profundamente, y ello puede ocurrir solamente si se realiza en el sentido del respeto a la personalidad humana.” (Mezger, 1958, p. 373)

Respetar la dignidad de las personas, es importante para la consecución de los objetivos que tiene la teoría de la prevención general. Las penas drásticas y que atentan seriamente a la dignidad de las personas no son las sanciones que mejor hacen a la sociedad. Esto lo explica el autor de la siguiente manera:

“Se ha creído ocasionalmente (*Lehrb.*, 504), que el reconocimiento del concepto de intimidación conduciría necesariamente a las penas más duras y crueles. En efecto, podría parecer que cuanto mayor sea el mal que se amenaza, tanto mayor debe ser la fuerza inhibitoria de la sanción. Pero este criterio preconcebido se opone a los hechos de la vida y desconoce las razones más profundas del proceso psicológico de que aquí se trata.” (Mezger, 1958, p. 373)

Solo la existencia de penas justas y humanas son las que en realidad pueden servir a la sociedad. Al respecto, Edmund Mezger, explica:

“La *experiencia* enseña que nada embrutece y, a la postre, estimula tanto al delito como un sistema penal rudo y brutal, contrario a la conciencia de la época. Solamente una pena *justa y humana* ejerce una verdadera función "preventiva general" sobre la conciencia de la colectividad.” (Mezger, 1958, p. 373)



En base a lo expuesto por el autor, se puede concluir que las sanciones más atroces son las que más alientan a las personas a delinquir. No así, las penas justas.

La intimidación debe ir de la mano con el respeto a la personalidad humana. Esto es algo innegable, que defiende la teoría de la prevención general.

### **2.12. Teoría de la prevención especial**

Edmund Mezger, se refiere a la teoría de la prevención especial y manifiesta lo siguiente:

“La PREVENCIÓN ESPECIAL es *actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos*. La misma puede ser corporal y física o anímica y psíquica, pero en este último caso pedagógico-individual.” (Mezger, 1958, p. 373)

Lo único que le preocupa a la teoría de la prevención especial es la influencia que puede llegar a tener sobre un individuo en particular. Esta influencia va dirigida a que la persona no cometa ningún tipo de delito. Complementa el autor, manifestando que la acción de la prevención especial sobre la persona puede ser corporal, física y psíquica.

Se debe señalar que según el autor en estudio, tanto la intimidación como el respeto a la personalidad humana son también materia importante de la teoría de la prevención especial al igual que en el caso de la teoría de la prevención general. Al respecto, Edmund Mezger, señala:

“En consecuencia, los principios expuestos a propósito de la prevención general, rigen también aquí; la prevención especial (psicológica) se materializa con los mismos medios que emplea la intimidación (N. I, 1), y también ella debe obrar en el marco del respeto a la personalidad humana” (Mezger, 1958, p. 373)

Para entender de una mejor manera el extracto anteriormente citado, Edmund Mezger, complementa:

“Lo que vale para la colectividad, vale también para el individuo como miembro de ella.” (Mezger, 1958, p. 373)

Es decir, los principios de la teoría de la prevención general, lo son también para la teoría de la prevención especial.

A continuación, Edmund Mezger, se refiere a los fines que persigue la teoría de la prevención especial y manifiesta lo siguiente:

“Sus fines han sido incluidos en los dos criterios de la "seguridad" y de la "corrección" que, también fuera de la pena en sentido estricto, desempeñan un papel en las llamadas medidas de seguridad y corrección” (Mezger, 1958, p. 374)

Es decir, los fines de la prevención especial son la seguridad y la corrección. Sobre el primero de los fines, el autor manifiesta:

“La función de la pena estatal consiste en la prevención de los delitos. La colectividad socialmente ordenada debe estar "asegurada" contra el delincuente. Aun cuando se mantenga el criterio de la pena por culpabilidad y de la retribución proporcionada al acto, la pena puede y debe bastar, directa o indirectamente, si no a todas, por lo menos a numerosas necesidades de seguridad de la colectividad” (Mezger, 1958, p. 374)

La sociedad cuando sanciona a una persona con una pena, es para brindar seguridad a los miembros de la comunidad. Esto habla de una sociedad ordenada. Entonces la cuestión es tratar de brindar una mayor cobertura de seguridad a la mayor cantidad de personas que viven en la sociedad. Esto indistintamente de los criterios de culpabilidad o de retribución de la pena.

Complementa el autor la explicación, mediante un ejemplo:

“Este criterio de seguridad se concreta, por ejemplo, mediante la pena privativa de la libertad.” (Mezger, 1958, p. 374)

La privación de libertad para la persona que comete un delito, es un claro ejemplo de la seguridad que brinda el Estado.

Siguiendo con la corrección que es otra de las finalidades que tiene la pena, Edmund Mezger, manifiesta:

“Esta palabra, un poco incolora, que corresponde, sin embargo, al lenguaje corriente, quiere abarcar todos los aspectos de la prevención especial que no se conforman con la simple seguridad de la colectividad frente al delincuente, sino que actúan sobre éste "corrigiéndolo", o sea, liberándolo, para el futuro, de sus tendencias delictivas.” (Mezger, 1958, p. 374)

El propósito de la corrección en la teoría de la prevención especial es impedir que el delincuente vuelva a cometer actos antijurídicos en el futuro. Una vez sancionada la persona que cometió el delito, es importante quitarle esas tendencias delictivas que lo hicieron actuar de una manera equivocada y que por esa razón, la persona está pagando una condena. Esto con el fin de que no cometa más errores de ese tipo en el futuro.

A continuación el autor expresa algo sumamente importante para el entendimiento de la corrección y dice:

“Se emplea, al respecto, el término *"resocialización"*. Por lo tanto, la corrección (resocialización) es, en primer lugar, "educación" y actuación pedagógico-individual, tanto en la libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena.” (Mezger, 1958, p. 374)

El Estado tiene la obligación de corregir a las personas que se encuentran cumpliendo una condena penal. Esto en base a que las penas deben servir para educar a las personas y que estas, al momento de salir de prisión tengan una mentalidad totalmente renovada y la predisposición de servir a la sociedad, en lugar de ser un problema para ella.

### **2.13. Teoría de la Unión**

Es la fusión de la teoría absoluta y la teoría relativa. Esto lo explica Quisbert, al manifestar lo siguiente:

“Concilian justicia (teorías absolutas) y utilidad (teorías relativas).”  
(Quisbert, 2008, p.29)

Aunque, las dos teorías de la pena son opuestas en su parte esencial. Ya que, la finalidad de una no es compartida para nada por la otra. En la teoría de la unión se trata de sacar provecho de lo característico de cada una de estas teorías.

Teniendo presente lo anteriormente manifestado, Elmo Quisbert, señala lo que se reconoce en la teoría de la unión, al manifestar:

“Reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de la *prevención general* y la *prevención especial*.” (Quisbert, 2008, p.29)

Se trata entonces de compensar el delito, por medio del castigo que tiene la pena y que a su vez esta pena provoque intimidación en las personas de la sociedad en general y en el individuo que cometió el delito, para que en el futuro se abstenga de cometerlo.

Ermo Quisbert, señala a los representantes que tiene la escuela de la unión al manifestar lo siguiente:

“Las *teorías unitarias* tienen su raíz en Aristóteles y Santo Tomás, sustentadas por los teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII.

En España por Pacheco, la escuela correccionalista española (Concepción Arenal), siendo las dominantes en la moderna ciencia del Derecho penal español.” (Quisbert, 2008, p.29)

Se puede observar entonces que tanto lo que manifestaba Aristóteles, como lo que defendía Santo Tomas es fundamental para que se pueda formar la teoría unitaria. Así como la gran influencia que ejerció sobre esta teoría la escuela correccionalista española.

Como ya quedo explicado tanto la teoría absoluta como la relativa son totalmente opuestas. Y en la teoría de la unión, Francisco Muñoz Conde,

expresa que se trata de buscar un punto medio entre las dos teorías, esto lo manifiesta de la siguiente manera:

“Tras estas, aparentemente irreconciliables, posiciones se defiende actualmente una postura intermedia que intenta conciliar ambos extremos, partiendo de la idea de retribución como base, pero añadiéndole también el cumplimiento de fines preventivos, tanto generales como especiales.”(Muñoz, 2001, p.72)

La teoría de la unión busca fusionar las teorías absoluta y relativa, para aprovechar lo principal que defiende cada una de ellas. Y parecería como lo explica Muñoz Conde que con la teoría de la unión se soluciona el conflicto de estas teorías, lo cual no es exactamente así. Esto el autor lo explica de la siguiente manera:

“Las teorías de la "unión" aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas, que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general y especial. Pero, como toda solución de compromiso, desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie.”(Muñoz, 2001, p.73)

Entonces, con la aparición de la teoría de la unión, no quiere decir que los defensores de la teoría absoluta y los defensores de la teoría relativa, están de acuerdo con esta unión de teorías. Y como lo manifiesta el autor:

“Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad, que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. Las teorías de la unión tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas.”(Muñoz, 2001, p.73)

Aunque, el autor reconoce las grandes diferencias que existen entre la teoría absoluta y relativa. La teoría de la unión tiene una virtud que es la no parcialidad como se da en las teorías que la forman.

Es importante reconocer que la teoría de la unión, señala que antes, durante y después de cometido un delito, están presentes la teoría relativa y absoluta. Esto lo manifiesta el autor de la siguiente manera:

*“En el momento de La amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de *prevención general*, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en *La aplicación de la pena la idea retributiva*. Finalmente, *durante la ejecución de la pena impuesta*, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de *prevención especial*, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente.”*(Muñoz, 2001, p.74)

Desde el momento que el legislador crea la ley penal, ya se está poniendo en práctica la prevención general. Luego cuando un miembro de la sociedad hace caso omiso de esta ley y comete un delito, entonces se aplica la ley y con ella se aplica la teoría retributiva. Por último, cuando el delincuente está pagando la condena, se pone en marcha la prevención especial para corregir al delincuente y que no transgreda la ley penal nunca más.

## Capítulo III

### 3. Peculado

#### 3.1. Perturbación en la administración pública

El delito de peculado ha crecido con el pasar de los años en el país. De ahí, la necesidad de robustecer las leyes ecuatorianas para proteger al Estado de los ataques perpetrados por malos funcionarios públicos. El aumento en el cometimiento de los delitos de peculado, está ligado al incremento de los índices de corrupción, que es un mal que sufren varios países alrededor del mundo. Por cierto, es un mal, que no es ajeno a la realidad del Estado ecuatoriano.

Trabajar como funcionario público, es una gran responsabilidad. En razón, de que las decisiones que deben tomarse pueden perjudicar seriamente los intereses del Estado. De ahí, la importancia de seleccionar a personas que se destaquen por su nivel como profesionales y por ser lo suficientemente probos como para cumplir de una manera correcta con el Estado.

Cuando la falta de honradez, se hace presente en algunas personas que trabajan para la administración pública, sus actuaciones transgreden al Estado. Sobre este perjuicio que sufre el Estado, Luis Carlos Pérez, en su obra “Manual de Derecho Penal” manifiesta lo siguiente:

“La administración pública se perturba cuando los funcionarios a cuyo cargo esta exceden sus funciones o en cualquiera otra forma abusan de la autoridad encomendada a ellos.”(Pérez, 1962, p.247)

El abuso de autoridad, al cometer algún delito contra la administración pública, se refleja en la arbitrariedad con que se manejan los bienes o caudales públicos por parte de las personas que trabajan en las instituciones estatales. Estas arbitrariedades son extremadamente graves, ya que perjudican al Estado y a todos los individuos que conforman la sociedad, porque de una manera u otra son los ciudadanos de un país los que sufren los efectos de los atentados contra el Estado. Así lo afirma, Luis Carlos Pérez, al expresar lo siguiente:

“la frustración de la actividad del Estado es hecho de extrema gravedad que pone en peligro, conjuntamente con su misión, los derechos individuales.”(Pérez, 1962, p.247)

El Estado debe seguir un orden en cuanto a su administración, para poder cumplir las finalidades que tiene con los ciudadanos. Es precisamente este orden, el que se altera con los delitos contra la administración pública. Por lo tanto, son las personas que pertenecen a la sociedad las que al final pagan las consecuencias de una administración estatal deficiente y corrupta.

Los atentados que sufre la administración pública es un tema que también lo trata Carlos Creus, en su libro “Derecho Penal”, en el cual explica:

“El delito se comete cuando el patrimonio ofendido es la Administración pública en cualesquiera de sus ramas, lo cual ocurre cuando la propiedad que él ataca pertenece a una entidad que es persona de derecho público.”(Creus, 1998, p. 518)

Es decir, todas las instituciones que pertenecen al sector público son susceptibles de sufrir los ataques de malos empleados y perjudicar al Estado.

El peculado, es uno de los delitos que más daño ha ocasionado a la administración pública en la sociedad ecuatoriana.

### **3.2. Delito de peculado**

El Estado, entrega a los servidores públicos los elementos necesarios para que ellos puedan trabajar de una manera adecuada. Siendo esta entrega algo totalmente razonable para el correcto desenvolvimiento de las personas dentro de la administración pública. El problema radica cuando el funcionario público se aprovecha de la facultad que tiene para usar esos elementos y los utiliza arbitrariamente, beneficiándose del fruto de la infracción y causando un perjuicio al Estado. Esto constituye el delito de peculado.

Sobre el presente tema el autor, Francisco Ramírez Torres, expresa:

“La conducta consiste en los actos con los cuales, las personas encargadas, de bienes o servicios del Estado, sus descentralizados



o empresas, abusan de la autoridad conferida sobre los mismos, en el ejercicio de su cargo.”(Ramírez, 1991, p.33)

El abuso que se presenta en el delito de peculado, constituye un atentado contra el Estado. La deshonestidad de los funcionarios públicos, trae consigo que las acciones que ellos realicen afecten directamente a la administración pública; fruto de esa deshonestidad, el peculado se caracteriza por ser cometido contra los bienes del Estado, que se encuentran en posesión de los servidores públicos, ya sea para que realicen con ellos su trabajo o la simple custodia, que se encuentra dentro de sus obligaciones.

Ramírez Torres, sigue con la explicación sobre las acciones que constituyen el delito de peculado, manifestando:

“Siendo estos actos, según expresa la norma, la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado, sus entes descentralizados o empresas, o inclusive de un particular.”(Ramírez, 1991, p.33)

Claramente, se entiende que por peculado, las personas sustraen o distraen los fondos o bienes públicos. Sobre estos casos existe una característica muy peculiar que a continuación, Ramírez, explica:

“En ambos casos, la forma de culpabilidad es eminentemente dolosa. Tanto la sustracción como la distracción, deben ser arbitrarias y por lo tanto ilícitas, para poder constituir peculado.”  
(Ramírez, 1991, p.33)

Edgardo Alberto Donna, ha manifestado que en el delito de peculado se da la implicación del término sustraer. Esto lo ha mencionado con las siguientes palabras:

“La acción típica básica del peculado consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones.

Se entiende por sustraer la idea de apartar, separar, extraer, y en el peculado se materializa en la idea de “separar o apartar lo bienes

de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública”  
(Donna, 2008, p.320)

Donna, se refiere a la importancia que tiene el término sustraer en el delito de peculado y que consiste en la separación que hace el funcionario público de los fondos o bienes del Estado que le han sido encomendados a este para que realice con ellos su trabajo.

Algo que se debe tener en cuenta al tratar el tema de las facultades que tienen los funcionarios públicos en lo concerniente al manejo de bienes o fondos públicos es la no utilización arbitraria de estos recursos y su obligación de rendir cuentas de sus gestiones. Al respecto Edgardo Alberto Donna declara:

“No hay fondos que queden al arbitrio del funcionario y todos, pero absolutamente todos los funcionarios, deben rendir cuentas de los fondos que administran. Se puede permitir, por razones de inteligencia y de seguridad, que esa rendición sea ante determinadas entidades, pero lo que no admite en Estado de Derecho es que queden a discreción del funcionario ni menos aún que los incorpore a su patrimonio.

En palabras sencillas, los fondos del administrador no son de él, sino del Estado, y debe en primer lugar darle el fin que tienen esos fondos por ley y en segundo lugar rendir cuenta detallada de ellos. No es el dueño, el patrón, de esos bienes.”(Donna, 2008, p.318)

Esto según el libro de Edgardo Alberto Donna sobre Derecho Penal, en el cual indica de una manera clara que la principal ocupación que debe darse a los fondos públicos es lo que manifiesta la ley, no lo que quiera el funcionario público. Todo esto porque el funcionario público no es dueño de esos fondos y él siempre tiene la obligación de rendir cuentas de las funciones que ha desempeñado. Todo perjuicio que se haga al Estado por culpa de la mala administración que realicen sus trabajadores, tiene que ser sancionado. Precisamente, porque se debe tener mucho cuidado con el trabajo que se realiza, cuando una persona tiene la oportunidad de servir tanto física como intelectualmente a las instituciones públicas.

Carlos Creus, concuerda con Donna, en manifestar que la acción típica en el delito de peculado es la sustracción de los bienes que se encuentran en custodia de los funcionarios públicos. Carlos Creus afirma:

“La acción reprimida es la de *sustraer*, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas.”(Creus, 1998, p. 286)

Entonces de acuerdo a la explicación que da Carlos Creus, en la cual refuerza lo manifestado anteriormente por Donna, para la existencia del delito de peculado es indispensable que se despoje al Estado de sus bienes.

Creus, continua la explicación del delito de peculado y expresa que no es necesario que el bien que fue sustraído de la administración pública se encuentre en manos del funcionario. Sino que el peculado se comete con la simple separación del bien público. Esto lo manifiesta con las siguientes palabras:

“No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque sólo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella.” (Creus, 1998, pp.286-287)

Los bienes que pertenecen a la función pública, tienen una función especial y no puede por lo tanto una persona que trabaje para las instituciones del Estado, trasladar esos bienes. Ya que, el Estado se ve seriamente perjudicado.

Continua, Carlos Creus manifestando que:

“Pero, eso sí, la sustracción no se satisface con el *simple uso* del bien por ilegítimo que sea-, sin que sea separado de la tenencia de la Administración;” (Creus, 1998, 287)

Es necesario entonces para cometer el delito de peculado que el bien sea sacado de la administración pública. El uso diferente que tenga el bien, así sea ilegítimo, no constituye el delito de peculado. Si el bien no es sacado de la administración pública.

Complementa la explicación el autor Creus, al manifestar:

“el bien tiene que ser consumido, destruido, transformado o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar la tutela pública en que se hallaba; claro está que, en ocasiones, el uso equivaldrá a la sustracción (como ocurre con el dinero o cosas consumibles), pero ello no ocurre siempre” (Creus, 1998, 287)

Cuando el bien, deja de pertenecer al patrimonio de la administración pública por una actuación arbitraria del funcionario público, es cuando se consume el delito de peculado. Esto puede ocurrir con la destrucción, transformación, desaparición o por el consumo del bien.

Para un mejor entendimiento de lo anteriormente señalado, Carlos Creus, continúa la explicación manifestando que:

“La esfera de custodia o tenencia de la cual tienen que separarse los bienes para que se dé el peculado es, dentro de la actividad patrimonial del Estado, la que representa el funcionario por pertenecer a su competencia según la ley, el reglamento o la orden. No comete el delito el funcionario que saca el bien que custodia o administra otro funcionario.” (Creus, 1998, 287)

Queda claro que necesariamente para que se lleve a cabo el delito de peculado, el bien tiene que pertenecer a la administración pública. Además, es indispensable que ese bien este a cargo de un funcionario público específico. Tanto así, que si el funcionario público toma un bien en provecho propio o de un tercero que pertenece al patrimonio público pero que no está custodiado por él, no constituye delito de peculado.

### 3.3. Origen del peculado

Como varias figuras que conocemos actualmente en el ámbito del derecho, el peculado, tiene su origen en el derecho romano. La palabra peculado proviene de pecus, cuyo significado es ganado. Esto porque antiguamente la riqueza de los pueblos constituía principalmente en la actividad ganadera. Así lo manifiesta Erleans de Jesús Peña, en su obra “Delitos contra la administración pública”, al expresar lo siguiente:

“El termino peculado deriva de pecus, que significa ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaba su ordenamiento económico en el pastoreo, como elemento de pago o cambio, apareciendo en su origen como una forma agravada de hurto; es el *furtum publicae pecuniae* o hurto de las cosas publicas pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*).”(De Jesús, 2005, p.65)

Entonces, la trascendencia que tenía la ganadería para la economía en la antigüedad se debe a que servía como medio de pago o como medio de cambio.

De Jesús, continua la explicación al manifestar que:

“Posteriormente, se entendió principalmente por peculado toda sustracción de metales o de monedas, en perjuicio del *aerarium* del pueblo romano o de otra caja publica, cometida la mas de las veces, aunque no necesariamente por magistrados o sus dependientes. La noción de peculado abrazaba no solo el hurto en sentido propio, sino también la apropiación indebida, y particularmente la del dinero debido al erario público por los funcionarios contables, en la suma resultante de la rendición de cuentas (*pecuniae residuae*).”(De Jesús, 2005, p.65)

La explicación anteriormente señalada, permite relacionar al delito en estudio con la sustracción de bienes públicos, obviamente teniendo como sujeto pasivo al Estado y a los funcionarios públicos como sujetos activos.

### 3.4. Antecedentes legislativos

Desde la antigüedad el delito de peculado ha tenido gran importancia. Así, lo explica Edgardo Alberto Donna, al manifestar lo siguiente:

“Como fácilmente se advierte, el peculado tiene su origen, en el Derecho Romano, en el *peculato* (hurto al patrimonio privado o al del pueblo romano). Explica Jesús Catalán Sender que de allí pasa a Las Partidas y más tarde a la Novísima Recopilación, donde el peculado de los caudales del rey era castigado con la muerte.”(Donna, 2000, p.272)

Se puede entender la enorme trascendencia del delito de peculado. Tanto así, que en el Derecho romano ya se conocía este tipo de perjuicio que sufría el Estado. Aunque, en aquella época el delito de peculado también incluía al patrimonio privado, algo que en la actualidad ha cambiado. Ya que, el delito de peculado solo se aplica a los bienes que se encuentran en la administración pública, es decir, solo a los bienes que son de propiedad de la administración pública. Donna, también se refiere a que la pena capital era con la que se condenaba a las personas en la antigüedad. Esto por perjudicar a los caudales del rey.

A continuación, Donna, explica como el peculado alcanza su concepto actual y la característica de solo aplicar a los bienes públicos. Esto lo manifiesta el autor utilizando las siguientes palabras:

“La introducción del peculado como tal sobrevino con la sanción de la ley 49, que en su artículo 80 castigaba a todo el que tuviere obligación de dar cuentas al gobierno nacional.”(Donna, 2000, p.272)

Entonces, gracias al artículo 80 de la ley 49 es que el peculado rige solo a los bienes que pertenecen al patrimonio estatal.

Refuerza el autor, la idea anteriormente señalada, al manifestar:

“La característica primordial de la figura era la relación funcional que unía al funcionario en razón de su cargo con los bienes objetos del peculado.” (Donna, 2000, p.272)

Es decir, el peculado tal cual como se encuentra tipificado en las leyes de los ordenamientos jurídicos en la actualidad.

### **3.5. Clases de peculado**

En el libro de Luis Cueva Carrión, titulado “PECULADO”, el autor manifiesta cuales son las clases de peculado que la doctrina penal considera, aunque aclara que no todas existen en el sistema jurídico ecuatoriano. Es decir, no todas las clases de peculado que se indica en la doctrina, están tipificadas en la legislación del Ecuador. Esto lo manifiesta de la siguiente manera:

“En general, se conocen las siguientes clases de peculado: peculado por apropiación, peculado por uso indebido, peculado por extensión, peculado por omisión, peculado por aplicación oficial diferente, peculado por error ajeno, peculado culposo, peculado propio y peculado impropio.

Muchas de estas clases de peculado no existen en nuestro sistema jurídico penal pero las estudiaremos porque constituyen un cuerpo de doctrina penal general” (Cueva, 2006, p.71)

#### **3.5.1. Peculado por apropiación**

Esta clase de peculado, si está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal. Se entiende por peculado por apropiación cuando se despoja al Estado de sus bienes. Esta sustracción la hace un funcionario público en provecho propio o ajeno.

Luis Cueva Carrión, explica el peculado por apropiación de la siguiente manera:

“Su esencia típica radica en la sustracción o apropiación de cosas públicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia o administración.” (Cueva, 2006, p. 71)

Queda claro entonces que para que se dé el delito de peculado por apropiación, es necesario que sea un funcionario público al que se le encargó el cuidado de las cosas, la persona que sustraiga el bien público.

### **3.5.2. Peculado por uso indebido**

El peculado por uso indebido, está tipificado en la legislación ecuatoriana. Para empezar la explicación sobre esta clase de peculado, Luis Cueva Carrión, señala que:

“Consiste en que el servidor público, indebidamente, use o permita que otro use, bienes del Estado, o de instituciones o de empresas en que este tenga parte, o de bienes de particulares, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de su cargo.” (Cueva, 2006, p.71)

Es decir, la utilización indebida de los bienes del Estado por parte del funcionario público o de otra persona que el funcionario público haya permitido esa utilización, constituye peculado por uso indebido.

Cuando el funcionario público utiliza su trabajo para beneficio personal o permite que otras personas se beneficien de este trabajo, es también delito de peculado. Así, manifiesta el autor al mencionar:

“También existe peculado por uso indebido cuando el empleado público usa el trabajo oficial para beneficio particular, cuando utiliza en forma privada servicios oficiales o si permite que terceros hagan uso del trabajo o del servicio que pertenece al Estado o a las instituciones públicas.” (Cueva, 2006, p.71)

Termina el autor en estudio manifestando la razón de porque a esta clase de peculado también lo llaman “peculado por abuso” manifestando las siguientes palabras:

“Algunos autores lo denominan “peculado por abuso” porque es un “termino representativo de la ilegitimidad con que se lleva a cabo la operación.”(Cueva, 2006, p.71)



Los funcionarios públicos abusando de su cargo, utilizando bienes públicos llevan a cabo operaciones en perjuicio del Estado.

### **3.5.3. Peculado por extensión**

A excepción del peculado por apropiación y del peculado por uso indebido, que se analizó anteriormente, esta clase de peculado no está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal. El peculado por extensión, tiene la particularidad de que el delito no lo comete un funcionario público que abusando de su cargo se beneficie del acto antijurídico. Sino que la infracción la comete un particular. Así lo señala el autor Luis Cueva Carrión, utilizando las siguientes palabras:

“En esta clase de peculado el sujeto activo no es un empleado público sino un particular que se apropia, usa en forma indebida, retiene, invierte, aplica mal, utiliza en forma ilegal los bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte.”(Cueva, 2006, p.72)

Las personas particulares entonces también pueden cometer el delito de peculado según Luis Cueva Carrión.

Sobre esta clase de peculado el autor complementa:

“También es reo de este tipo de peculado el particular que recaude, administre o tenga bajo su custodia bienes pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a juntas de acción comunal o de defensa civil.”(Cueva, 2006, p.72)

Queda claro que los bienes pertenecientes a las fundaciones o a las instituciones educativas pueden ser objeto de peculado, cuando sus administradores o las personas que tengan la custodia no realicen su trabajo con honestidad y probidad.

### **3.5.4. El peculado por omisión**

El peculado por omisión, no está tipificado en la legislación ecuatoriana. Esta clase de peculado abarca todo lo que tiene que ver con el perjuicio que se

puede dar en lo referente a los impuestos o las contribuciones que recibe el Estado.

Luis Cueva, lo explica de la siguiente manera:

“Es aquel que lo comete el agente receptor, retenedor o autorretenedor de impuestos, tasas o contribuciones publicas cuando no los consigna dentro del término legal establecido; en el caso de personas jurídicas, sociedades u otras entidades, responden por este delito las personas naturales a cuyo cargo está el cumplimiento de estas obligaciones.”(Cueva, 2006, p.72)

Los funcionarios públicos que cometen el delito de peculado por omisión son aquellos que tienen la obligación de cobrar contribuciones públicas. Y una vez realizado este cobro por parte del funcionario público no se remite el valor total o parcial de lo recaudado a las arcas del Estado. Existe obviamente una falta por parte del servidor público, que perjudica al Estado.

### **3.5.5. El peculado por aplicación oficial diferente**

El peculado por aplicación oficial diferente, no está tipificado en la legislación ecuatoriana. Los bienes pertenecientes al Estado, tienen una función específica que debe respetarse. Caso contrario, se estaría incurriendo en peculado por aplicación oficial diferente. Así lo explica, Cueva Carrión, al expresar lo siguiente:

“Comete este delito el empleado público que dé a los bienes estatales o de empresas o de instituciones del Estado, cuya administración o custodia se le hubiere confiado por razón de sus funciones, aplicación diferente de aquella a que están destinados, o comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste” (Cueva, 2006, p.72)

Se debe utilizar los bienes del Estado de acuerdo a lo que manifiesta las leyes o reglamentos. Es decir, es necesario darles la función que tienen previstos y no otra.

### **3.5.6. El peculado por error ajeno**

El peculado por error ajeno, no se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal. La doctrina, explica que, si el funcionario público recibe algún tipo de bien por equivocación y este se apropia y conserva el bien, obteniendo algún beneficio de esa apropiación, constituye delito de peculado por error ajeno.

Sobre esta clase de peculado Luis Cueva Carrión, expresa:

“Consiste en la apropiación o en la retención, por parte del empleado público, en provecho suyo o de terceros, de bienes o cantidades de dinero que, por error ajeno hubiere recibido” (Cueva, 2006, p.72)

Los bienes públicos, así como el dinero que pertenece a las instituciones estatales, nunca podrán beneficiar a los funcionarios públicos, ni siquiera por un error al momento de enviar esos bienes a tales personas. Ya que, hasta el más mínimo error que se comete en la administración de justicia, no puede perjudicar a la administración estatal.

### **3.5.7. El peculado culposo**

El peculado culposo, no está tipificado en la legislación ecuatoriana. Los servidores públicos, tienen la obligación de actuar con toda la responsabilidad para realizar un trabajo correcto en beneficio del Estado. Tanto es así, que la doctrina considera como peculado cuando sus empleados cometen errores en perjuicio de la administración pública, sin la intención de causar daño al Estado. Esto es en síntesis el delito de peculado culposo.

Al referirse al peculado culposo, Cueva Carrión, expresa:

“Es aquel en que el servidor público, por su culpa, su negligencia o su imprudencia, permite que los bienes del Estado o de instituciones o de empresas en que este tenga parte, o de particulares, que, por razón de sus funciones le han sido confiados, se extravíen, se pierdan o se dañen.”(Cueva, 2006, p.73)

Toda acción que perjudique a la administración pública, así no se cometa con la intención de causar daño, será sancionada. Precisamente, por la obligación de ser cuidadosos al momento de servir al Estado.

Como se manifestó anteriormente, el peculado culposo, no está tipificado como delito en la legislación ecuatoriana. De tal manera, que si un funcionario público pierde, daña o extravía un bien que se encontraba en su poder en razón del cargo que ejerce, no puede ser acusado de peculado.

### **3.5.8. El peculado propio**

El peculado propio, si está tipificado en la legislación ecuatoriana y en palabras de Luis Cueva Carrión:

“Es aquel en que la autoridad, el servidor o el funcionario público, con ánimo de lucro, sustrae o consiente que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que están a su cargo por razón de sus funciones; si destina al uso ajeno a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones y, también, si con ánimo de lucro, propio o ajeno, y con grave perjuicio para la causa pública, da una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autónoma o Local o a sus Organismos dependientes.” (Cueva, 2006, p.73)

Si el funcionario público, tiene el propósito de beneficiarse o que otros se beneficien de los recursos del Estado, aprovechándose del cargo que ejerce para poder sustraer o manipular los bienes o caudales que le son otorgados para poder desempeñar su oficio dentro de la administración pública. Entonces, está cometiendo el delito de peculado propio.

Continúa, Luis Cueva Carrión, explicando el peculado propio y cita al autor Zavala Baquerizo, que manifiesta lo siguiente:

“En cuanto a los agentes, el delito de peculado es propio por cuanto solo puede ser cometido por ciertas personas-“los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona

encargada de un servicio público”-y es por eso que, desde el punto de vista subjetivo a esta especie de peculado se lo denomina peculado “propio”(…) desde el punto de vista objetivo, el peculado es “propio” en cuanto se refiere a los bienes de la Administración Pública en su sentido más lato, esto es, abarcando todas las Funciones de la misma (legislativa, ejecutiva y judicial), y todos los órganos que la integran (fiscal, municipal)”(Cueva, 2006, p.73)

Con esta explicación, se entiende que los sujetos activos en el delito de peculado propio son los servidores públicos. Y que los bienes que son objeto del delito de peculado propio son los bienes que se encuentran en poder de las personas que trabajan para la administración pública. Entendiéndose por administración pública, todas las funciones del Estado, así como también los municipios.

### **3.5.9. El peculado impropio**

El peculado impropio, está tipificado en la legislación ecuatoriana. Luis Cueva Carrión, al explicar sobre el peculado impropio, cita nuevamente al Dr. Jorge Zavala Baquerizo y manifiesta:

“El Dr. Jorge Zavala Baquerizo manifiesta que se denomina peculado impropio “ desde el punto de vista subjetivo a aquel que tiene como agente a otras personas distintas a las enumeradas anteriormente- “los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los Bancos estatales y privados”- pues tal extensión subjetiva desvirtúa la esencia del tipo de delito, el cual propiamente solo se encuentra limitado a ser cometido por funcionarios públicos y empleados de la Administración Pública, ya que este es el bien jurídico protegido (...) y es impropio desde el punto de vista objetivo cuando comprende a bienes que no son realmente de la Administración, pero que deben ser especialmente amparados por referirse a una gran mayoría de la comunidad. Tal es el caso de los Bancos privados; del Instituto de Seguridad Social, etc...” (Cueva, 2006, pp.73-74)

Entonces, el peculado impropio, se da cuando los bienes que se utilizó arbitrariamente y fueron distraídos o sustraídos en favor propio o de un tercero, no pertenecen al Estado, sino a particulares como en el caso de los capitales de los bancos o del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En estos casos se puede apreciar que no se lesionó los bienes estatales.

El peculado impropio también tiene la particularidad de que el sujeto activo de la infracción, no es un funcionario público, sino un particular que se aprovecha de su cargo dentro de una institución financiera, para perjudicar a las personas.

### **3.6. Legislación ecuatoriana**

#### **3.6.1. Código Orgánico Integral Penal**

La legislación ecuatoriana tipifica el delito de peculado. El nuevo código penal establece de una manera amplia lo que es el delito de peculado y la sanción que tendrá el funcionario público que cometa este delito. Así, se contempla en el artículo 278, el cual manifiesta:

“Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.”(Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.42)

Queda clara la sanción que se impone en el Código Orgánico Integral Penal, para aquel funcionario público que abusando del poder que tiene, perjudique al Estado ecuatoriano al despojar a la administración pública de los bienes que le pertenecen. Aunque, no solamente los bienes muebles o inmuebles son susceptibles para que el delito de peculado se realice. También se comete delito de peculado cuando se sustraiga dinero, piezas, títulos o documentos

que se encuentren en poder del funcionario público, por razón del cargo que este ejerce. Esto, en cuanto al primer inciso del artículo 278.

Pero el delito de peculado no solo implica lo anteriormente detallado. El segundo inciso, explica cuáles son otros de los abusos de los funcionarios públicos que constituyen el delito de peculado, manifestando que:

“Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.”(Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.42)

Entonces, constituye delito de peculado y existe una sanción, si un funcionario público utiliza a personas que trabajan para el Estado y con esta utilización exista lucro en el patrimonio de este funcionario.

La misma sanción que se impone en el inciso segundo, recibirán los funcionarios públicos que utilicen información calificada como confidencial, para beneficiarse personalmente. Sobre este particular en el Código Orgánico Integral Penal, se puntualiza:

“La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.”(Código Orgánico Integral Penal, 2014, pp.42-43)

Se puede apreciar el cuidado inmenso que el legislador le da a la información que se maneja en las instituciones del Estado.

Continuando con el análisis del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, es importante recalcar que el delito de peculado también puede ser cometido por personas que no son funcionarios públicos. Pero que trabajan en el sistema financiero o en instituciones de economía popular y solidaria, cuando realicen actividades de intermediación financiera. Así, se contempla en el Código Orgánico Integral Penal, al establecer:

“Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.43)

Entonces, los accionistas de bancos o los socios de una cooperativa que fraudulentamente perjudiquen a las personas que realicen depósitos en las instituciones financieras o en las entidades de economía popular y solidaria. Serán sancionados por cometer el delito de peculado.

Así también, será peculado lo que se expresa a continuación:

“La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a



la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.”(Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.43)

Para concluir el análisis del artículo presente, es necesario recalcar la importancia que en el Ecuador, el legislador le da al delito de peculado. Esto en razón, de que la sanción que se impone a la persona que comete este delito, la pagará por el resto de su vida. Al contemplar en la ley penal, lo siguiente:

“Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”(Código Orgánico Integral Penal, 2014, p.42)

Es decir, aparte de cumplir la pena de privación de libertad. La persona que cometió el delito de peculado, no podrá trabajar de por vida en una institución pública, en una entidad financiera o en una entidad de economía popular y solidaria, cuando el trabajo tenga que ver con intermediación financiera.

### **3.7. Constitución de la República del Ecuador**

Podemos ver la importancia que se da al delito de peculado en el Ecuador y como con el pasar del tiempo la legislación ecuatoriana ha ido robusteciendo las leyes que tipifican el delito de peculado. Tanto así, que antes de la constitución de 1998, en el Ecuador, el delito de peculado prescribía. Con la vigencia de la anterior constitución, se tipificó al peculado como imprescriptible. Esta característica que ganó el delito de peculado se mantiene con la constitución de Montecristi, que es la que se encuentra vigente en la actualidad.

Para ratificar lo expresado anteriormente, es indispensable analizar el inciso segundo del artículo 233 de la constitución actual, en el cual manifiesta:

“Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.”(Constitución, 2008, p.119)

Hasta este punto, se puede observar la trascendencia del delito de peculado para ser tipificado directamente en la constitución.

Continuando con el análisis del artículo, es indispensable señalar el carácter de imprescriptible que la ley suprema establece para el delito de peculado y para los delitos de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, al manifestar que:

“La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y en estos casos, los juicios se iniciaran y continuaran incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicaran a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”  
(Constitución, 2008, p.119)

Con esto, la constitución de Montecristi, ratifica lo tipificado en la constitución de 1998. Y se puede evidenciar el mayor peso que tiene en la legislación ecuatoriana las leyes que defienden a la administración pública. Tanto así, que se puede perseguir y seguir un proceso judicial a un funcionario público que comete el delito de peculado, aun en ausencia de este.

De acuerdo, al análisis realizado en el presente capítulo, se puede entender que en el Ecuador solo está tipificado el peculado propio y el impropio. Dentro del peculado propio, se encuentran el peculado por apropiación y por uso indebido. Es importante, aclarar este punto debido a que en base a las clases de peculado, que se encuentran tipificados en el Ecuador, se puede realizar un diagnóstico del problema, para posteriormente dar soluciones respecto a cada clase de peculado.

### **3.8. Diagnóstico del problema**

El objetivo del presente trabajo es la incorporación del principio de proporcionalidad en las penas que se tipifica para el delito de peculado en la legislación ecuatoriana, debido a las falencias existentes en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, que trata sobre el mismo.

Las falencias de la actual legislación, en cada clase de peculado que están tipificados en la legislación ecuatoriana, se detallan a continuación:

#### **1. Peculado propio**

1.1. En el peculado por apropiación, para establecer la pena del sujeto activo del delito, no se diferencia entre el monto o valor con el que se perjudica al Estado. Entonces, si un funcionario público, sustrae cinco (5) dólares de las arcas del Estado, tiene la misma pena que aquel que sustrae un millón dólares (1000000) o si el servidor público, se apropia de un vehículo que es de propiedad de una institución del Estado, tiene la misma pena que si se apropiara de una silla que pertenece a la misma institución. Obviamente, en el primer caso, existe un perjuicio mayor al Estado cuando el funcionario público sustrae un millón (1000000) de dólares y en el segundo caso cuando se sustrae el vehículo. Aquí, claramente se observa una injusticia, por la falta de aplicación del principio de proporcionalidad.

1.2. En el peculado por uso indebido, el error que tiene la legislación ecuatoriana, consiste en la falta de diferenciación de la gravedad del delito sobre el uso indebido que se hace de los bienes del Estado por parte de los funcionarios públicos o de terceras personas que el funcionario público lo hubiera permitido, al igual que en el peculado por apropiación, no se diferencia el perjuicio al Estado al momento de aplicar las penas. De la manera en que está tipificado, se entiende que todo uso indebido que se haga de los bienes del Estado o del trabajo oficial, se sancionará de la misma manera y con la misma pena. Entonces, si un funcionario público, usa indebidamente un

vehículo que la institución pública, que es la propietaria del bien, le entregó como medio para que realice su trabajo. Pero, en lugar de realizar su trabajo, el funcionario público se va de paseo con su familia en el auto institucional por un día, tiene la misma pena que el funcionario público que alquila por seis años la maquinaria y equipo pesado de construcción que pertenece a la institución pública, maquinaria y equipo pesado que el Estado le otorgó para que realice con ella su trabajo. Fruto de este alquiler, el funcionario público se beneficia económicamente. Evidentemente, los dos casos son peculado por uso indebido, pero, si se analiza cada caso, el funcionario que alquila la maquinaria de construcción, perjudica más al Estado que la persona que usa el vehículo. Esta, es otra injusticia que se observa en el mismo delito.

## 2. Peculado impropio

En el peculado impropio, se evidencia la falta de aplicación del principio de proporcionalidad, en la legislación ecuatoriana en cuanto a las penas que se impone a los sujetos activos del delito. Entonces, si el empleado de un banco se apropia de mil (1000) dólares, perteneciente a los depósitos realizados en la institución, tiene la misma pena que el dueño del banco, que se apropió de cinco (5) millones de dólares, perteneciente a los depósitos realizados en la institución. Se puede evidenciar que el dueño del banco, perjudico en mayor medida a la comunidad. Por lo tanto, lo correcto tiene que ser, que el dueño del banco tenga una pena más severa.

## Capítulo IV

### Conclusiones y Recomendaciones

#### Conclusiones

- Las penas más crueles, no son las que brindan un mejor resultado a la sociedad. Sino que, con su aplicación es la misma sociedad la que se perjudica más cada día. Por eso, la necesidad de implementar principios que garantizan el respeto a los derechos humanos, como el principio de proporcionalidad de las penas. Para tener sanciones más justas en el ámbito penal, respetando la integridad de la persona.
- La sanción penal, no puede tener como objetivo el castigo del sujeto activo de la infracción. Lo principal es la educación de una persona que comete un delito, para en el futuro no volver a cometer el mismo error y servir a la sociedad. Esto, se obtiene con el fomento de leyes modernas que son un estímulo para el desarrollo de la sociedad y no con leyes que tienen como objetivo principal tomar venganza y conformarse con el simple castigo para la persona que comete una falta.
- El principio de proporcionalidad es una muestra de la enorme evolución que ha tenido el derecho a lo largo de los años. Y como, con su aplicación las penas son más humanas. De manera que, la pena es conforme al daño ocasionado, ni más ni menos.
- No se puede negar que las sanciones penales son necesarias para mantener la convivencia pacífica de los seres humanos en sociedad. Debido a que, sería un total caos que todos los delitos que cometen los delincuentes queden impunes y que el Estado no haga nada para sancionar esos delitos. Esto significaría que todos los seres humanos hagan justicia con su propia mano y volver a tiempos primitivos. Es obligación del Estado, sancionar cuando una persona comete una infracción y que esta sanción permita mantener un sentimiento de seguridad entre la población. Además, la sanción debe servirle al sujeto activo del delito, para en el futuro no volver a cometer ese tipo de actos, que perjudiquen a la sociedad.

- Con el principio de proporcionalidad se intenta que las sanciones penales se tipifiquen de una manera más justa. Esto aporta a la evolución del Derecho y de la sociedad en general. Porque una comunidad con leyes justas, es una comunidad que tendrá mejores oportunidades de desarrollo en todos los aspectos.
- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos. Es decir, la principal tarea que tiene el Estado ecuatoriano es respetar y garantizar los derechos de los ciudadanos. La incorporación del principio de proporcionalidad a las leyes penales en la legislación ecuatoriana es un gran avance para la protección de los derechos consagrados en la constitución y en los tratados internacionales que han sido ratificados por el Ecuador.
- En base a que el deber principal de un Estado garantista de derechos, es salvaguardar los derechos de las personas, se puede afirmar que la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal, es un atentado contra los derechos humanos.
- La dignidad humana es un derecho. Pero es indiscutible que ese derecho se ve seriamente afectado cuando una persona está cumpliendo una sanción penal. Con la aplicación del principio de proporcionalidad se trata de no perturbar más de lo racionalmente necesario la dignidad de las personas.
- El país que aplica el principio de proporcionalidad en su legislación, es un país que se preocupa de la seguridad jurídica de sus ciudadanos. Todo esto con la finalidad de tener leyes justas.
- El peculado, ha sido uno de los delitos que más daño ha causado a la sociedad ecuatoriana. Teniendo presente que la peor crisis económica que ha vivido el Ecuador, fue fruto de la comisión del delito de peculado.
- El peculado, ha crecido en el país. Esto va de la mano con el incremento en la corrupción en términos generales. Debido a este crecimiento, las leyes que tipifican el delito de peculado también han cambiado, aunque no lo han hecho de una manera correcta. Si bien estas leyes se robustecieron, no se puede afirmar que son justas porque se está

sancionando a todas las personas que cometen el delito de peculado por igual. Sin importar la gravedad en el perjuicio ocasionado al Estado.

- Existe escases de funcionarios públicos que en verdad trabajan para servir de una mejor manera al país. Esto es con honestidad y probidad. Siendo esto, el problema principal que ha generado el aumento en los casos de corrupción que diariamente aquejan al Ecuador. La administración pública, está en grave peligro si sus servidores públicos, utilizan al Estado ecuatoriano para beneficiarse de una manera indebida y lucrar acosta del perjuicio de la sociedad en general. Porque, cometer actos de corrupción como el delito de peculado, degrada a la sociedad ecuatoriana en general. Ya que, son todos los habitantes del Ecuador los que sufrirán las consecuencias de estos actos nefastos. Basta con leer las noticias en los periódicos para saber que la corrupción está presente en el medio ecuatoriano, algo que es lamentable. Y lo que es más triste todavía es que la sociedad ecuatoriana se está acostumbrando a esta trágica realidad.
- El peculado es un delito muy antiguo que tiene sus orígenes en el Derecho Romano. La forma de ser sancionado ha evolucionado e incluso ha pasado de la pena de muerte y el destierro, que era como se sancionaba en la antigüedad, a la pena de prisión que es como se sanciona actualmente. Cabe recalcar que en el Ecuador, las penas que sancionan al delito de peculado, tienen un agregado especial, que es la imposibilidad de por vida de ejercer una función pública o de trabajar en una institución del sistema financiero o en una entidad de economía popular y solidaria. Por todo esto, es importante, tipificar de una manera adecuada el delito de peculado en la legislación ecuatoriana.
- Si bien, el delito de peculado afecta seriamente a la administración pública. No se puede sancionar de una manera desproporcionada a los sujetos activos de la infracción, vulnerando de esta manera seriamente los derechos humanos.
- Con sanciones más drásticas o crueles, no se solucionará los problemas de corrupción que existen en el país, como el delito de peculado. El éxito

para poder solucionar estos problemas son penas modernas que recojan principios que salvaguarden los derechos de los ciudadanos.



## Recomendaciones

- En el momento de realizar las leyes se debe tener en cuenta que el Ecuador es un Estado garantista, por tal motivo es obligatorio defender y respetar los derechos de los ciudadanos, procurando que las leyes sean justas.
- Obligatoriamente, el principio de proporcionalidad debe ser incorporado en las leyes ecuatorianas. Sobre todo en las leyes penales, ya que, estas vulneran derechos fundamentales de los seres humanos. Por esa razón, estos derechos deben ser vulnerados lo mínimo posible.
- Fomentar el análisis de la legislación ecuatoriana vigente, dentro de las aulas universitarias. Observando si las leyes en el Ecuador salvaguardan los derechos consagrados en la Constitución de la Republica y en los Tratados Internacionales. Así también, de los proyectos de ley que se presentan en la Asamblea Nacional y debatir entorno a estos temas en procura de participar de la realidad legislativa del país.
- La existencia de penas abusivas es una consecuencia del desconocimiento que tienen las personas de sus derechos, lo que les impiden que puedan reclamar a la hora de sufrir injusticias de ese tipo. El poder ejecutivo, el poder legislativo, el poder judicial, las instituciones de educación superior y los colegios, tienen que promover campañas para que la sociedad pueda conocer sus derechos y como reclamar en caso de que estos fueren violados.
- Se debe crear espacios en los medios de comunicación para poder debatir abiertamente sobre estos temas, que demuestren como la sociedad se expresa de una manera abierta y de una manera crítica.
- El delito de peculado afecta a la administración pública. Por lo tanto, es necesario contar con personas que se destaquen por su probidad y responsabilidad a la hora de trabajar para el Estado. Esta selección de personal debe realizarlo la ciudadanía a la hora de elegir sus representantes por medio del voto popular y los funcionarios públicos que presiden las diversas instituciones estatales que existe en el país.

- En base al Diagnóstico del Problema, realizado en el capítulo anterior, donde se detallan las falencias de la legislación actual que tipifica el delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, se presenta las siguientes soluciones respecto a cada clase de peculado que se encuentra tipificado en la legislación ecuatoriana, siendo estas:

#### 1. Peculado propio

1.1 Para dar solución al primer punto del diagnóstico del problema, que es, en el peculado por apropiación. Se debe diferenciar entre el monto o valor con el que se perjudica al Estado, de la siguiente manera:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; se apropien, arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de seis meses a un año, si el valor del perjuicio al Estado corresponde a diez salarios básicos unificados o menos.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a diez salarios básicos unificados e igual o menor a treinta salarios básicos unificados, la pena será de dos a seis años.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a treinta salarios básicos unificados e igual o menor a cien salarios básicos unificados, la pena será de siete a doce años.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a cien salarios básicos unificados, la pena será de trece a veinte años.

1.2. Para dar solución al segundo punto del diagnóstico del problema, que es, en el peculado por uso indebido. Se debe diferenciar la gravedad del delito en el uso indebido que se hace de los bienes del Estado por parte de los funcionarios públicos o de terceras personas que el funcionario público lo hubiera permitido, de la siguiente manera:

Si las personas descritas anteriormente, en beneficio propio o de terceros, abusen o dispongan arbitrariamente de bienes del Estado que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados tomando como referencia el valor comercial que representa ese uso indebido, en el momento del cometimiento del delito, para determinar el perjuicio ocasionado al Estado. De esta forma, se aplicará pena privativa de libertad de uno a tres meses, si el valor del perjuicio al Estado corresponde a cinco salarios básicos unificados o menos.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a cinco salarios básicos unificados e igual o menor a diez salarios básicos unificados, la pena será de cuatro meses a un año.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a diez salarios básicos unificados e igual o menor a veinte salarios básicos unificados, la pena será de dos a cuatro años.

Si el perjuicio ocasionado al Estado es mayor a veinte salarios básicos unificados, la pena será de cinco a siete años.

2. En el peculado impropio, se necesita establecer la debida proporcionalidad entre el daño cometido a la sociedad y la pena que merece el sujeto activo del delito. La solución se establece de la siguiente manera:

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados

con pena privativa de libertad de seis meses a un año si el perjuicio ocasionado corresponde a diez salarios básicos unificados o menos.

Si el perjuicio ocasionado es mayor a diez salarios básicos unificados e igual o menor a treinta salarios básicos unificados, la pena será de dos a seis años.

Si el perjuicio ocasionado es mayor a treinta salarios básicos unificados e igual o menor a cien salarios básicos unificados, la pena será de siete a doce años.

Si el perjuicio ocasionado es mayor a cien salarios básicos unificados, la pena será de trece a veinte años.

### **Ventajas de la propuesta realizada**

Las soluciones aportadas en el presente trabajo, tienen varias ventajas que se puntualizan a continuación:

- Se cumple con el objetivo principal del trabajo, que es la incorporación del principio de proporcionalidad en las penas que tipifican al delito de peculado en la legislación ecuatoriana.
- Se establece las penas de acuerdo a la gravedad de la infracción, lo cual permite sancionar de una manera justa a los sujetos activos del delito. Con esto las personas que perjudican al Estado en una cantidad mayor, tendrán una pena mayor que aquellas que lo hacen en cantidades inferiores.
- Se respeta los derechos fundamentales de los seres humanos, al no tener penas inhumanas y degradantes en la legislación ecuatoriana.
- Las leyes modernas, permiten que exista desarrollo en la sociedad en todos los aspectos. El principio de proporcionalidad, permite ese desarrollo en el Derecho ecuatoriano.
- La aplicación del principio de proporcionalidad, beneficia en el aspecto académico. Debido, a que se puede estudiar los beneficios de la aplicación de los diversos principios del Derecho en los diferentes casos judiciales que se presenten en los juzgados del país. Así también, el estudio de la evolución del Derecho, siendo el principio de proporcionalidad un gran paso, para tener leyes justas.

## REFERENCIAS

- ALBRECHT, P (2012). COORDENADAS DE UNA LEGALIDAD PENAL EN EL ESTADO DE DERECHO: PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD, PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD, PRINCIPIO DE LA OFICIALIDAD. *Revista de Derecho Procesal Penal*, 02, 11-28.
- Arroyo, L. (2004). *DELITOS Y PENAS EN EL QUIJOTE*. Castilla - La Mancha, España: Instituto De Derecho Penal Europeo E Internacional.
- Bacigalupo, E (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Baigun, D (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Baumann, J (1973). *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Beccaria, C. (1993). *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2014). Código Orgánico Integral Penal, Legislación Conexa. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2014). Constitución de la República del Ecuador, Comentarios y Legislación Conexa, Concordancias. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Creus, C (1998). *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Depalma.
- Cueva, L (2006). *Peculado*. Quito, Ecuador: EDICIONES CUEVA CARRION.
- De Jesús, E (2005). *Delitos Contra La Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- DONNA, E (2000). *Derecho Penal Especial*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores
- DONNA, E. (2008). *Derecho Penal Parte Especial*. Santa fe, Argentina: Rubinzal- Culzoni Editores
- DONNA, E (1996). *Teoría del Delito y de la Pena*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Ferrajoli, L (1995). *Derecho y razón*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A
- Lopera, G (2010). *Constitución y Principios del Derecho Penal*. Valencia, España: TIRANT LO BLANCH.
- Maurach, R (1962). *Tratado De Derecho Penal*. Barcelona, España: Ediciones Ariel.
- Mezger, E (1958). *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Montealegre, E (2003). *El funcionalismo en Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Panamericana Formas e Impresos S.A.
- Muñoz, F (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F.
- Nino, C (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Pérez, L (1962). *Manual De Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS BOGORA D.E.
- Quisbert, E (2008). *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*. La Paz, Bolivia: ApoyoGrafico.
- Ramírez, F (1991). *Los Delitos Económicos en los Negocios*. Managua, Nicaragua: Editorial El amanecer S.A.

Righi, E (2003). *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires, Argentina: AD.HOC S.R.L.

Yenissey, I. (2014). La proporcionalidad en las penas. Recuperado el 11 de noviembre de 2014 de [http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero\\_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf](http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/Iter%20Criminis%20Documentos/Iter%20Criminis%20Numero_3/la%20proporcionalidad%20en%20las%20penas.pdf)

Zaffaroni, E. (1997). *Manual De Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora.