



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“PROPUESTA DE LA REFORMA PARA EVITAR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS MODIFICATORIOS
DE LA PENA EN EL COIP”

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

Profesor Guía

Dr. Luis Andrés Crespo Berti

Autora

Nadya Mercedes García Yépez

Año

2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la 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.”

Luis Andrés Crespo Berti
Doctor en Jurisprudencia
C.C.175570796-3

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Nadya Mercedes García Yépez

C.C.060312476-9

AGRADECIMIENTO

A Dios y a María Auxiliadora, que con sus bendiciones guiaron cada uno de mis pasos.

A mi familia, por ser el pilar fundamental en mi vida. A mis padres, Nora y Rodrigo, y a mi hermana Fernanda, por su amor, su paciencia y su apoyo incondicional, por acompañarme en este largo recorrido, sin ustedes esto no sería posible.

A mis entrañables amigas Vale, Kachi, Ani, Anahí, Sofi y a Diego, por su amistad incondicional durante estos años.

DEDICATORIA

En memoria de Mercedes Barba
Moncayo y César Yépez
Guevara.

RESUMEN

El Estado ecuatoriano en el año 2008, puso en vigencia una nueva Constitución, que lleva intrínseca la aplicación de un sistema garantista de derechos, dentro de los principios que la actual Constitución (2008) protege se encuentra el principio de legalidad, este principio nace como respuesta limitadora al excesivo arbitrio que tenían los jueces en épocas anteriores y en correspondencia con la utilización del derecho positivo.

La Constitución (2008), es la Ley fundamental que rige al ordenamiento jurídico ecuatoriano, y en sus artículos 424 y 425 establece el orden jerárquico de la aplicación de las normas y la exigencia de que toda ley y acto del poder público estén conforme a las disposiciones constitucionales.

En tal virtud, es imperante amparar el efectivo cumplimiento de todos los principios constitucionales frente a una vulneración establecida en cualquier artículo contenido en una ley orgánica o cualquier otro tipo de normativa.

El Código Orgánico Integral Penal, entró en vigencia en el año 2014, es precisamente en este cuerpo normativo donde se evidencia de forma tácita, en su artículo 44, el establecimiento de penas indeterminadas, que evidentemente no está conforme con el principio de legalidad y con el sistema garantista.

El fin de esta investigación en primer lugar es exponer y desarrollar de forma clara y precisa conceptos como el principio de legalidad, la pena, la determinación de la pena y las circunstancias modificativas de la pena y posteriormente con todos estos conceptos claros poder brindar una solución a esta incompatibilidad que se evidencia entre el principio de legalidad y el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014).

Para poder alcanzar el correcto desarrollo del fin en este trabajo de investigación se utilizó el método científico dialéctico, análisis inductivos y

deductivos apoyados bibliográficamente en autores destacados y reconocidos para el tratamiento de artículos, doctrinas y teorías del derecho.

ABSTRACT

In 2008 Ecuador got into effect a new constitution which has intrinsic implementing a system of guarantees of rights, within the principles that the actual constitution (2008) protects we have the principle of legality, this principle is born as an limiting answer to the excessive discretion that the judges use to have in the past and in correspondence with the use of the positive law.

The constitution (2008) is the most important law governing the Ecuadorian legal system, Art. 424 and 425 established the hierarchy of the application of the standard and the requirement that all the laws and all of the acts of the public power are under the constitutional provisions.

In such virtue, it is imperative to protect the effective fulfillment of all the constitutional principles against an established infringement in any article contained in an organic law or any other kind of law.

The COIP (Organic Integral Criminal Code), is a fairly new legal system, since it came in validity in the 2014, is in this legal system where tacitly evidence in its article 44 the establishment of indeterminate sentences, which obviously is nonconforming with the principle of legality and with the guarantor system.

The first purpose of this research is to expose and develop in a clear and precise the concept of the principle of legality, the penalty, the determination of penalty and the modifying circumstances of the penalty and then with all these clear concepts provide a solution to this incompatibility which is evident between the principle of legality and the article of the COIP (Organic Integral Criminal Code), (2014).

To achieve the correct development of this research, it was necessary to use the dialectic scientific method, inductive and deductive analysis supported by

bibliography of prominent and renowned authors for the treating articles, doctrines and theories of law were also used.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	3
1.1 Antecedentes Históricos	3
1.2 Contenido del Principio de Legalidad	11
1.3 Principios Derivados del Principio de Legalidad	17
1.3.1 Exigencia de Ley Previa y/o Irretroactividad de las Leyes Penales ..	19
1.3.2 Lex Certa -Ley Cierta- y/o Principio de Taxatividad	21
1.3.3 Prohibición de Analogía y/o Lex Stricta	22
1.3.4 Reserva de Ley y/o Lex Scripta	26
1.3.5 Ne bis in Idem (No dos veces en el mismo).....	27
1.4 El Principio de Legalidad en la Legislación Ecuatoriana.....	28
1.4.1 Marco Constitucional (2008)	33
1.4.2 Bloque de Constitucionalidad	35
2. LA PENA.....	45
2.1 Antecedentes Históricos y Definición	45
2.2 Finalidad, Legitimación y Justificación de la Pena	53
2.2.1 Finalidad y Legitimación de la Pena	53
2.2.1.1 Teorías Absolutas.....	57
2.2.1.2 Teorías Relativas o Preventivas	60
2.2.1.2.1 Teoría Preventiva General	62
2.2.1.2.2 Teoría Preventiva Especial.....	65
2.2.1.3 Teorías Mixtas o Unitarias	68
2.2.2 Justificación de la Pena	70
2.3. Clasificación de las Penas	72
2.4. Determinación o Individualización de la Pena.....	74
2.4.1 Graduación de la Pena	80
2.4.2 Extinción de la Pena	82
2.5 Proporcionalidad de la Pena.....	83

3. MECANISMOS DE MODIFICACIÓN DE LA PENA.....	87
3.1 Circunstancias de la Infracción	87
3.1.1 Agravantes.....	89
3.1.2 Atenuantes.....	91
3.2 Marco Jurídico Ecuatoriano	93
4. PROPUESTA.....	98
4.1 Planteamiento Del Problema.....	98
4.1.1 Nudo Crítico Principio de Legalidad	98
4.1.2 Nudo Crítico Principio de Proporcionalidad	101
4.2 Propuesta del Trabajo de Titulación	108
4.3 Ventajas.....	113
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	116
REFERENCIAS	120
ANEXOS	124

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación nació a inicios del presente año, cuando el poder legislativo debatía el proyecto que provino del ejecutivo para la creación y aprobación de una nueva normativa penal, esta propuesta fue motivo de grandes discusiones en la Asamblea Nacional entre los partidarios del gobierno y por otro lado la oposición, al ser el derecho penal uno de los más especiales en su tratamiento, ya que este lleva inmerso la posibilidad de limitar el derecho a la libertad de las personas que son procesadas, su elaboración y debate generó aún más disputas dentro de la sociedad civil, estas discusiones giraron en torno al poco análisis que se le había dado a este proyecto de ley, sobre los más de 20 nuevos tipos penales que este incorporaba y a la forma de aplicación de las penas.

Una vez aprobado el Código Orgánico Integral Penal en febrero de 2014, por la Asamblea Nacional y por el presidente de la República, se dispuso que este entre en vigencia; al ser los estudiantes de derecho y los abogados quienes están estrechamente vinculados con la aplicación de las leyes, se abrieron varios espacios de discusión dentro de las aulas de estudio y de las universidades que dieron la oportunidad de analizar de forma minuciosa este nuevo cuerpo normativo, gracias a estos espacios de análisis que la academia dio paso, se pudo evidenciar que este código trae inmerso en de sus artículos algunas contradicciones dentro del propio código y los principios que este protege, principios que son universales en el derecho penal, también son contrarios al sistema penal moderno y a la esencia garantista de la actual Constitución (2008).

Es tarea de todas y todos ser críticos a un código penal que es de esencia punitiva-represiva, que propugna el endurecimiento y la acumulación de las penas y que no responde a las necesidad ni a la actual realidad, pero no es suficiente sólo criticar este nuevo código que entró en vigencia en agosto de 2014, para mejorar esta situación, es imprescindible proponer soluciones,

trabajar en propuesta de reformas a la ley que ayuden a que el Código Orgánico Integral Penal (2014), sea pulido y se convierta en un cuerpo normativo moderno, que concuerde con el sistema de mínima intervención que tiene la Constitución del Ecuador (2008), pero sobre todo que responda a la finalidad del derecho penal, es decir, que brinde seguridad jurídica a las y los ciudadanos del Ecuador, que ayude a vivir en sociedad, que determine que la limitación de derechos no sea arbitraria, que permita la reinserción a la sociedad de quien causó un daño o pretendió causarlo.

La presente tesis está formada por cuatro capítulos, en los cuales se hizo una exhaustiva investigación para determinar si existe o no violación al principio de legalidad por la aplicación de los mecanismos de modificación de la pena. En el primer capítulo se desarrolló el principio de legalidad, se hizo referencia a sus antecedentes históricos, se definió a este principio, se hizo una breve reseña de los principios que se derivan del principio de legalidad para terminar con una revisión de lo que ha sido la inclusión y la aplicación del principio de legalidad en el Ecuador.

En lo referente al capítulo dos se desarrolló la pena, se hizo un análisis de temas que han sido estudiados a lo largo de muchos años como son la finalidad de la pena, para lo que fue necesario hacer un recorrido breve por sus antecedentes, en este capítulo se tratará sobre la graduación y regulación de la pena, sin dejar de lado la proporcionalidad de la misma. En el tercer capítulo se dejó el tratamiento de las circunstancias agravantes y atenuantes de la infracción, finalizando este capítulo con el análisis de los mecanismos de modificación de la pena en la legislación Ecuatoriana y en el último capítulo se concluyó con una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal (2014).

CAPÍTULO I

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1.1 Antecedentes Históricos

No se tiene una certeza sobre el origen del principio de legalidad, puesto que, los autores no se ponen de acuerdo sobre el mismo, por un lado se indica que estuvo presente desde la antigüedad y por otro que es fruto de la modernidad.

Este trabajo de investigación se inicia con una reseña sobre la aparición del principio de legalidad, en el derecho romano tiene su origen junto al principio de irretroactividad, en el que ya se consideraba el IUS (sentido objetivo) como un conjunto de normas escritas en las que se incluía formas de punición; en esta época Ulpiano ya establece *“Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est”* (la cursiva es del autor), -una pena es impuesta sólo si ha sido asignada a una ofensa en particular por una ley o cualquier otro estatuto-, de este texto, se deduce que el principio de legalidad no estaba de forma estrictamente determinado, por lo que se daba paso a la analogía, en virtud de lo antes expuesto se puede concluir que en el derecho romano nace la mera legalidad.

A diferencia del derecho romano, el derecho griego era consuetudinario, la costumbre era la que marcaba las conductas de las personas y la ley escrita solo se utilizaba para dar valor al argumento probatorio y para predeterminar el objeto de la acusación, evidenciándose que en el derecho griego el principio de legalidad era casi nulo. (Ferrajoli, 1995, pp. 382-383).

En la edad media se sigue manteniendo el principio de legalidad, pero no va más allá de la ley positiva, es decir de la mera legalidad, en la alta edad media al igual que el derecho germánico el principio de legalidad pasa inadvertido, esto como consecuencia de la utilización de la costumbre como fuente principal

del derecho (Ferrajoli, 1995, p. 383). Si bien en la edad media el principio de legalidad no tuvo mayor transcendencia, se puede encontrar como parte de la Carta Magna dictada por el rey Juan Sin Tierra de Inglaterra en el año 1215, cuya clausula 39 prescribía:

“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino.”

Cuando se menciona a la escuela clásica Machicado (2009, p.47), comenta que se propugnaba el respeto al principio de legalidad, se afirmaba que no se puede considerar un hecho humano como delito si el órgano encargado - legislativo- de establecerlo como tal no lo ha hecho; también ya se habla de un tercero que sea el encargado de juzgar si existe o no vulneración a la leyes impuestas por el Rey.

Tomas Moro fue uno de los mayores representantes de la escuela clásica (siglo XVI):

“Moro dice que el estado debe prevenir el delito. Debe dictar leyes que prevenga el delito, además propugna para que las leyes sean claras. En la sociedad que él anhela, las leyes son pocas y claras. No llevan a la confusión e interpretación, como sucede en los tiempos actuales.” Jiménez de Asúa en Machicado (2009, p. 25).

En la pre-ilustración entre el siglo XV y XVII, se mantiene el uso de la costumbre como fuente principal, se permite el arbitrio en contra de la ley y también las analogías, en ésta época el principio de legalidad es casi nulo, y pese a la existencia de muchos jurisconsultos que se oponían al sistema, también habían aquellos doctrinarios que defendían el sistema y defendían la libertad del juez para imponer los tipos penales y las penas. Ferrajoli (1995, p. 383).

Para Ferrajoli (1995, p.383), el principio de legalidad -mera legalidad y estricta legalidad- llega a su cúspide con el modelo penal garantista o sistema penal garantista, que se opone completamente al modelo autoritario.

En el modelo autoritario, inquisitivo o antigarantista, no se puede hablar de la prevalencia del principio de legalidad, ya que bajo este modelo se imponían castigos, no como consecuencia de una acción -u omisión- previamente establecida por la ley, sino fundamentados en criterios mucho más subjetivos como son conductas inmorales o antisociales, incluso la misma concepción del delito como pecado, que confunde derecho y moral, pero existían criterios mucho más infaustos, los que se referían al delincuente natural, al enemigo del pueblo, criterios contenidos en la teoría penal de autor, la cual hace muchos años fue desvalorizada. Este modelo es tan tirano que no era necesario que la persona cometa un delito -o una conducta inmoral- para ser castigada, ya que bajo este sistema la mera sospecha o las presunciones eran suficientes para imponer un castigo, y generalmente estaban basadas en características o condiciones personales. (Ferrajoli, 1995, pp. 40-44).

La doctrina sustancialista desemboca en modelos de legalidad atenuada que en sus maneras más humanas no determinaban las figuras delictivas, se permitía juicios sobre la "peligrosidad" del acusado y se daba paso a analogías, pero en su forma más fatídica desencadenaron sistemas penales totalitarios, completamente antiformalistas, de las que se puede traer a relucir la doctrina penal nazi (tipo de autor) y las doctrinas soviético-estalinistas -enemigo del pueblo y la que hace referencia al delito como manifestación patológica- y por último se hallan las doctrinas antropológicas basadas en la "peligrosidad social" -antisociales- que no se debe castigar sino curar. No se puede dejar de recalcar la confusión que tenían estas doctrinas entre delito y pecado, es claro que estas doctrinas eran antigarantistas, aplicaban el derecho penal máximo y dejaban muy abiertos los tipos penales para la valoración del juez. (Ferrajoli, 1995, pp. 384-385).

Quisbert (2008, p.32), señala que el sistema penal garantista fue trazado por la filosofía jurídica ilustrada y el utilitarismo. La ilustración nace del pensamiento penal europeo en los años (1688-1830), busca limitar al poder absolutista y arbitrario de los jueces y su principal base es la igualdad de las personas, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de las leyes claras, representa el momento cúlpe en la historia del derecho penal.

“Uno de los pilares de la doctrina jurídica de la Ilustración fue la denominada “primicia de la legislación”, que se tradujo en amplio movimiento que pugnaba por la sustitución de las fuentes consuetudinarias, doctrinarias y judiciales del derecho por la ley.” (Inzunza, 2009, p. 11).

Machicado (2009, pp. 26-30), dentro de los representantes de la ilustración encontramos a Thomasius quién separa pecado de delito -moral y derecho-; y Beccaria quien critica la aplicación del derecho penal de esa época, ya que se permitía la tortura, existía extrema crueldad, arbitrariedad judicial, desigualdad ante la ley y no tenían una debida defensa en el juicio. Por estas razones cuando Beccaria se refiere a la ley penal, determina al poder legislativo como el único competente para expedir leyes y definir en ellas delitos y penas, pero estas deben estar expresadas de forma clara y sencilla, “(...) solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social.” (Beccaria, 2006, p. 12), con esto procuraba eliminar el arbitrio judicial. Beccaria es uno de los mayores precursores y marca un punto de partida de lo que actualmente entendemos como principio de legalidad, con el afirma que no se puede sancionar si la pena no ha sido establecida previamente por una ley escrita y cierta.

Beccaria con su obra “De los Delitos y de las Penas” sentó un precedente en la historia del derecho, formuló presupuestos sobre la teoría jurídica del delito, pena y proceso fundamentado en la teoría liberal y de la felicidad para el mayor

número de personas, incorporó las primeras ideas del contrato social y de la división de poderes. (Baratta, 2004, p. 25).

Al ser el contrato social tomado como un punto de partida del principio de legalidad se ha visto la necesidad de desarrollarlo, el contrato social que surge como respuesta a la problemática que se dio con el iusnaturalismo, cuando el legislador dejó de ser el intérprete de las leyes y paso a ser quien las crea, a partir de ese momento surge la necesidad de crear leyes justas, no basados en sus creencias o sus moralismos, es en este punto donde nace la teoría del contrato social por el cual el ciudadano le cede al Estado una parte de sus derechos -libertades- y a cambio el Estado garantiza la convivencia en sociedad, junto a los demás ciudadanos, para que el contrato social sea aplicado, el ciudadano no puede excederse en el uso de su libertad, es decir, que su libertad no afecte a la de los demás, y el Estado debe evitar todo tipo de arbitrariedad en el momento de restringir estas libertades. (Hassemer, pp. 4-5).

“El Contrato social está en la base de la autoridad del Estado y de las leyes; su función, que se deriva de la necesidad de defender la coexistencia de los intereses individualizados en el Estado civil, constituye también el límite lógico de todo legítimo sacrificio de la libertad individual mediante la acción del Estado, y en particular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado mismo.” (Baratta, 2004, p. 26).

El contrato social es un convenio tácito que nace entre el ciudadano y el Estado, cuyo fin es la convivencia armónica entre ciudadano-ciudadano y ciudadano-Estado, para poder lograr este objetivo el ciudadano se debe comprometer a hacer o dejar de hacer determinadas actividades que lesionan o limitan el derecho de los demás ciudadanos, y a la vez el Estado se obliga a brindar seguridad y el ejercicio pleno de sus demás derechos, el contrato social al igual que el principio de legalidad busca determinar el actuar de las personas para que se garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales, pero siempre cuidando de no caer en la arbitrariedad y que de esta manera en vez de proteger los derechos de las personas, lo terminen lesionando.

Como Beccaria y Thomasius existieron muchos más autores en la Ilustración todos encaminados a la protección de los derechos humanos de los reos y los procesados, promovieron un derecho penal y procesal más justo, con procedimientos garantizados y penas proporcionales, oponiéndose totalmente a la pena como venganza. Es en la época de la ilustración donde el principio de legalidad empieza a ser incorporado a varios ordenamientos jurídicos, básicamente a las constituciones. Según Inzunza (2009, p. 10), los juristas de la ilustración “(...) compartían una misma racionalidad de control que se trasluce en la idea de la existencia de límites (...)”

Aunque por muy pocos autores es mencionado, pero es de gran importancia, Hobbes también marca un punto de partida, pues, él ya incorpora a los delitos y a las penas el principio de legalidad, quien lo manifestó de la siguiente manera: “En los casos en los que el soberano no ha prescrito una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir, de acuerdo a su propia discreción” Hobbes en Inzunza (2009, p.17).

Los enciclopedistas aparecen en el siglo XVIII y recogen los pensamientos liberales y de la ilustración, se desarrolla entre Montesquieu quien en su obra: “El Espíritu de las leyes” manifiesta que hay que prevenir y no castigar, rechaza los castigos crueles, Rousseau y el contrato social y Voltaire que ataca el excesivo arbitrio judicial, la proporcionalidad de la pena y al proceso penal, exige que la sentencia sea motivada, los enciclopedistas determinan la supremacía de la ley, dejando de lado el arbitrio judicial, a través de ella se regulaba las libertades de las personas. Machicado, (2009, pp. 37-40).

En este mismo siglo -XVIII- aparece para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, la división de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, que también es considerado como un punto de referencia en la existencia del principio de legalidad, ya que pretende que el Estado quede estrictamente sometido a la ley, esta división de poderes atribuye únicamente al poder legislativo la delimitación de las funciones y competencias de cada uno

de los poderes mediante la creación y promulgación de leyes. (Hassemer, 2003, p.16).

“(…) Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el Monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.” Montesquieu en Inzuza (2009, p. 20).

El objetivo de la división de poderes es que cada poder cumpla su función sin intervenir, meterse o estorbar en la de los demás, las tres funciones deben trabajar juntas, ir de la mano pero no cruzarse entre sí. Sin la creación de leyes por parte del legislativo, no tendrá el juez -poder judicial- conductas que juzgar y por ende no será necesario la aplicación de derecho, sin una correcta determinación de las leyes, la facultad interpretativa del juez puede ser mal usada, provocando arbitrariedad.

Es la revolución Francesa la que con mayor claridad establece el principio de legalidad a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1789), en los artículos: 4, 5, 6, 7 y 8, “Artículo 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”, es mediante esta declaración, que en el derecho se marca el inicio de una nueva era y le otorga universalidad al principio de legalidad.

Después de la segunda guerra mundial (1939-1945), es reafirmado el principio de estricta legalidad.

En la segunda mitad del siglo XIX el sistema garantista fue descalificado, puesto que tanto en el plano teórico como en el institucional, aparecieron

nuevos modelos autoritarios de derecho penal, estos modelos replanteaban esquemas penales arcaicos e inquisitivos, este sistema garantista terminó siendo un modelo puramente ideológico, ya que se encontraba alejado de la práctica penal y procesal. (Ferrajoli, 1995, p. 385).

Como se puede evidenciar, el principio de legalidad sufre modificaciones que van de la mano con la evolución del derecho, sobre todo con las tendencias y la aplicación del iusnaturalismo y el iuspositivismo en la regulación de las conductas de las personas, con la unificación o separación entre el derecho y la moral.

Es por esto que, cuando Ferrajoli (1995), se refiere a la separación entre la mera legalidad y la estricta legalidad, se la debe entender como parte de la evolución que ha sufrido el principio de legalidad para irse adaptando al sistema que rige o que se va a aplicar en ese momento determinado. Como se ha demostrado a lo largo de este punto, el principio de legalidad ha estado presente desde la antigüedad, si bien ha tenido poca aparición o le han dado poca importancia en determinadas épocas, nunca ha dejado de estar presente en el derecho penal y las veces que ha sido rezagado se ha visto la oposición y la exigencia para que se garantice sus derechos mediante la inclusión del principio de legalidad al ordenamiento jurídico que lo ha dejado de lado.

En la actualidad este principio ya está consagrado en la mayoría de las constituciones, y es determinante para una correcta aplicación del derecho sobre todo cuando se refiere al derecho penal.

En reseña a la sentencia constitucional 0034/2006 que cita la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Bolivia (SC 101/2004, 14 de septiembre), que señala el principio de legalidad:

“se constituye en el pilar básico del Estado de Derecho y soporte del principio de seguridad jurídica. Viene a sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de la ley. Es por lo tanto un principio informador de todo el ordenamiento jurídico.”

Se termina con esta sentencia porque resume de manera clara lo que busca el principio de legalidad, que es la eliminación de la arbitrariedad y la limitación de los poderes a través de leyes bien determinadas. Como se puede comprobar el principio de legalidad tuvo su punto más álgido con la ilustración en el siglo XVIII, es en esta época donde adquiere el punto más importante, su más significativo desarrollo, su aceptación universal, y donde se hallan a sus mejores representantes.

1.2 Contenido del Principio de Legalidad

Antes de definir al principio de legalidad es necesario hacer aclaraciones entre términos que a menudo son confundidos, pero que es necesario para el estudio de este capítulo que precisemos sus diferencias.

Legalidad y Legitimidad, remitiéndose a Cabanellas (2006, pp. 220), legalidad es aquello que proviene de la ley, licitud; y legitimidad es la exigencia que acompaña a una norma jurídica reconocida por la ley debe ser correcto y justo.

“La legitimidad implica por una parte, la básica coincidencia entre ley y los valores predominantes, admitidos por la sociedad, y no de propiedad de un grupo político. Se dice que se ajusta a la ley que traduce apropiadamente, convirtiéndose en normas exigibles, aquellos conceptos culturales y éticos que comparte la gente y que constituye la infraestructura de las creencias sobre los que la comunidad se asienta.

Legitimidad es por otra parte, autoridad moral para mandar y obtener obediencia no sólo por el temor sino por la convicción. Pero la legitimidad debe estar comprendida en normas jurídicas que se racionalicen, bajo la idea de justicia los valores sociales. El argumento de la legitimidad fuera de la Ley es anarquía y abuso.” (Corral, 2008, p.4 cuaderno 1).

Es decir, en la legalidad se halla inmersa la subjetividad entendida como parte de la moral, ha esta se la denomina legitimidad, pero jurídicamente la legitimidad no puede existir sin límites.

Legalidad y Equidad, la legalidad es el carácter universal de la ley, en cambio la equidad en lo concreto de cada caso, la equidad pretende corregir los descuidos que pueda llegar a tener una ley a través de la interpretación del juez. Es evidente que no se puede oponer legalidad y equidad puesto que ambas se complementan, y no es posible la una sin la otra.

“El principio de legalidad es una condición básica del Estado de derecho. Es una exigencia de seguridad jurídica, y una garantía individual:

Seguridad Jurídica: el ciudadano debe poder conocer qué no puede hacer (o qué debe hacer) y la pena que sufrirá si lo hace (o deja de hacerlo).

Garantía individual: el ciudadano no puede verse sometido a un castigo si no está previsto en una ley aprobada, por el órgano competente del Estado.” Así lo expresaron De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 59).

Es necesario para el correcto entendimiento de este capítulo ampliar la definición de seguridad jurídica, este término tan utilizado por los juristas cuando se refieren a las raíces del principio de legalidad, pero, ¿Para qué sirve la seguridad jurídica?, pues bien, su función es asegurar y dar protección a los bienes jurídicos, se encarga de que se pueda disponer efectivamente de los mismos.

Zaffaroni (1998, pp. 25-26), hace una distinción entre el principio de legalidad penal, que es el que determina los límites de la punibilidad y el principio de legalidad procesal, que exige que se criminalice acorde a ciertas pautas a todos los autores de hechos punibles que cumplan con los requisitos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Para efecto de esta investigación en este capítulo se va a desarrollar el principio de legalidad penal.

Una vez realizadas estas aclaraciones, se define al principio de legalidad, a inicios del siglo XIX, el jurista alemán Anselm Von Fouerbach determina al principio de legalidad con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* -no hay delito, ni hay penas sin ley previa-. El principio de legalidad es enunciado para que se cumpla en una triple dimensión: No hay

sanción sin ley anterior que la establezca, la conducta debe estar determinada y la sanción debe estar señalada en la ley para esa conducta establecida. Machicado (2009, p.41).

El principio de legalidad nace como respuesta limitadora y garantizadora, entre la lucha del poder de los jueces y/o administradores de justicia y la certeza jurídica, para garantizar la certeza jurídica solo la ley escrita puede crear delitos y penas, debe tener validez temporal (*lex praevia*), no se debe permitir la analogía (*lex stricta*), no da paso a la costumbre (*lex scripta*), la ley debe limitar la pena de manera clara, completa y precisa (principio de taxatividad o *lex certa*). Guzmán (1996, pp. 173-174).

Bacigalupo (1999, pp. 45-46), establece que el principio de legalidad es un bien necesario, pues, intenta proteger al individuo que quebranta el ordenamiento jurídico de la sociedad en la que vive, garantizando que se lo sancione dentro de los límites de la ley.

El principio de legalidad en sus inicios estuvo vinculado a las teorías de la pena, por ejemplo, cuando se buscaba leyes que antecedan a la acción delictiva podemos encontrar que está ligada a la teoría de la prevención, se pretendía que el derecho vaya un paso adelante del delincuente, pero lamentable el derecho penal, específicamente los delitos son hechos que se van creando y desarrollando conforme a la evolución de la sociedad, por esta razón resulta difícil que el derecho vaya delante de las conductas punibles, pero a medida que se lo ha ido desarrollando se lo ha separado y se le ha dado su individualidad ya que la legalidad ha sido constituida como un principio constitucional que nace en los Estados de Derecho.

Al inicio de este capítulo se mencionó que el principio de legalidad es un modelo regulativo y se lo considera de dos maneras, de mera legalidad y de estricta legalidad, esta visión la da Ferrajoli (1995, pp. 34-35 y 378-380), en su obra titulada "Derecho y Razón", es necesario, para un mejor

entendimiento, que se conozca de forma clara en que consiste cada una de ellas, exponer sus particularidades, y como se concibe su aplicación dentro de un Estado de Derecho.

La mera legalidad es de naturaleza empírico-formalista, de carácter legal, es decir determina las condiciones de existencia o vigencia de una norma jurídica, es imprescindible que esté previamente establecida en la ley para que pueda aplicarse una pena, el autor la equipara al principio de reserva de ley (sometimiento del juez a la ley vigente), está dirigida a los jueces y es un principio que se aplica en el derecho público. *Nullum poena et nullum crimen sine lege*.

La estricta legalidad o taxatividad de naturaleza valorativo-sustancialista, es de carácter fáctico, entiéndase que condiciona la validez de una ley vigente al contenido de su taxatividad y a la verdad jurídica, se refiere a los comportamientos empíricos y objetivos, aquí también el autor la asemeja con un principio, el principio de reserva absoluta a la ley, es decir la norma esté dotada de supuestos típicos unívocos y precisos (el sometimiento del juez lo es sólo a la ley), a diferencia de la mera legalidad, esta se dirige al legislador y con este principio se limita al derecho penal, está encaminada a regular las normas de comportamientos estableciendo prohibiciones, busca establecer de manera tan clara y precisa los delitos y su castigo para que el juez no tenga que aplicar juicios de valor. La estricta legalidad implica también las demás garantías y otras condiciones.

“Nullum poena sine crimine et sine culpa”

“Nulla lex poenalis sine damno, sine actione..., sine defensione”

“Como consecuencia del principio de legalidad, en Derecho Penal rige el principio de reserva absoluta de ley. La materia penal está reservada exclusivamente a la ley, lo que excluye que mediante la costumbre o los principios generales puedan establecerse delitos o penas.” (De la Cuesta y Blanco, s.f., p13).

Baratta (2004, p.306), trata al principio de legalidad y al de reserva de ley como uno mismo:

“El principio de reserva de ley impone limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*. Esto excluye, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea el legislativo.”

De estos conceptos antes mencionados ya se puede rescatar un primer elemento necesario para la existencia del principio de legalidad en el sistema penal que nace en los Estados de Derecho que pretender limitar su actuar, se hace referencia al poder legislativo, que es el único competente y facultado para expedir las leyes.

Para que el principio de legalidad sea aplicado, no es suficiente que los delitos estén previstos en la ley, sino que también es necesario que sean hechos taxativamente señalados que se pueda verificar o negar su existencia, es decir, deben coexistir tanto la mera legalidad como la estricta legalidad. (*nulla poena, nullum crimen sine lege válida*).

Cuando se hace referencia al fundamento del principio de legalidad se establece 5 puntos relevantes recogidos por Bacigalupo (1999, pp.46-48), de varios teóricos, el primero de refiere del principio de legalidad como consecuencia del principio de culpabilidad, en un primer momento se atribuía al conocimiento de la norma como elemento necesario para la culpabilidad, esta tesis ya ha sido rechazada porque se ha demostrado que en el principio de culpabilidad no es indispensable que se conozca o no la determinación de las consecuencias jurídicas de manera previa, como segundo fundamento se halla que el principio de legalidad tiene sus raíces en la división de poderes, basado en que solo el poder legislativo es el competente para expedir leyes, en tercer lugar se encuentra que el fundamento del principio de legalidad es la protección de la confianza -determinación de las consecuencias jurídicas conforme a la ley- se ha dejado por fuera la prohibición de irretroactividad de la ley, por lo que este punto no ha tenido mayor transcendencia, como cuarto punto se encuentra una teoría más moderna, esta refiere sobre garantizar la objetividad, es decir que el hecho punible y la determinación de la pena sean establecidos

previamente. El quinto fundamento tiene dos puntos de vista, el principio de legalidad en sentido constitucional, buscar legitimar la intervención de los derechos de las y los ciudadanos, y desde el sentido jurídico-penal para imponer una pena debe existir el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible. De esta manera con los cinco elementos que se han explicado queda determinado el fundamento del principio de legalidad, que debe ser escrito, debe exigir la prohibición de analogía y la prohibición de irretroactividad de la ley, debe existir el cumplimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de las consecuencias que estos generen, y por último recordar que sólo el poder legislativo es el llamado a establecer las leyes.

Para Cuesta y Blanco (s.f., p.8), el fin del principio de legalidad es garantizar la seguridad jurídica en toda intervención penal, es decir, que los ciudadanos conozcan que hechos (acciones u omisiones) tienen como consecuencia una sanción penal determinada con anterioridad, no asumir responsabilidades de terceros, de esta manera se asegura una convivencia armónica, ordenada del ciudadano dentro de la sociedad. Estos autores en su libro afirman que: “El principio de legalidad conlleva en Derecho Penal la reserva absoluta de la ley penal en cuanto a la creación y definición de los delitos y al establecimientos de las penas”.

“El juez debe actuar sólo en el ámbito de los hechos establecidos legalmente y sus decisiones han de estar fundadas con relación a los elementos que surgen de los tipos penales y no en juicios valorativos propios” (Calderón, s.f., p.59).

Si el objetivo del principio de legalidad es garantizar la seguridad jurídica es imprescindible que no existan términos vagos o indeterminables en la ley, el legislador debe redactar la norma de forma clara, debe sacar a relucir la intención que la ley tiene, fijar de manera precisa y si es posible de forma taxativa los elementos constitutivos del delito, y determinar exactamente la pena que le será impuesta por haber cometido un delito, se debe evitar sobre

manera términos valorativos, puesto que estos términos tienden a lesionar el principio constitucional de legalidad.

El principio de legalidad asume a la ley como única fuente del derecho penal, sin embargo, ¿Qué pasa con las otras fuentes del derecho? A la costumbre se la deja de lado por ser contraria a la prohibición de analogía y por ende al principio de legalidad, en cuanto a los principios generales del derechos, son considerados y se pueden aplicar en la valoración e interpretación pero no están considerados como fuente de aplicación inmediata y directa, por otro lado los tratados internacionales, siempre y cuando se trate de documentos ratificados por el país, se permite la aplicación en delitos que afecten los derechos humanos, al igual que los principios generales no configuran fuente directa y en los demás delitos no sule a la ley sustantiva, por último en cuanto a la jurisprudencia tampoco es considerada fuente directa, pero se reconoce su utilidad en la interpretación de casos concretos. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 61-62).

1.3 Principios Derivados del Principio de Legalidad

Machicado (2009, pp. 17, 18 y 46), hace distinción entre el principio constitucional de legalidad del delito *Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege* -ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal- y el principio de legalidad penal, *Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege*, pero en ambos se encuentran elementos similares, que los distintos autores han tomado como principios que se derivan del de legalidad y que ayudan a que el derecho penal sea eficaz, por eso se debe garantizar el cumplimiento del principio de legalidad y que este vaya de la mano con los otros principios, de esta forma garantiza a la sociedad el cumplimiento pleno de sus derechos. Si se menciona la importancia de estos principios, es preciso explicar cada uno de estos.

“Del principio de legalidad se derivan los siguientes postulados:

a) Nadie puede ser sancionado penalmente más que por actos que leyes

- anteriores a la comisión de aquellos tipifiquen como infracciones penales;
- b) Nadie puede ser sancionado con penas distintas a las señaladas previamente por las leyes penales;
 - c) El establecimiento de las penas no puede dejarse al arbitrio de la autoridad, sino que se ajustará a las circunstancias y modalidades establecidas en la ley, esto es, siguiendo el procedimiento señalado para el juzgamiento de las infracciones penales;
 - d) Sólo la autoridad designada previamente por la ley está facultada para juzgar el cometimiento de una infracción penal, así como para establecer la pena correspondiente; y,
 - e) A nadie puede imponérsele una pena si esta no es el resultado de un juicio” (Pachano, 1998, p.6).

Estos postulados o garantías que se derivan del principio de legalidad, también se encuentran enunciados como principios por algunos autores. Para de la Cuesta y Blanco (s.f., pp.8-10) los principios que se desprende o van íntimamente relacionados con el principio de legalidad son los siguientes:

Garantía Criminal.- Exige que el delito se halle definido por la ley.

Garantía Penal.- Requiere que la ley señale la pena que corresponde al hecho.

Garantía Jurisdiccional.- Requiere que la exigencia del delito y la imposición de la pena se determine por medio de una sentencia judicial y según procedimiento legalmente establecido.

Garantía Ejecutiva.- Requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

A las antes mencionadas garantías los autores las han denominado Garantías Tradicionales, pero también en ese mismo libro menciona las siguientes:

1.3.1 Exigencia de Ley Previa y/o Irretroactividad de las Leyes Penales

Va dirigida al legislador y al juez, la exigencia de ley previa va directamente relacionada con el principio de irretroactividad de la ley penal, es decir los legisladores no pueden aprobar leyes con efectos retroactivos que aumenten las penas o creen agravantes, y los jueces no pueden aplicar una ley penal que no haya entrado en vigor antes de la comisión de un delito, o una norma que haya sido derogada o tenga declaración de inconstitucionalidad. El principio de irretroactividad de ley cumple un papel especial en el derecho penal, ayuda al eficaz cumplimiento del principio de legalidad y al igual que este, busca dar seguridad jurídica. (De la Cuesta y Blanco, s.f., pp. 9y17).

“(…) Su función de este principio es la de asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas negativas del comportamiento individual.” (Baratta, 2004, p. 306).

Para Ferrajoli (1995, p.381), el principio de irretroactividad se deriva del principio de mera legalidad, se conoce con el aforismo *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, si no está previamente establecido en la ley, no se puede hablar de la existencia de una infracción a la ley, ninguna ley posterior puede condenar a una persona por un hecho anterior a la entrada en vigencia de la misma, el autor de una acción u omisión debe conocer que este hecho es considerado como delito por la ley y que establece una determinada sanción, no se debe olvidar que el derecho presume el conocimiento de la ley por parte de los ciudadanos.

“Si la pena supone un hecho considerado como una transgresión por la ley, el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley; por eso ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito” Hobbes en De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p.68).

Si se permite sancionar los hechos ya ocurridos con una ley posterior afectaría la garantía de la objetividad, daría mayor poder al estado frente al ciudadano, así lo afirma Bacigalupo (1999, p.50).

La aplicación de una ley con efecto retroactivo es permitida según De la Cuesta y Blanco (s.f., pp.11y 19), cuando esta ley es más favorable, entendiendo que utiliza una sanción más blanda o despenaliza ciertos delitos, pero para que se pueda dar paso a esta figura, se necesita cumplir requisitos como que la sentencia no se haya ejecutado todavía y que no se haya extinguido la responsabilidad penal. Por supuesto que la aplicación de leyes con efecto retroactivo ha dado paso a nuevos problemas en el derecho penal, sobre todo cuando se quiere aplicar una ley posterior, por ser más favorable al reo, de penas de distinta naturaleza -mutas-prisión/reclusión- no se podría tratar de encontrar un punto medio de las dos leyes, ya que esto implicaría la creación de una nueva ley, y como se sabe, el único competente para expedir leyes es el poder legislativo, un juez no tiene la competencia para hacerlo, en estos casos se tiende a preguntar al procesado.

Existen leyes penales que entran en vigencia después del cometimiento del hecho punible, pero que son modificadas nuevamente antes de que se dicte sentencia, se las denomina leyes intermedias, su aplicación es permitida cuando son más favorables al procesado -*in dubio pro reo*-, las leyes penales favorables tienen efecto retroactivo. Bacigalupo (1999, pp. 190-191).

Otro aspecto muy discutido es sobre los plazos de prescripción de las leyes, ¿Qué ocurre cuándo se modifican los plazos de prescripción por una ley o reforma a la misma en determinados delitos?, este tema ha generado también gran debate sobre todo cuando se refiere al derecho penal internacional y de los delitos de lesa humanidad.

La prohibición de la irretroactividad de una ley, es una discusión que se da entre la seguridad jurídica de una sociedad y por otro lado la justicia, si se permite que se sancione un hecho ocurrido con una ley posterior, es verdad que lo que se busca es impedir la injusticia, que un acto delictivo quede impune, pero se está afectando la seguridad jurídica, pues, va en contra de la libertad del ciudadano, como podría una sociedad vivir tranquila, si vive a la expectativa

de que la acción que hasta hoy no era considerada un delito, puede ser objeto de sanción sin que exista una norma vigente que así lo determine, con una pena ya establecida, si esto fuera así ¿bajo qué parámetros debería estar regulada la conducta de una persona para no ser objeto de sanción?, definitivamente para que los ciudadanos puedan vivir en sociedad, no se puede anular la seguridad jurídica de un estado, se debe garantizar la plena libertad, para eso se creó la ley, una ley que establezca de forma previa, clara y precisa el comportamiento de los ciudadanos y que determina consecuencias si esta ley llegara a ser quebrantada.

Cuando se aplica una ley posterior a un hecho ocurrido con anterioridad, no se está creando un nuevo hecho punible, si no se está aplicando una pena más suave, bajo estos parámetros si debe ser permitida su aplicación, siempre y cuando cumplan los requisitos antes expuestos no está afectando la seguridad jurídica del Estado, por el contrario se está dando prioridad principio pro reo - más favorable al reo- más aún cuando este principio está estipulado en la actual Constitución (2008) que es garantista.

1.3.2 Lex Certa -Ley Cierta- y/o Principio de Taxatividad

“(…) La falta de taxatividad de las previsiones legales y de decidibilidad de la verdad procesal comporta una contaminación subjetivista de los presupuestos de hecho de la pena (…)” (Ferrajoli, 1995, p.99).

Va dirigida en primer lugar al legislador y de forma suplementaria al juez. Lo que pretende es que el legislador limite al mínimo la interpretación del juez, busca evitar que el juez caiga en moralismos, evitar la creación de tipos penales de contenido indeterminado que den paso a la configuración arbitraria por parte del juez de nuevos tipos penales y sobre todo la imposición de penas que no sean proporcionales.

Para De la Cuesta y Blanco (s.f., pp.10), la ley debe definir mediante un lenguaje sencillo y de forma clara cada supuesto penal, cada acción y sobre

todo especificar su pena o sanción. En un sentido muy parecido el Tribunal Constitucional sostuvo que:

“el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicaciones de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ello se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada” Bacigalupo (1999, p.63).

“La pena es aplicable sólo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley con indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la ley penal (...)” (Baratta, 2004, p.306).

El uso del casuismo es uno de los problemas que presenta la aplicación de este principio, si bien es cierto que el uso de un caso ayuda a determinar de mejor manera la conducta prohibida, no se pretende limitar únicamente a este caso el tipo penal, puesto que esto sería pasar al otro extremo, la definición mediante clausulas más generales, si bien no deja laguna al momento de aplicar la ley, en cambio afecta a la certeza del tipo penal. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 63-64).

Como se puede evidenciar, el cumplimiento de este principio está en manos del legislador, el que crea la norma, es quien está llamado a determinar de manera precisa todos los hechos punibles y sus consecuencias -penas- estableciendo mínimos y máximos, debe fijar lo más exacto posible las acciones u omisiones, de esta forma la función interpretativa del juez será más sencilla al momento de aplicar una pena.

1.3.3 Prohibición de Analogía y/o Lex Stricta

“Es analogía aplicación de una ley penal a un supuesto estrictamente no regulado por ella pero con el que guarda una estrecha similitud” (De la Cuesta y Blanco, s.f., p10), es decir, es la decisión que toma un juez para resolver una

situación jurídica que no ha sido prevista por la ley con anterioridad, sin embargo, contiene supuestos similares a los que sí han sido establecidos en la norma penal vigente.

Para Ferrajoli (1995, p. 382), es consecuencia del principio de estricta legalidad, en razón de que la estricta legalidad exige una delimitación tal de la ley, que no da lugar al razonamiento analógico, la analogía no se aplica si es *in malam partem*, pero si es *in bonam partem* si es permitida, en concordancia a la aplicación del *favor rei* que permite que se aplique la ley más benigna a los intereses del acusado.

Bacigalupo (1999, p. 59), cita una sentencia del tribunal constitucional de España que dice “el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento” y aclaró que: “si se produce una laguna no puede llenarse recurriendo a una analogía en malam parte”

“(…) lo que se trata en la analogía es de que, una vez desentrañado (interpretado) el contenido de la ley, se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos en ella, pero similares o análogos (...)” (De la Cuesta y Blanco, s.f., p10), a partir de este enunciado, el derecho trae un nuevo tema de discusión, muchos autores han querido hallar elementos para determinar el momento en el que el juez interpreta y cuando es un caso de analogía, pese a ser un tema que se lo ha abordado muchísimo, aún los juristas no llegan a ponerse de acuerdo en este punto, es por esta razón que se expondrá en este capítulo algunas de las ideas más relevantes que han surgido en este tema.

Pues bien, es oportuno hacer referencia sobre la interpretación de una ley, este tema que ha generado tanto debate y que ha sido objeto de estudio de varios juristas, y al mencionar a Bacigalupo (1999, p. 44), se encuentra la primera afirmación, que expresa, para que las interpretaciones de un artículo

del Código Penal -norma penal- sean válidas debe obedecer o estar en concordancia con los principios fundamentales que la establece la Constitución, aquí sólo cabe señalar que el principio de legalidad está considerado como un principio fundamental en la actual Constitución de la República del Ecuador, que entró en vigencia en el 2008, más adelante se desarrollará un análisis del artículo pertinente. Cuando se tratan leyes cuyo contenido es ambiguo o indeterminado se debe tomar en cuenta en el contexto general priorizando una armonía con la constitución.

Bacigalupo (1999, pp.77-82), menciona que en un inicio la prohibición de analogía no implicaba dificultad alguna, puesto que si se registraba algún caso similar que no estuviere contemplado en la ley, este caso quedaba sin ser juzgado. El problema se origina cuando por un lado se menciona a la interpretación extensiva y por otro a la analogía, pero ¿existe en realidad una diferencia entre ambas?, a simple vista sí, mientras la interpretación extensiva está permitida, ya que son casos que si han sido previstos por los legisladores, o son producto de dudas del juez frente a la aplicación de normas, cuando deben tener en cuenta el principio *in dubio pro reo* -aplicar la ley más favorable- en tanto que la analogía no está permitida, en virtud de que para el autor el fruto de la analogía es la creación de una nueva norma por parte del juez, y como ya se ha venido repitiendo innumerables veces a lo largo de este capítulo, la creación de normas es una potestad exclusiva del legislador.

Este problema que se suscitó con la prohibición de analogía se ha pretendido resolver de distintas formas, y una de estas respuestas se encuentra en el método teleológico, el mismo afirma que la interpretación y la analogía no son conceptos opuestos y que la interpretación ayuda a encontrar el sentido de la ley. No obstante, en el plano subjetivo el autor deja al libre albedrío de quien aplica la norma el decidir si es interpretación y debe sancionar o si está frente a un caso de analogía y se debe aceptar la laguna legal, pero este método subjetivo, ha sido fuertemente criticado, puesto que el carácter subjetivo elimina el contenido de la garantía. Bacigalupo (1999, pp. 82-91).

Más adelante el autor da una redefinición a esta problemática y expone que cuando se hace referencia al aforismo *nullum crimen sine lege*, no se habla de una prohibición expresa de analogía, si no se debe entender como una prohibición de lesionar la función garantista, es decir, una interpretación exagerada o abusiva, que salga de la esencia de lo que la ley pretende expresar. Bacigalupo (1999, pp. 82-91).

En la interpretación objetiva de la ley -método teleológico- se argumenta que para interpretar una ley no se debe tener en cuenta la voluntad histórica del legislador, sino se debe valorar el sentido inmanente de la ley, por tanto, el método teleológico deja en un segundo plano el texto legal aplicable y prepondera el conflicto social actual -el presente, al que hay que referir la ley que se interpreta, todavía no existía cuando se creó la misma- que busca una solución, este método objetivo tiene una base subjetivista, puesto que, será el juez quien decida aplicar en la interpretación la voluntad de la ley o la voluntad del legislador. Se concluye que la diferencia entre la interpretación objetiva y la subjetiva reside en que la primera permite que el intérprete decida sobre la interpretación misma, mientras que la segunda, limita esta decisión únicamente al método que el intérprete utilizará -voluntad de la ley o del legislador-. En conclusión no se puede obtener mediante la teleología una fórmula para establecer el límite de la interpretación permitida frente a la analogía prohibida. Bacigalupo (1999, pp. 82-91).

Al describir la taxatividad de la ley, en la que el legislador debe crear normas lo más claras y determinadas posibles para dejar la menor opción a la interpretación del juez, al ser el comportamiento humano tan indefinido, tan particular siempre habrá detalles que hagan distinto un caso del otro y por ende será imposible sancionar de la misma forma, lo que se busca con este principio no es coartar definitivamente la interpretación del juez, ya que sería absurdo, pues justamente el juez está para interpretar y aplicar la ley, lo que se pretende es darle un límite a esta interpretación, este límite se encuentra en la supremacía de las garantías constitucionales y en no crear mediante la analogía nuevas leyes.

1.3.4 Reserva de Ley y/o Lex Scripta

Garantía que se encuentra dirigida al legislador, esta garantía es de forma o de procedimiento y no de contenido, consiste en dejar en manos del legislador el establecimiento de las penas y los delitos, muchos autores ligan el principio de reserva de ley como parte del principio de taxatividad, pero sin duda alguna tiene sus particularidades. Inzunza, (2009, pp. 66-67).

“(...) el principio de taxatividad (rectius, para nosotros, de determinación) es conceptualmente distinto de la reserva de ley, ya que “en virtud del mandato de taxatividad, se exige que los textos jurídicos en los que se expresan las normas sancionadoras sean precisos, pero nada se dice acerca del tipo o rango de ese texto jurídico” para luego agregar también que son distintos los fundamentos justificativos de uno y otro: “mientras la taxatividad protege la certeza jurídica y la imparcialidad (o igualdad en la aplicación del derecho), la reserva de ley, en cambio, está al servicio de otro principio: la democracia”. (Ferrerres, V., en Inzunza, 2009, p.67).

Este principio deja de lado el uso de la costumbre, no se permite fundamentar amparado en ella, pero la exclusión de la costumbre no es estricta, pues admite en la interpretación siempre y cuando sea considerada *in bonam partem*. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p.67).

Uno de los principales problemas del principio de reserva de ley, son las leyes penales en blanco, este tipo de leyes consiste en la determinación de la sanción, pero no establecen el supuesto de hecho, remitiendo generalmente a otro cuerpo normativo para su determinación. Inzunza (2009, p. 69).

Por mucho tiempo se ha creído que la figura de las leyes penales en blanco afecta o quebrantan el principio de legalidad, al respecto una sentencia de la Corte Constitucional de España afirma que las leyes penales en blanco pueden coexistir con el principio de legalidad siempre que cumplan con dos requisitos:(a) el reenvío normativo sea claro, y que este reenvío ayude a preservar el bien jurídico protegido y (b) que cumpla con la exigencia de la certeza señalando la pena y la esencia de la prohibición. Inzunza (2009, p. 71).

1.3.5 Ne bis in Idem (No dos veces en el mismo)

Para De león Villalba en García (2014, p.90), este principio es un “criterio de interpretación o solución al constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir.”

También se puede afirmar que este principio es parte fundamental para el cumplimiento de la seguridad jurídica, lo que pretende es que una persona no pueda ser castigada dos veces por una misma infracción, esta es la visión material, el punto de vista procesal en cambio hace referencia a la prohibición de ser juzgado dos veces por un mismo delito. (De la Cuesta y Blanco, s.f., p. 11).

Ne bis in ídem sustantivo implica que no se debe castigar dos veces el mismo hecho, si recaen dos sanciones a la misma persona sería un abuso del poder punitivo, este principio en su carácter sustantivo puede darse en tres ámbitos: sujeto, hecho y bien jurídico -o interés protegido-. Al *ne bis ídem* procesal se lo considera en dos aspectos: (a) la decisión que es tomada como cosa juzgada sobre un determinado hecho y; (b) las investigaciones o los procesos que se estén desarrollando al mismo tiempo en contra de una misma persona por un mismo acto -litispendencia-. (Calderón, s.f., pp. 70-71).

El principio *ne bis in ídem* en su vertiente material rechaza de manera firme tres supuestos: (a) que el hecho de lugar a la imposición de más de una pena; (b) que un mismo hecho desemboque la aplicación de una agravante que ya fue tomada en cuenta y; (c) el mismo hecho genere una sanción penal acompañada de una administrativa, la duplicidad de sanciones implicaría una reacción desproporcionada de la capacidad punitiva estatal, aun cuando estas sanciones protejan bienes jurídico distintos. Vicente Martínez en García (2014, p. 94-95).

“(...) la institución de cosa juzgada, con el fin de brindar seguridad jurídica, por un lado, obliga a los jueces a no juzgar otra vez lo que ya han decidido con anterioridad, y, por otro, obliga a los litigantes a acatar y someterse al resultado del proceso. Desde esta perspectiva, la cosa juzgada no solo imposibilita abrir un nuevo proceso sobre lo mismo, sino que además prohíbe que en otro proceso se decida de forma contraria a lo ya fallado.” García (2012, pp. 93-93).

Para aplicar este principio debe existir una sentencia ejecutoriada o en firme, como se puede concluir, el principio de legalidad es una garantía fundamental, sin embargo, el cumplimiento de este principio en la práctica se ha vuelto algo complejo.

Como se ha explicado a largo de este punto, existen otros principios que se derivan del principio de legalidad, y es necesario que todos se cumplan de manera cabal, para que el principio de legalidad funcione y de esta manera dar vida a un ordenamiento jurídico funcional, donde prevalezca la seguridad jurídica, conforme a lo que un sistema garantista exige y como la Constitución del Ecuador manda.

1.4 El Principio de Legalidad en la Legislación Ecuatoriana

En este punto conviene hacer un breve resumen que permita establecer el origen y el transcurrir que el principio de legalidad ha tenido en el desarrollo y evolución de la normatividad del Ecuador; para ello, es necesario dar una breve revisión de las constituciones que se han promulgado y han tenido vigencia en el país.

En Riobamba se firma la primera Constitución de la República en 1830, en la presidencia de Juan José Flores, tuvo una vigencia de 5 años y su tendencia fue conservadora, a pesar de ello ya en esta constitución se puede encontrar que incipientemente se incorpora el principio de legalidad en su forma más elemental, en el artículo 58 se establece la prohibición de aplicar una ley que no sea anterior al delito, también establece que la función legislativa será el órgano competente para crear un código civil, para interpretar y derogar las leyes.

Luego, las Constituciones firmadas: en Ambato en el año de 1835, en la presidencia de Vicente Rocafuerte que tuvo tendencia liberal, la de Quito en 1843, en la segunda presidencia de Juan José Flores, también conocida como la Carta de la Esclavitud, la que se firmó en Cuenca en 1845, con Vicente Ramón Roca, la que se dio en Guayaquil en 1852, en el gobierno de José María Urbina que tuvo también tendencia liberal, la de Quito en 1861, en el gobierno de Gabriel García Moreno, la de Quito de 1869, conocida como la Carta Negra por convertir a Gabriel García Moreno en dictador, la de 1878, que tuvo lugar en Ambato con el mandato dictatorial de Diego Veintimilla, y la de 1884, que fue firmada también en Quito de tendencia conservadora, que duró 13 años y marcó el fin del progresismo; en todas estas constituciones de alguna manera se mantiene y establecen la división de los poderes del estado y designan al Congreso Nacional para expedir e interpretar las normas, pero a diferencia de la Constitución de 1830, el Congreso Nacional se organiza en dos cámaras una de Senadores y otra de Representantes -Diputados-, la iniciativa puede venir de cualquiera de las cámaras pero debe ser aprobada por ambas, una vez aprobada por el Poder Ejecutivo se encarga de mandarlo a ejecutar y publicar, se establece que los delitos sólo serán juzgados si existe una ley anterior.

Como se puede evidenciar el principio de legalidad en teoría se mantiene presente en el Ecuador, sin que exista modificación o diferencia sustancial alguna con respecto a la Constitución de 1830, aunque conviene señalar, que si bien teóricamente esto consta en la legislación ecuatoriana su aplicación en la práctica no parece tener la misma vigencia.

En Quito en el año de 1851, en la presidencia de Diego Noboa, la Constitución de tinte conservador reconoce al Ecuador como un estado republicano, se mantiene la división de poderes, el Congreso Nacional pasa a ser sustituido por la Asamblea Nacional y consta de una sola cámara, en lo que respecta al principio de legalidad continua vigente en similares términos y condiciones.

Con la firma de la constitución de 1897, en Quito, la elección de Eloy Alfaro como presidente de la República que da inicio al período liberal en el Ecuador, y la constitución 1906, bajo la misma presidencia, se marca un hito importante en la vigencia del principio de legalidad en el país, en ella se tiene evidencias mucho más claras y precisas sobre la separación de derecho y religión, ya no se reconoce la religión católica como la religión del Estado, en estas constituciones se vuelve más amplia la definición del principio de legalidad, además establece la necesidad de la existencia de una ley anterior a la infracción, también agrega de manera clara que la detención de una persona debe ser bajo los parámetros que determina la ley, y la exigencia de un juicio previo para determinar la pena, en lo referente al órgano legislativo se mantiene la misma estructura de las constituciones que las precedieron.

Con la muerte de Eloy Alfaro y después de la revolución juliana se termina la época liberal en el Ecuador, y cuando Isidro Ayora es nombrado presidente constitucional, una nueva Constitución sale a luz en 1929, en esta constitución el principio de legalidad es desarrollado de forma más profunda, ya que se integra de forma primitiva el principio in dubio pro reo, que establece que en la concurrencia de dos normas, se aplique la menos rigurosa, la organización de la función legislativa no sufre modificación alguna, años más tarde en el año de 1938, se crea la Constitución en Quito, que a pesar de haber sido aprobada no entró en vigencia, y que propicio a que el Ecuador asumiera nuevamente la constitución de 1906.

En Quito, en 1945, se expide una nueva constitución, como novedad en ella se incorpora que el congreso se rige por una cámara, reconociendo la elección del pueblo de una parte de los diputados mientras los otros serían designados por gremios, se incluye como garantía la libertad de profesar cualquier religión y con respecto al principio de legalidad se sigue manteniendo la misma concepción que en la de 1929, se permite aplicar la ley posterior si esta fuera más favorable al infractor.

La Constitución de 1946, es dada en Quito y tiene una vigencia aproximada de 20 años, en esta constitución en lo referente a la organización del poder legislativo y al establecimiento del principio de legalidad sigue la estructura de la constitución de 1906.

En la Constitución de 1967, se evidencia mayor profundidad en el desarrollo del principio de legalidad, establece en su mandato la determinación precisa de las conductas punibles y de las sanciones, tanto la infracción como la pena deben establecerse con anterioridad a la comisión de un delito, también protege el principio *in dubio pro reo*, y la exigencia del juicio previo para poder imponer una sanción. La función legislativa se sigue manejando a través de Senadores y de la cámara de Diputados, esta función es la competente para expedir, modificar, derogar las leyes. La Constitución dada en Quito en 1977, es similar a su antecesora, la diferencia se encuentra en la función legislativa que ahora es conformada por una sola cámara de representantes.

En Riobamba se firma la constitución de 1998, en esta Constitución política se incorpora el derecho a la seguridad jurídica, el principio de legalidad está bastante bien definido, la exigencia de la determinación previa y precisa de las infracciones y de las penas en la ley, aplicación de la ley menos rigurosa inclusive si esta fuere posterior, *in dubio pro reo*, proporcionalidad entre la sanción y la infracción, y la prohibición de no ser juzgado más de una vez por la misma causa. Se entrega al Congreso Nacional conformado por diputados la competencia de crear, modificar, derogar e interpretar las leyes.

Para terminar con la revisión de la normativa histórica del Ecuador, a continuación se detalla la breve reseña referente al código penal, se comprueba que a partir del código de 1837, aparece el principio de legalidad, con el mandato expreso de no imponer otra pena distinta a la establecida por la ley con anterioridad, cuando se cometa una infracción. En el código penal de 1871, y el de 1889, ya se incorpora que en el caso de existir distinta pena del momento en que se cometió el delito y de cuando sea juzgado, se optara por la

menos rigurosa y también aparece la prohibición de juzgar infracciones que no estén contempladas en la ley en el momento de su cometimiento. La ley penal de 1906, prescribe que si una infracción ha sido derogada por una ley posterior también se extingue a la pena y señala de manera más precisa el principio *in dubio pro reo*, en concordancia a la constitución que también lo protegía.

En el código de 1938, además de todas las garantías que instauraban los anteriores códigos en lo referente al principio de legalidad, se agrega la exigencia de que tanto la infracción, como la sanción estén expresamente determinadas por la ley. Con el código de 1971, el principio de legalidad se perfecciona aún más, prohíbe la interpretación extensiva del juez, se rige a lo determinado por la ley, y en caso de duda la aplicará lo más favorable al reo, y establece que en caso de oposición de leyes prevalece la ley especial.

El principio de legalidad está presente en el Ecuador desde la constitución de 1830, ha ido sufriendo modificaciones conforme a la situación que el país iba viviendo, a medida del paso de los años se hacía necesaria mayor determinación y precisión en la leyes, era indispensable brindar seguridad jurídica al ciudadano, y el principio de legalidad ha sido un constante que se ha ido puliendo conforme a la evolución del derecho. En lo pertinente a los códigos penales se ha comprobado la misma evolución, y es lógico, pues, las leyes responden y están sujetas a lo que la constitución determina, por eso es visible que la evolución del principio de legalidad en la ley penal haya sido progresiva, y vaya de la mano con la de las constituciones, aunque su aplicación en la práctica se considera que ha tenido muchas discrepancias en su vigencia.

Un análisis diferenciado merece la constitución del 2008 que se encuentra actualmente está vigente, junto con el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia en el 2014, y que pretende establecer concordancia entre la norma penal y la actual Ley Fundamental.

1.4.1 Marco Constitucional (2008)

Con la actual Constitución (2008), se ha dado origen al sistema neoconstitucional, es importante precisar ciertas características de este sistema, para ello según Ávila (2012, pp. 4-5), el neoconstitucionalismo “no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría de derecho y del estado”. El derecho se construye a partir de las personas y colectividades y de sus derechos; se considera los derechos fundamentales como medio y fin en sí mismos de la teoría del Estado.

Dentro de esta consideración del neoconstitucionalismo el rol de Estado no debe ser autoritario, para Ávila (2012, p. 17) “Cuando el estado es grande y fuerte, se convierte en una amenaza para la sociedad e invade esferas que no le competen”. La finalidad y la legitimidad de un Estado responden a la medida en que este respete y promueva los derechos.

Después de esta breve introducción acerca de la Constitución (2008) y del sistema neocostitucionalista que a ella le adjudican como uno de los principales cambios a continuación se hará un breve análisis de artículos que tienen especial relevancia con el principio de legalidad.

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

2. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

Con este numeral la constitución protege el cumplimiento del principio constitucional de legalidad que se ha venido desarrollando a lo largo de este capítulo, que es representado por el *nullum crimen, nullim poena sine lege*, la constitución procura garantizar los derechos fundamentales y brindar seguridad jurídica a los ciudadanos.

También se pretende eliminar la arbitrariedad de los administradores de justicia en la aplicación de una sanción, limita su actuación a lo estrictamente determinado por la constitución y por la ley y exige a los jueces que se respete las garantías procesales que se encuentran contempladas en el debido proceso.

“5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.”

Se garantiza el cumplimiento del principio *favor rei, indubio pro reo* que si bien no ha sido objeto de estudio extenso en el presente capítulo, ha estado presente dentro de las garantías del principio de legalidad y es una de las garantías fundamentales que la constitución protege y vela por su íntegro cumplimiento.

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

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”

Se encuentra en este numeral el principio *ne bis in ídem*, la prohibición de ser juzgado o castigado dos veces por la realización de un mismo hecho punible, se lo llega a particularizar a la realidad ecuatoriana, por eso se incluye y se valida la práctica de la justicia indígena, con este literal se pretende evitar que surja un abuso del poder punitivo, sin embargo, es necesario recordar que el derecho penal utiliza al poder punitivo para asegurar la seguridad jurídica del Estado y la convivencia pacífica de todas las personas que habitan en ese Estado.

“(…) el rango constitucional que la prohibición contra el doble procesamiento ostenta, no solo prohíbe la doble persecución, sino también que un mismo hecho o suceso pueda dar lugar a más de una

pena, proporcionando certeza, confianza y protección al ciudadano a través de la seguridad jurídica que se convierte en el fundamento del *ne bis in ídem*, toda vez que los principios que la fundamentan proporcionan una determinada configuración garantista a las normas de tipo sancionador.” García (2014, p. 91).

“Artículo 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

El presente artículo hace referencia a la seguridad jurídica, del cual se establece:

“(…) la seguridad jurídica es el requerimiento de toda sociedad moderna y libre para desenvolverse racionalmente dando estabilidad a los agentes productivos, y certeza a los individuos acerca de cuáles son sus derechos y cuáles son sus deberes; pues la seguridad jurídica exige la previsión de una respuesta conforme a derecho para los diferentes conflictos que se suscitan en la convivencia humana; pues solo de esta manera se produce estabilidad, que a la final es conseguir la fidelidad al principio de legalidad.” García (2012, décimo noveno párrafo).

“Artículo 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”

Da uno de los elementos que exige el principio de legalidad, es decir determina que es la Asamblea Nacional -Órgano Legislativo- el responsable de expedir las leyes, tal vez la organización del poder legislativo ha sido uno de los aspectos más cambiantes a lo largo de la historia de las Constituciones, pero sin importar su organización interna su finalidad y competencia ha sido la misma.

1.4.2 Bloque de Constitucionalidad

Los instrumentos internacionales como tratados, convenios entre otros son parte de la Constitución:

“(…) De acuerdo al artículo 11 numeral 3 de la misma, son parte del ordenamiento legal ecuatoriano, de directo y obligatorio cumplimiento, los derechos y garantías que emanan de la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. En cuanto al valor de la jurisprudencia interamericana, la Corte IDH ha señalado que la obligación de cumplir con lo dispuesto en sus decisiones, corresponden a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe.” García (2014, pp. 45-46).

Es pertinente resaltar la incidencia favorable de los tratados internacionales que fueron ratificados por el Ecuador que se refieren a la vigencia del principio de legalidad y a sus garantías, como ya se mencionó en ocasiones anteriores, los tratados internacionales también son aplicados por el derecho en el Ecuador, siempre que no sean contrarios a la Constitución.

Se pretende evidenciar con estos artículos la universalidad que ha tenido el principio de legalidad, y también su presencia en el derecho positivo desde el siglo XVIII.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969):

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad
Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se dio en 1789:

“Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Artículo 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicado legalmente.”

Convenio Europeo de Derechos Humanos 1970:

“Artículo 7 No hay pena sin ley

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976):

“Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

Estatuto de la Corte Penal Internacional (2002):

“Artículo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte.

2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en

favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

Artículo 23

Nulla poena sine lege

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

Artículo 24

Irretroactividad *ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.”

“Nuestro ordenamiento establece la vinculación de la ley penal con los principios constitucionales, determinando que la validez de los textos y la interpretación de los mismos dependerá de la compatibilidad de ellos con la Constitución, esto le da una característica especial a nuestro derecho penal, ya que determina que la norma debe tomar en cuenta el efecto irradiante de los derechos fundamentales y el principio *pro homine* que caracteriza a nuestra carta magna.” García (2014, p. 194).

Los artículos de estos instrumentos internacionales, que han sido ratificados por el Ecuador, y guardan completa armonía con la actual Constitución (2008), evidencian el alcance universal que tiene el principio de legalidad en la aplicación del derecho penal.

1.4.3 Código Orgánico Integral Penal, COIP (2014)

“Artículo 2.- Principios generales.- En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.”

Las reglas son normas legislativas y los principios son normas constitucionales y desempeñan un papel constitutivo en el ordenamiento

jurídico, ambos forman parte del actual derecho. Para Alexy (1997, p. 86), “Los principios son normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

Para Ávila (2012, p.8), las reglas y principios son normas, “La regla es una norma jurídica que promueve o facilita mucho más la seguridad jurídica, que tiene dos elementos que logran ese objetivo: tiene un hipótesis y una consecuencia”; mientras que la estructura de un principio “tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara”.

Este artículo solo confirma la jerarquía normativa establecida, dando prioridad a la aplicación de los principios establecidos en la constitución y en los tratados internacionales, como podemos observar el principio de legalidad está contemplado en la constitución.

“Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.”

Se considera al principio de legalidad como una garantía de valor imprescindible, que ayuda a definir el Estado de Derecho y elimina el arbitrio autoritario, se lo conoce como el principio fundamental en la aplicación de la ley penal. Feurbach en García (2014, p.63), afirma:

“la imposición de una pena se condiciona a la existencia de una acción conminada, por lo cual, la ley se convertiría en vínculo entre la pena y el hecho como presupuesto jurídico necesario. De esta manera se afirma la primacía de la ley en el derecho penal.”

“2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.”

Estos numerales tratan de forma conjunta sobre el principio *in dubio pro reo*, este principio prescribe que ante la duda, el juez debe decidir a favor del acusado, este principio es parte del principio de inocencia, para que exista una condena los jueces deben estar convencidos de la culpabilidad del acusado. Así lo afirma Beccaria “parece como si las leyes o el Juez tuvieran interés en no buscar la verdad, sino en probar el delito, como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito.” García (2014, pp. 66-67).

“9. Prohibición de doble juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.”

Se considera como un derecho fundamental, ya que es una garantía directamente tutelable por los Jueces, el *ne bis in ídem* o prohibición de doble juzgamiento intenta proteger al individuo de un doble procesamiento por hechos o delitos que han sido juzgados y por los cuales se ha obtenido una sentencia. García (2014, p. 91).

No se va a profundizar nada más, en virtud de que estos numerales fueron desarrollados también en la constitución, aquí los vuelve anunciar en el mismo sentido.

“Artículo 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.”

“Conforme el primer numeral de este artículo, la interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la CRE, lo cual nos plantea la necesidad de analizar la interpretación conforme a la misma. La interpretación conforme a la ley suprema se produce cuando existen varias posibilidades interpretativas, de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma constitucional, y por lo menos otra a la inconstitucionalidad de la norma, caso en el cual el mandato de la interpretación conforme a la Constitución indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conforme a la Constitución.” García (2014, p. 175).

En la interpretación de la norma penal conforme a la constitución se utiliza dos criterios, el material y el formal, el material protege el cumplimiento proporcionado de los derechos fundamentales para no caer en una inconstitucionalidad material, el uso de interpretaciones de tipos y normas que encaminen a la aplicación de un poder punitivo ilimitado rompen los fundamentos del derecho penal que se garantiza en un Estado Constitucional de Derecho. García (2014, p. 176).

El segundo y el tercer numeral van de la mano, se ha referencia a la prohibición de analogía, también deja de lado a la costumbre y al derecho consuetudinario que den paso a una pena más grave y perjudique al reo, pero es permitida si su aplicación provoca eximir o atenuar la pena. Tanto la costumbre como la analogía es permitida en el derecho penal si es *in bonam partem*, es decir que vaya en favor de la libertad del procesado, y del efectivo y fiel cumplimiento de sus derechos. García (2014, pp.177-178).

Aparece la *lex stricta* o más conocida como la prohibición de analogía, este principio que se deriva del principio de legalidad, busca limitar la arbitrariedad de los jueces en la imposición de tipos penales inexistentes, y también insiste en que la Asamblea Nacional, como el representante del poder legislativo, es el único órgano competente en la creación de los tipos penales y de la determinación de su sanción.

“Artículo 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.
2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.”

Las leyes se encuentran en vigencia desde su promulgación hasta que es derogada, sea por eliminación de todo el ordenamiento jurídico o cuando se suprime un determinado tipo penal, y por la entrada en vigencia de una norma posterior que reemplaza a la actual. Como una de las garantías que se desprenden del principio de legalidad se encuentra a la prohibición de aplicación retroactiva de la ley. García (2014, pp. 191-192).

“El principio de irretroactividad de las leyes penales conlleva el que estas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación, así la creación o inclusión de nuevos tipos penales conllevan un desvalor sobre los hechos que se definen, que no pueden recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a que tal desvalor se expresara legalmente. Esta prohibición de retroactividad de la ley penal encuentra su límite y excepción en la aplicación a favor de la persona procesada o sometida a indagación, de la norma posterior más favorable (...)” García (2014, p. 192).

Aquí se evidencia la irretroactividad de las leyes, exigencia de *lex praevia*, una vez más garantizando la seguridad jurídica. Como se había mencionado en el desarrollo de este principio, la legislación ecuatoriana también permite la aplicación de una ley posterior, si esta es más favorable a la persona que está siendo juzgada.

“Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.”

Tanto la infracción penal como su sanción deben estar establecida en la ley escrita conforme al principio de legalidad:

“(…) Este principio se expresa en exigencias dirigidas al legislador y por supuesto a los operadores de justicia, donde una sanción penal debe ser aplicada con arreglo a lex previa (exclusión del derecho consuetudinario), reuniendo las condiciones de una lex certa (exclusión de las cláusulas generales) interpretada como una lex stricta (exclusión de la extensión analógica de la ley penal).” García (2014, p. 194).

Limita la aplicación del derecho penal a los delitos establecidos en este código, excluye las acciones -u omisiones- que atenten a la moral y se deja de lado a la costumbre, sólo son relevantes para el derecho penal las que afectan a un bien jurídico, se deja para un tratamiento especial la materia de niñez y adolescencia que son considerados grupos de atención prioritaria en nuestra constitución, es decir sujetos de mayores garantías.

“Artículo 53.- Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Quedan proscritas las penas indefinidas.”

“Del principio de legalidad se desprende cuatro garantías de las cuales tres afectan a las penas directamente, esto es: 1) la garantía penal por la que ningún delito o falta puede ser castigada por una pena que no se encuentre establecida en una ley con anterioridad a la comisión de los hechos. 2) la garantía jurisdiccional que obliga al Estado a no imponer pena o medida de seguridad si no en virtud de una sentencia en firme dictada por un juez o tribunal competente de conformidad con las leyes procesales; 3) la garantía en la ejecución, por lo cual no podrán ejecutarse las penas y las medidas de seguridad de otra forma que la prescrita por la ley y los reglamentos que la desarrollan.” García (2014, pp. 456-457).

Establece claramente el límite de aplicación de una pena, para que no se comenten arbitrariedades por parte del juez en la determinación de las mismas, evidencia de forma clara y precisa la necesidad de actuar conforme al principio de legalidad.

Al finalizar el capítulo, luego de haber revisado la Constitución, los Tratados Internacionales y el Código Orgánico Integral Penal, se puede concluir sobre la

eminente presencia del principio de legalidad y de sus garantías en el desarrollo del derecho penal, en el Ecuador y la jerarquía que tiene el mismo. El principio de legalidad es un elemento indispensable en el desarrollo del derecho penal, las normas jurídicas que gobiernen el Ecuador deberán proteger su pleno desarrollo y deben guardar relación su efectivo cumplimiento.

CAPÍTULO II

2. LA PENA

2.1 Antecedentes Históricos y Definición

El tipo de penas utilizadas por una sociedad para reaccionar en contra del delito ha sido determinada por diversos factores como son: (a) el grado de civilización; (b) patrones culturales; (c) las circunstancias históricas; (d) la política; (e) la economía; (f) la necesidad de seguridad que tenga, entre otros. Estos factores determinan el significado que cada sociedad le da a la pena y también el fin que persigue. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 468-469).

La historia de las penas es más infame que la historia de los propios delitos, puesto que se ha evidenciado desde los sufrimientos más refinados, hasta los castigos más brutales en el transcurso de la historia, la crueldad humana no ha tenido límites para inventar las formas más atroces de pena de muerte, aplicándolas incluso en delitos leves, de igual forma es reprochable la historia del pensamiento filosófico y jurídico que ha acompañado a estas formas de punición o aplicación de castigos, no es sino hasta el siglo de las luces que se empieza a evidenciar el rechazo contra la inhumanidad de las penas, la ausencia de beneficio de la pena de muerte. Ferrajoli (1995, pp. 385-387).

La pena existe desde la aparición más básica de la sociedad, cuando se describe a las formas primitivas de punición, que aparecen en la edad antigua (V a.C – II d.C), la venganza privada absoluta es una de las primeras que aparece, no se concibe a la pena como tal, sino, se lo idea como daño, es una reacción que proviene del instinto, no tiene proporcionalidad con el daño causado, no existe una autoridad pública con la competencia para imponer este castigo y por ende en su generalidad es arbitraria. Después surge la venganza de sangre este tipo de punición se da cuando los clanes o personas pertenecientes a un clan se sienten ofendidas, consistió en causar la muerte de

quien produjo esa ofensa y si esto no fuera posible se mataba a una persona de su clan. Por último se encuentra la expulsión de la paz, esta forma punitiva consiste en la expulsión del agraviador de su grupo o tribu cuando este haya transgredido las reglas sociales, el autor asemeja este tipo de venganza con la pena de muerte o la esclavitud, por cuanto el exiliado se queda sin protección. Machicado (2009, p. 9).

Como primera forma histórica de punición se encuentra la ley de Tali3n o Venganza Privada Reglada que se manifestaba bajo la frase “ojo por ojo y diente por diente”, presente en todos los ordenamientos arcaicos, desde el c3digo de Hamurabi pasando por la Biblia y las XII Tablas, esta doctrina retributiva representa una de las creencias m3s duradera en la cultura penal establecida por Arist3teles y Santo Tom3s para quienes la pena es *contrapassum* -represalia- es decir, implica una compensaci3n por el acto anterior, esta doctrina perdura en la Edad Media hasta llegar a Kant y Hegel para quienes el tali3n es el modelo ideal normativo de la pena, es m3s, algunos autores ilustrados y utilitaristas lo sustentaron. Ferrajoli (1995, pp. 387-388).

El fin de Tali3n era hacer sentir o causar al infractor el mismo -igual- da3o que 3l que caus3, esta forma de punici3n buscaba dar equivalencia al castigo -a3n no se consideraba a la pena como tal- es decir, pretend3a que sea proporcional al da3o que se gener3, adem3s es importante aclarar que el tali3n fue incorporado en la biblia, por esta raz3n se cre3a que exist3a un poder p3blico que la reglaba. Machicado (2009, p. 9).

La segunda forma hist3rica de punici3n que se encuentra, es la Composici3n, que proviene del lat3n *componere* y significa arreglar o conciliar, en la composici3n aparecen los primeros vestigios de la reparaci3n econ3mica, es decir, el ofensor pagaba determinada cantidad de dinero al ofendido, para de esta forma evitar que le apliquen la venganza p3blica o privada. Este proceso era reglado por el Estado, y era el mismo Estado qu3n se encargaba de determinar el valor de la multa que se le impondr3a. Machicado (2009, p.10).

Luego aparece la venganza divina, ya se empezaba a determinar la pena mediante un fin, en este tipo de punición el fin es la expiación -reparación-, es necesario entender que la concepción de la venganza divina se da en un momento que el delito es confundido con el pecado, entonces, consiste en dar la muerte al transgresor de la leyes religiosas para de esta manera, mediante un sacrificio calmar la ira de los dioses. Este método punitivo se dio en China, Babilonia, Israel, Egipto, India, Collas y Quichuas, estas eran sociedades teocráticas, cada una de estas sociedades practicaron la venganza divina de acuerdo al momento en el que se encontraban y a su evolución, razón por la cual cada una tenía sus particularidades, en algunas como la de Babilonia ya se consideraba el dolo y la culpa, y en otras como las Collas y las Quichuas se admitían atenuantes, entre otras particularidades que se desarrollaron en estas sociedades. (Machicado, 2009, pp. 10-12).

En Grecia aparece la venganza pública, da la capacidad al Estado para aplicar penas al infractor, el daño era considerado delito y la pena es un castigo legal, la particularidad se encuentra en que la infracción es tomada como un atentado a la sociedad, ya no a una persona, por esta razón el fin de la pena es la intimidación -prevenir el delito-, el Estado a través del derecho penal buscaba corregir a los delincuentes y defender a la sociedad. Este tipo de venganza apareció en dos etapas, en la etapa legendaria en la cual se encuentra el derecho penal ligado a la religión y en la etapa histórica en la cual el derecho penal es laico, se encuentran a grandes pensadores como Pitágoras “el delito rompe el equilibrio social y la pena lo restablece”, Protágoras, Sócrates, Hipócrates, Platón y Aristóteles, quienes emitieron su criterio sobre el delito y la pena. (Machicado, 2009, pp. 12-13).

El Derecho Penal Romano evolucionó de la mano a la religión, y se dieron tres épocas, en la primera época se dividió los delitos públicos de los privados, delitos públicos eran los que se cometían en contra del Estado como por ejemplo no pagar impuestos y los delitos privados son aquellos que afectaban a una persona en particular como el homicidio, para la segunda época aparece

la *Lex Valeria*, para ciertos delitos públicos impone el *supplicium* o también conocido como la pena capital, mientras que a los privados se les imponía una pena, para la tercera época se combina el delito privado y el público y dan origen al llamado delito extraordinario, los magistrados eran los llamados a juzgar este tipo de delitos, puesto que no se encontraban en la ley, ya para esta época se consideraba al dolo, las atenuantes y agravantes, a la culpa y la imputabilidad. Se concluye que en el Derecho Penal Romano se encontró casi todas las formas de punición, ya que, se da la venganza privada, pasando por el Talión, la composición hasta llegar a la venganza pública.

En cuanto al derecho Germánico se aplicó la venganza de sangre, la composición por contrato y la composición con intervención de autoridad que sirvieron para componer el daño civil y establecer una pena, y se incorpora elementos como el dolo, la culpa y el delito fortuito. En la Edad Media se juntan el derecho canónico -religioso y vindicativo- que aún concibe al delito como pecado, el derecho germánico y el romano, con el predominio de este -*Corpus Iuris Civile*- y da lugar al derecho penal Europeo, que se caracterizó por la arbitrariedad de los jueces, penas excesivas y crueles, desigualdad ante la ley y la eliminación de las garantías procesales. Machicado (2009, pp.13-15).

Con la ilustración en el siglo XVIII, se cree que la pena debió tener una utilidad dentro de la sociedad, es decir, servir para que el delincuente se readapte a la sociedad, puesto que esta corriente filosófica promovía la justicia, la igualdad ante la ley, la humanización de las penas, la prohibición de la tortura. Es importante recordar que este movimiento intelectual separa de manera muy firme el derecho de la moral y se opone de forma radical a las penas crueles y arbitrarias. Machicado (2009, p. 26).

Pueden distinguirse tres fases en el desarrollo histórico de la pena:

“la de las penas informales, marcada por el carácter casual, relativamente espontáneo, no reglado y, sobre todo, privado de la intervención punitiva; la de las penas naturales, caracterizadas por la búsqueda, aunque sea

ilusoria de un nexo natural o sustancial entre pena y delito; y la de las penas convencionales, basadas en el reconocimiento del carácter exclusivamente jurídico de la relación entre el tipo y el grado de las penas y el tipo y el grado del delito.” Ferrajoli, (1995, p. 394).

La formalización legal de una pena implica un presupuesto esencial para su aplicación mínima, es decir, que estén conforme a los criterios de utilidad y humanidad que están apoyados en el aforismo *nulla poena sine necessitate*, es decir, como ya lo afirmaba la tesis que une a Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham y Carmignani la pena debe ser necesaria y la mínima posible, conforme a los fines de prevención de nuevos delitos; la mitigación y minimización de las penas concebidas en la concepción utilitarista es quizá el rasgo más característico desarrollado por la Ilustración. Ferrajoli (1995, pp. 394-395).

Para los autores De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 471-472), la evolución histórica de la pena ha estado marcada por el enfrentamiento de las manifestaciones humanas fundamentales: el sentimiento y el pensamiento o expresado de otra forma la intuición y la razón, no obstante la historia demuestra que por mucho tiempo se ha impuesto la irracionalidad, incluso actualmente se aprecia aún ese predominio de la irracionalidad, puesto que la venganza sigue siendo un factor determinante en la aplicación del derecho penal, aún bajo este antecedente no se puede desconocer la existencia de concepciones racionales con carácter humanístico que han ido desplazando a la intuición y que actualmente influyen en el derecho penal para abolir las penas corporales y la pena de muerte.

Después de un corto recorrido por la historia del derecho, para entender cómo se desarrolló y se aplicó la pena desde la edad antigua, se puede concluir que la punición siempre fue objeto de conflicto tanto en su arbitraria imposición, como en su cruel aplicación, fue consecuencia del desarrollo cultural, filosófico y jurídico de la sociedad que la aplicaba. Actualmente, los criterios de la ilustración son quizá los que más fuertemente están presentes en el derecho penal, buscan la humanización de las penas y el respeto de la

calidad humana del condenado, pretende que se apliquen penas útiles y necesarias, lo que evidentemente va acorde con el actual sistema garantista que se evidencia en Ecuador.

Definir a la pena resulta difícil, es por esta razón, que se tomará las definiciones más destacadas a lo largo del desarrollo del derecho penal y de autores característicos, y posteriormente se va a exponer la definición de la pena según el Código Orgánico Integral Penal (2014).

Citando a uno de los exponentes más sobresalientes de la ilustración, Beccaria en Machicado (2009, p. 29): “La pena es un mal retribuido a quien daña a la sociedad.”

Según los autores De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 454), la pena es el mejor instrumento con el que cuenta el derecho penal para combatir el delito, para ellos según su concepto positivo: “La pena es la consecuencia jurídica de los actos reprobados por el derecho penal y sólo se aplica a imputables, una vez que se ha determinado la culpabilidad de conformidad con las normas del Estado de derecho.” La aplicación de una pena siempre implicará una privación inevitable de los derechos subjetivos para quien se la impone.

Por el contrario, cuando se hace referencia al concepto negativo de la pena se establece que la aplicación de una pena es poco apto para solucionar los conflictos, puesto que una pena de prisión impuesta al delincuente no soluciona el problema, sólo lo suspende en el tiempo y excluye a la víctima, según este concepto de la pena, sólo la dinámica social puede corregir el problema, Zaffaroni en De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 455-456), es uno de los autores que más apoya este línea argumental y afirma que la pena es: “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.” El punto de vista que da Zafarroni es muy

acertado tomando en cuenta que en Latinoamérica la mayoría de las naciones operan dos sistemas penales uno que aplica penas ilícitas como la tortura, que según el autor son necesarias para alcanzar la eficacia en la persecución penal prejudicial, y por el otro lado las penas lícitas que están formalmente establecidas.

Pese a que han existido diversas concepciones de los autores penalistas sobre la pena, hay un acuerdo en que la pena es un acto coercitivo que priva de algún derecho al delincuente, es decir, la pena constituye un castigo aflictivo para quien ha sido declarado culpable de un hecho punible; la pena tiene inminentemente carácter sancionatorio e implica la pérdida de algún derecho para quien se la impone. La pena concebida de esta manera implica la existencia de tres aspectos relacionados con su naturaleza: (a) es una imposición coercitiva del Estado frente a un hecho que se lo considera reprochable, es un acto de poder repudiado; (b) la pena implica siempre la privación de derechos y; (c) la pena en la culpabilidad como un reproche a una mala acción. En conclusión la pena es la sanción jurídica y proporcional a la culpabilidad que surge como consecuencia de un delito. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 456-458).

Según Carrara, representante de la Escuela Clásica Penal, la pena debe proteger el orden jurídico, es una retribución por el daño que causó el delincuente a la sociedad, la pena es un mal impuesto al delincuente y no debe exceder los límites de la tutela, si la pena se excede no está protegiendo el orden social, al contrario, está violando derechos y se convierte en tiranía. Machicado (2009, p. 50).

Mezger (2005, pp. 9-12), concibe a la pena como una retribución, una privación de bienes jurídicos que tomando en cuenta la culpabilidad cae sobre el autor de un hecho punible, debe existir proporcionalidad entre delito y pena. El autor estipula los tres momentos de la pena: (a) la sanción penal del legislador; (b) la imposición de la pena por el juez y; (c) la ejecución de la pena

por los administradores penitenciarios. Si al dogma del autor y al dogma del acto se une los momentos de la pena, esta unión da como resultado que en la sanción penal predomina el dogma de acto, el dogma de autor domina en la ejecución penitenciaria, y se encuentra una mixtura de los dogmas en la determinación de la pena.

Para Kant, la pena debe ser impuesta de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad manifestada en el hecho, la pena retribuye el mal que el delincuente causó con el delito, el autor propugna el retribucionismo y se ampara en la idea del contrato social que tiene su fundamento laico, liberal y garantista. Machicado (2009. p. 40).

Dentro de la escuela sociológica alemana, se halla a Franz Von Liszt, para quien la pena busca mantener el orden jurídico y como consecuencia la seguridad jurídica, para Von Liszt, la pena es de carácter preventivo, y no retributivo. Machicado (2009, p. 85).

Por su parte, Zaffaroni (1997, p. 4), asigna a la pena la función de asegurar los bienes jurídicos, separando moral y derecho, es por esto que deja de lado la definición de la pena como expiación o castigo.

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 51 define a la pena de la siguiente manera:

“Pena.- La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.”

La pena conceptualmente es concebida como un mal, como una privación o restricción a los derechos, la aplicación de una pena implica una pérdida de libertad como consecuencia de una acción u omisión que son considerados punibles por determinada legislación. Para imponer una pena como consecuencia de un delito es indispensable que se compruebe la culpabilidad del acusado en la infracción penal que se le imputa. García (2014, pp. 451-452).

Para que una pena sea impuesta se necesita que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, así lo establece la parte final del artículo 51 del Código Orgánico Penal Integral (2014), y también la Constitución Ecuatoriana (2008), en su artículo 77, numeral 12, que señala:

“Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

El ordenamiento jurídico penal ecuatoriano protege el derecho a la libertad de las personas, velando que este derecho sea restringido únicamente a quien tiene una sentencia condenatoria, además, se vigila que el cumplimiento de esta pena sea solo en los centros permitidos y adecuados para este fin, de esta manera, se procura que las personas condenadas no sean víctimas de tratos crueles o tortura.

2.2 Finalidad, Legitimación y Justificación de la Pena

2.2.1 Finalidad y Legitimación de la Pena

El estudio sobre el fin de la pena se empieza bajo la premisa, de que, toda acción humana busca conseguir un fin, en tal virtud, si la pena es la consecuencia de una acción humana, por lo tanto, la pena también debe perseguir un fin.

La finalidad o el fin de la pena como muchos autores lo conocen, ha sido otro de los temas que ha causado diversidad de opiniones entre los ilustrados del derecho penal de todas las épocas, es por esta razón que se expusieron las ponencias más relevantes.

La concepción más antigua acerca del fin de la pena, la dio Platón, para este autor el fin de la pena es la purificación del alma manchada por el delito. Mezger (2005, p. 70).

Beccaria (2006, p. 38), en su obra *De los Delitos y de las Penas*, afirma que el fin de la pena no es atormentar a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin de la pena es impedir al reo, que realice nuevos daños a los ciudadanos, y el de disuadir a los habitantes de cometer delitos.

Si el fin que busca la pena es la resocialización, el Estado no deberá aplicar penas afflictivas y de castigo, al contrario debe optar por las penas educativas y reformadoras, que no lesionen de ninguna manera la calidad y la dignidad humana del condenado. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 461).

Por su parte Mezger (2005, p. 51), considera que por unanimidad se ha concluido que el fin último y rector de la pena es la conservación del ordenamiento jurídico, pero también, el autor refiere que el fin de la pena es triple:

“1. la pena debe actuar social-pedagógicamente sobre la colectividad (la denominada prevención general); 2. debe proteger a la colectividad ante el sujeto que ha sido castigado y corregir a éste (la denominada prevención especial), y 3. debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (la denominada consideración o respeto a la personalidad).”

Zaffaroni, (1997, p. 58), afirma que el fin que persigue la pena es el mismo que persigue la ley penal, la seguridad jurídica y la prevención de futuras conductas delictivas.

De igual manera Roxin en Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 15), afirma que, el fin de la pena siempre debe quedar referida al fin del derecho penal.

En la actualidad se sostiene que la finalidad de la pena sólo puede ser preventiva, dado que las normas penales sólo están justificadas cuando tienen como objetivo la protección de la libertad individual y su ordenamiento jurídico y social debe estar conforme a esta finalidad. En un ordenamiento jurídico la prevención especial y general deben coexistir como finalidades de la pena.

En consecuencia a lo antes expuesto, en el Código Orgánico Integral Penal (2014), también se puntualiza a la finalidad de la pena en este sentido, como se evidencia en su artículo 52, el mismo que establece:

“Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales”.

Se evidencia que la finalidad de la pena en la legislación Ecuatoriana son: evitar el cometimiento de delitos y la resocialización del autor de un delito, pretende que la pena sea proporcionada, no vulnere el valor de justicia, la dignidad de la persona condenada y sobre todo que respete el principio de legalidad y el de culpabilidad, esto también está consagrado en la Constitución del Ecuador (2008), en sus artículos 201, 202 y 203. García (2014, pp. 453-454), muestra su escepticismo a la finalidad resocializadora de la pena, puesto que, según el autor el cumplimiento de una pena privativa de libertad tiene un resultado completamente contrario al que se desea con la resocialización.

Cuando se hace referencia a la finalidad de la pena y a la función del derecho penal se debe tomar en cuenta la estrecha relación que guarda con las teorías de la pena para alcanzarlos, de hecho el pensamiento clásico ya específica sobre la existencia de dos líneas de pensamiento, una de ellas sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica que consiste en alcanzar el ideal de justicia, mientras que la otra hace mención a la función social mediante la prevención del delito y la protección de los bienes jurídicos reconocidos por el derecho positivo. Bacigalupo (1999, p. 29).

La Escuela Clásica Penal encuentra sus bases en la filosofía del Derecho Natural, el derecho es innato al hombre porque es dado por Dios. El hombre es libre para escoger entre el bien y el mal -libre albedrío-, si pese a esta libertad que se le otorga escoge al mal, se lo debe retribuir con otro mal, este mal es la

pena. Para la escuela clásica la finalidad de la pena es el restablecimiento del orden social que el delincuente rompió, la pena debe ser aflictiva moral o físicamente, ejemplar, cierta, pronta y pública. Machicado (2009, pp. 44 y 46).

La Escuela Positiva de la Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico nace en el siglo XIX, en contraposición a la Escuela Clásica, rechaza el libre albedrío y determina la responsabilidad del hombre por el solo hecho de vivir en sociedad, considera en primer plano al delincuente y luego al delito. El fin de la pena es la defensa social, mediante la prevención especial y general, la pena busca corregir al delincuente y readaptarlo a la sociedad, la pena no es impuesta por cometer un delito, sino para que no se lo cometa. Otra consideración del positivismo es la utilización del concepto de sanción, y no el de pena, puesto que considera que está mal usado el término, la sanción debe durar lo que dure la peligrosidad del delincuente, este concepto convierte a la sanción en indeterminada. Machicado (2009, pp. 62-66).

La función del derecho penal está íntimamente ligada a los fines que persigue la pena y sobre todo sobre su legitimación, es por esta razón que se considera que el derecho penal es un instrumento para la consecución de los fines del Estado. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 50).

A partir del último cuarto de siglo el enfrentamiento que se ha venido desarrollando en el tratamiento de la pena como un instrumento de justicia o por su utilitarismo, ha desembocado en una lucha de escuelas, una escuela penal es un “Cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones.” Jimenez De Asúa en Machicado (2009, p. 19). Mientras la Escuela Clásica a través de las teorías absolutas propugna el criterio legitimante de la justicia, la Escuela Positiva por medio de sus teorías relativas sustenta el criterio de la utilidad social. Sin embargo, es indispensable aclarar que estas teorías no corresponden a un tipo determinado de modelo de Estado. Bacigalupo (1999, p. 30).

Una vez que se va a empezar con el desarrollo de las teorías de la pena es imprescindible que se entienda a la palabra teoría en su sentido amplio, es decir, como principios o axiomas cuya función es la fundamentación en último término, por lo antes expuesto se concluye que las teorías de la pena no dan respuesta a la preguntas ¿qué es la pena?, si no, ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena? Bacigalupo (1999, p. 30).

2.2.1.1 Teorías Absolutas

Se las denomina teorías absolutas a aquellas que encuentran en la pena un sentido independiente de su efecto social, se suelta de él, esto en concordancia con su etimología que proviene del latín *absolutus* que significa soltado. Las teorías absolutas de la pena están presentes desde la antigüedad y son concebidas como una retribución compensadora, actualmente sigue vigente en la conciencia del lego, detrás de estas teorías se encuentra el principio del Talión. Es su fundamentación en la filosofía del idealismo alemán lo que ha permitido que esta teoría tenga una influencia tan significativa. Roxin en Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 16).

Para estas teorías la pena sólo es justificable, cuando existe un delito cometido, se entiende que la pena es una compensación al mal causado por el delito, esta teoría tiene a Kant y Hegel como sus representantes más preponderantes, la teoría de estos representantes se contraponen con la utilitarista o la de la prevención, puesto que para ellos la pena no debe utilizar al delincuente para la consecución de fines sociales. Esta teoría pretende que la pena sea una consecuencia justa, si el delito es un mal, se debe castigar con otro mal. Machicado (2009, p. 21).

El primero de sus representantes, Kant, intentó fundamentar las ideas de retribución como leyes inquebrantables y quiso imponerlas a todas las doctrinas utilitaristas, en el caso de que una sociedad decida desaparecer o disolverse, fundamentaba Kant: “el ultimo asesino que se encontrara en prisión

debería ser antes ejecutado, para que todos sepan lo que sus hechos valen, y para que la culpabilidad de sangre no caiga sobre el pueblo que no insistió en su castigo”. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 17).

Por su parte Hegel, concibe al delito como una negación del derecho y a la pena como una negación de la negación, es decir, como anulación del delito y de esta manera concibe a la pena como un restablecimiento del derecho. A diferencia de Kant, Hegel reemplaza el principio del Talión por la igualdad valorativa entre delito y pena. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 17).

Estas teorías también son sustentadas por la Iglesia hasta la época de la posguerra, conciben a la realización de la justicia como un mandato de Dios y por lo tanto, la imposición de la pena es la ejecución en representación de esta magistratura divina. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 18).

Para Ferrajoli (1995, p. 253), las teorías absolutas son aquellas que contienen las doctrinas retribucionistas, conciben a la pena como un fin en sí misma, es decir, admite la pena como un castigo, reparación, compensación o retribución al delito cometido. La justificación de estas teorías mira al pasado.

“La pena será legítima, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral³. Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.” Bacigalupo (1999, pp. 30-31).

En las teorías absolutas la pena que se impone debe ser necesaria y justa, debe tener proporcionalidad con el delito cometido, no se puede imponer pena más grave que el delito cometido, ni siquiera argumentando su utilidad desde el punto de vista preventivo, de modo que para estas teorías la utilización del individuo para imponer penas exageradas es una violación a la dignidad humana. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 51).

Las teorías absolutas se divide en dos: (a) teoría de la expiación y; (b) teoría de la retribución. En cuanto a la teoría de la Expiación la pena consistía en causar sufrimiento al delincuente, para de esta manera calmar el enfado divino, es evidente considerar que en esta teoría la religión y la ética son confundidas con el derecho, por esta razón el castigo que se imponía al culpable por el delito o pecado cometido, procuraba reparar la relación destruida con Dios o la restauración del orden moral, con esta teoría se pretendía que el autor de un acto inmoral o que cometa un pecado se libere de sí mismo, elimine su culpa y quede en paz consigo mismo y con los demás, la expiación por ende buscaba la reconciliación, pero para que esta reconciliación surta efecto el culpable debe recibir un castigo. Machicado (2009, p. 22).

En cambio la teoría de la retribución pretende compensar el mal sufrido mediante la pena, no intenta borrar la falta como se explicó en la teoría de la expiación, es relevante resaltar que en ninguna de estas teorías se busca la regeneración del delincuente, son completamente represivas y vindicativas y su aplicación se da principalmente en pueblos primitivos. Machicado (2009, p. 22).

Estas doctrinas retribucionistas que fueron muy difundidas, sólo son explicables como la consecuencia más o menos consciente de la confusión entre derecho y moral y entre validez y justicia. Ferrajoli (1995, p. 257).

Roxin en Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 19), critica a esta teoría, afirmando que, la pena no puede prescindir de finalidad social, esta idea retributiva de la pena puede dar paso a fomentarla en circunstancias que no son necesarias aplicarlas, entonces, si la pena no es necesaria no sirve para conseguir las funciones del derecho penal y pierde legitimación social. Roxin también considera importante resaltar, que el poder ya no deriva de Dios sino del pueblo, lo que desvirtúa a estas teorías.

Roxin también crítica de estas teorías la especificación de los presupuestos de la pena, el no responder la pregunta sobre cuando hay castigar y limitarse a señalar que si se ha cometido un delito que está sancionado con una pena por

el ordenamiento jurídico, esta pena deber ser aplicada. Zaffaroni también critica de esta teoría, la crueldad que se puede llegar a cometer hacia una persona con el simple justificativo de castigarlo por el delito. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 57-58).

Como otros puntos en contra de estas teorías se halla su irracionalidad y al contrario de lo que se cree la eliminación del delito no es real, puesto que el mal de la pena se suma al mal del delito. En favor de esta teoría se enaltece la no utilización de un individuo en particular para intimidar a la generalidad mediante la imposición de penas ejemplares o desproporcionales, por lo tanto tiene un sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable. Bacigalupo (1999, p. 32).

2.2.1.2 Teorías Relativas o Preventivas

Se las denomina así porque están referidas a la finalidad de la evitación del delito, etimológicamente proviene del latín *referre* que significa referirse a, al igual que las teorías absolutas, sus orígenes se remontan a los inicios del pensamiento penal, así encontramos en Platón (427 – 347 a.C.), a uno de los primeros exponentes de esta teoría, quien expresa: “ningún hombre prudente pena porque se ha pecado, sino para que no se peque (...)”. Esta teoría fue reformulada por la Ilustración, posteriormente fue opacada por la retribución, pero fue en el siglo XIX que se la da vida nuevamente a esta teoría y que hasta la actualidad se encuentra una fuerte influencia de ella. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 20).

La doctrina las ha denominado de esta manera porque las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales, su fin es prevenir delitos, para de esta manera proteger los bienes jurídicos, no se pena por el delito cometido (*quia peccatum est*), si no para que no se comenten delitos (*sed ne peccetur*). De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 52).

Las teorías relativas o de la prevención encuentran cuatro fines según su división, así lo expresó Ferrajoli (1995, p. 263):

“aa) las doctrinas de la *prevención especial positiva* o de la *corrección*, que atribuyen a la pena la función positiva de corregir al reo; ab) las doctrinas de la *prevención especial negativa* o de la *incapacitación*, que le asignan la función negativa de eliminar o de un modo u otro neutralizar al reo; ba) las doctrinas de la *prevención general positiva* o de la *integración*, que le asignan la función positiva de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido; bb) las doctrinas de la *prevención general negativa* o de la *intimidación*, que le asignan la función de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo la amenaza de la pena”.

Para Ferrajoli (1995, p. 253), las teorías relativas contienen a todas aquellas doctrinas utilitaristas, que consideran a la pena como un medio para conseguir el fin utilitario de la prevención de la comisión de futuros delitos. Estas teorías se justifican en miras al futuro.

“no hay que preocuparse del mal ya pasado, sino del bien futuro: es decir, no es lícito infligir penas si no es con el fin de corregir al pecador o de mejorar a los demás con la advertencia de la pena infligida(...) La venganza, no estando referida al futuro y naciendo del orgullo, es un acto contra la razón”. Hobbes en Ferrajoli (1995, p. 259).

Su principal función es la prevención, justifica la pena en la necesidad de evitar la realización de delitos futuros, y en caso de que se ejecute un hecho punible, se impone una sanción -castigo- con el objeto de evitar que el delincuente vuelva a cometer un delito. Conforme con el pensamiento que se desarrolló en la ilustración, aquí se puede evidenciar la concepción utilitaria de la pena y también es afín con el pensamiento de la Escuela Positiva Italiana que vincula la pena a la peligrosidad del delincuente. Machicado, (2009 p. 20).

Pero no sólo se debe vigilar el cumplimiento de estos fines de forma aislada, puesto que, los fines de la pena exigen humanidad en la administración de la justicia punitiva (Mezger, 2005, p. 66). En tal virtud, se debe perseguir el cumplimiento de los fines de la pena, sin que eso conlleve a que se vulnere al ser humano en su integridad o su humanidad.

“Las “teorías relativas” procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la

generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una “teoría” preventivo-general de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una “teoría” preventivo-especial o individual de la pena”. Bacigalupo (1999, p. 33).

Lo importante a destacar en este párrafo de Bacigalupo, es la clasificación de las teorías relativas, en teorías relativas generales y teorías relativas especiales, para el autor esta clasificación responde y están en concordancia con el fin que persigan.

2.2.1.2.1 Teoría Preventiva General

El fin de las teorías preventivo-generales no se encuentran en la retribución, ni en la actuación sobre el autor, sino en la influencia que se ejerce sobre la generalidad mediante amenazas penales y la ejecución de las penas, es decir, a través de prohibiciones legales se busca disuadir a la sociedad de cometer una infracción penal. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 25).

La prevención general es aquella que mediante la amenaza de aplicar una pena busca intimidar al posible delincuente para que se abstenga de cometer el delito, como una forma de intimidación se usa la ejemplaridad de la pena, esto consiste en asignar una pena extremadamente desproporcionada a un delito. Machicado (2009, p. 21).

Su representante más destacado es Feuerbach (1775-1833), quién desarrolló la teoría psicológica de la coacción, en la cual, se imaginaba que el alma del autor potencial estaba cayendo en tentación de cometer un delito y para evitar que esto suceda, se debía generar sentimientos de desagrado en la psiquis del posible delincuente a través de amenazas penales, en consecuencia, se ejercía una coacción psicológica. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 25-26).

Esta teoría no cuestiona la amenaza de la pena, lo que si ocurre, en el momento de fijar la pena dentro de un máximo y un mínimo estas

consideraciones preventivo-generales podrían conllevar a la aplicación de una pena superior a la establecida de acuerdo a la gravedad del delito, esto sería ilegítimo e ilegal. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, al fin preventivo de esta teoría no se ha podido comprobar su eficiencia de forma convincente. Bacigalupo (1999, p. 33).

Si bien esta teoría se enfoca básicamente en la amenaza para cumplir el fin preventivo del delito, no descuida la imposición y la ejecución de la pena, puesto que, de ella depende la eficacia de su amenaza, por lo tanto, la ley debe intimidar a la colectividad en general, pero la ejecución debe dar efecto a la ley. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 26).

Lo antes expuesto, también se encuentra en palabras de Beccaria (2006, p. 53), quien a más de corroborar la importancia de la ejecución de la pena, manifiesta lo innecesario de una pena cruel, mediante el siguiente enunciado:

“Uno de los más grandes frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas (...) La certidumbre del castigo, aunque moderado, causará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad (...)”.

Para la prevención general, no es suficiente que la pena actúe sobre el autor de un delito, sino que además, es necesaria y tal vez de mayor importancia la prevención para que no se cometan hechos punibles y para que no se quebrante el ordenamiento jurídico, que es el encargado de brindar una pacífica convivencia social. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 29).

Esta teoría preventivo-general es difícilmente refutada por la práctica, si se llegara a objetar su eficacia, siempre se lo puede contraponer, que a pesar de toda la delincuencia que existe, la mayoría de la población permanece fiel al derecho. Pese a este criterio, no se puede desconocer que esta teoría tiene falencias, la primera es que no contiene limitaciones de la duración de la pena, lo que se convierte en una arma estatal peligrosa, por otro lado, la mal fundamentada creencia que las penas más altas, más severas tienen mayor

efecto intimidatorio y por último al igual que las teorías retributivas no impulsan el cumplimiento de la ejecución de la pena. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 29).

Según esta división de los fines de las teorías relativas, que se expuso arriba, se evidencia que la teoría preventiva-general se divide en negativa y positiva, a la primera se la denomina de esta manera porque tiene un efecto puramente intimidatorio en la norma penal, mientras que para la positiva la pena tiene una función más amplia, que es la integración de normas para la estabilización de la sociedad. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp.53-54).

El aspecto positivo de la prevención general se encuentra en la conservación y reforzamiento de la confianza en el ordenamiento jurídico, y de esta manera reforzar la confianza de los ciudadanos en el derecho. Actualmente, a este punto de vista se le da mayor importancia que al de la intimidación. Además del antes mencionado efecto de confianza en el derecho, se encuentra en la teoría preventiva general, el efecto de satisfacción cuando el conflicto es solucionado, y se restablece la calma social. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 28).

Para varios autores como Grocio, Hobbes, Locke, Beccaria, Filangieri y Bentham, las doctrinas de prevención general negativa o también conocidas como las de intimidación, son las únicas que no confunde derecho y moral o la naturaleza, si la función del derecho penal es disuadir de realizar una conducta al delincuente, pero sólo es posible disuadir los comportamientos externos, dejando de lado la subjetividad, los estados de ánimo, entre otros factores. Ferrajoli (1995, pp. 275-278).

Una de las formas de intimidación por excelencia es la coerción física, pero para llegar a una coerción física se debe presuponer la lesión de un bien, la teoría preventivo general negativa busca anticiparse a la consumación de la infracción penal, es por esta razón que esta teoría recurre a la intimidación por medio de la coacción psicológica, mediante el uso de la intimidación se

pretende mantener la convivencia social y prevenir que la sociedad cometa delitos. García (2014, p. 448).

Actualmente se cree firmemente que no es la gravedad de la pena amenazada lo que actúa intimidando al delincuente, sino el riesgo de ser atrapado, expresado de otra manera y fundamentado en el pensamiento de Beccaria, no es la agravación de las amenazas penales, sino más bien la intensificación de la persecución penal, lo que permite tener una efectiva consecución de los fines preventivos-generales. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 27).

2.2.1.2.2 Teoría Preventiva Especial

La prevención especial en cambio está dirigida al autor de un delito para evitar que en un futuro vuelva a delinquir, mediante la corrección del delincuente o la readaptación social o la inocuización en caso de delincuentes incorregibles. Machicado (2009, p. 21).

La prevención especial positiva consiste en la reeducación del reo, mientras que la negativa busca neutralizarlo o eliminarlo, estas finalidades de la pena no son opuestas entre sí, por el contrario, ambas se colaboran en la definición del fin de la pena, atendiendo algunas veces a su personalidad, es decir si el delincuente es considerado corregible o no corregible. Ferrajoli (1995, pp. 264-265).

Para los que defienden esta teoría, la comisión de un delito alerta sobre la amenaza de futuros delitos que lesionen el orden jurídico, la pena pretende evitar el cometimiento de estos futuros delitos, para los autores más antiguos afines a esta teoría, su objetivo consistió en neutralizar el impulso criminal del autor, esta teoría fue parte del positivismo y también a partir del siglo XX, forma parte del derecho penal moderno con algunas modificaciones en la forma de concebir la pena retributiva, se asemeja a la represión y la prevención, así lo

afirma con el siguiente enunciado: “No es el concepto sino el autor lo que se debe sancionar”. Von Liszt en Bacigalupo (1999, p. 34).

Basado en los enunciados de Von Liszt, se empieza a investigar a la pena en función del autor de un delito, lo que da inicio a una categorización del delincuente, esta categorización es resultado de un estudio sociológico y antropológico, que responde a las tres finalidades de la prevención especial: corrección, intimidación e inocuización, el resultado que arrojó las investigaciones realizadas por Lombroso y Ferri.

“El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue que la pena debía servir para:

a) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección.

b) Intimidación del delincuente que no requiere corrección.

c) Inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección.”

Bacigalupo (1999, p. 35).

Se realizará una tabla acerca de la categorización del delincuente, fue producto de la investigación de Ferri y posteriormente de Von Liszt. Bacigalupo (1999, pp. 35-36).

Tabla 1. Categorización del Delincuente.

Ferri		Von Liszt
Tipo de Delincuentes	Tipo de Corrección	Tipo de Delincuentes
Habituales	Inocuización	Natos
Principiantes	Corrección	Locos
Ocasionales	Intimidación	Habituales
		Ocasionales
		Pasionales

A partir de los años 60, la teoría de la prevención especial abandona la línea de la clasificación del delincuente y se da paso a conocimientos pedagógicos

más evolucionados, por lo tanto, se habla de la pena como un concepto resocializador y como segundo punto se da lugar a la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito, y por último se adopta la idea de un tratamiento. Bacigalupo (1999, p. 35).

Esta concepción moderna de la teoría de prevención especial fue objeto de grandes discusiones entre quienes simpatizaban y la impulsaban y los que no estaban de acuerdo, de lo que se puede rescatar, quienes impulsan la corresponsabilidad social proponen que la pena sea para resocializar a la sociedad y no al autor, y quienes no están de acuerdo plantean regresar a las teorías absolutas de la Escuela Clásica. Bacigalupo (1999, pp. 36-37).

Su desatino más grave se encuentra, a diferencia de las teorías absolutas, en que no ofrece ninguna medida para la pena, es decir, se puede mantener detenido indeterminadamente a un delincuente hasta que este resocializado, esto también conduciría a que se pueda imponer penas de larga duración por el cometimiento de hechos punibles leves. Kant y Hegel veían su finalidad educativa mediante la coacción y a la resocialización una lesión a la dignidad de hombre. Otro punto débil de esta teoría aparece en la falta de resolución acerca de qué hacer con aquellos autores que ya no necesitan ser resocializados, o con aquellos que no existe peligro de reincidencia o con los delincuentes ocasionales de delitos leves. Finalmente no se puede comprobar si existe o no una verdadera resocialización de los delincuentes y los objetivos de la prevención pierden su sentido cuando permanecen sin resultado evidenciable durante mucho tiempo. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 23-24).

La prevención general tiene ventajas esenciales con respecto de la prevención especial, en primer lugar la amenaza es una medida general, no debe restringirse por criterios de reincidencia o peligrosidad, los hechos punibles que no se cometan y por ende no generen consecuencia penal, actúan como intimidación sobre la colectividad, en segundo lugar, exige

determinaciones exactas, para que un ciudadano no cometa un hecho punible este debe estar bien fijado con anterioridad. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 29).

2.2.1.3 Teorías Mixtas o Unitarias

Buscan unificar las teorías relativas y las absolutas en una sola, pero para Muñoz Conde en De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 57), considera que:

“retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad, que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La pena se justifica en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo (...)”

Buscan un punto medio entre la justicia y la utilidad de la pena, reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, así mismo no se puede dejar de lado los fines de la prevención general y la prevención especial, sólo será ejemplar la pena que implique proporcionalidad con la gravedad del delito. Estas teorías unitarias tienen su inicio en los siglos XVI y XVII, y, sus mayores representantes eran Aristóteles y Santo Tomás. Machicado (2009, p. 22).

Estas teorías consideran a la retribución y a la prevención como finalidades que debe perseguir la pena en forma conjunta, resulta decisivo que contenga el fin de retribución de la pena y también el fin de intimidación, los fines de mejoramiento, aseguramiento, se encuentran en segundo plano. Actualmente, se pretende que esta teoría trate a la retribución y a la prevención especial y general en igual jerarquía. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 30-31).

Es decir, la teoría de la unión busca un equilibrio entre la pena justa y la pena útil.

“(...) Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en un teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir

(retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima, para estas teorías, en la medida en que sea a la vez justa y útil. Los valores de justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son complementados sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las “teorías” que estamos tratando.” Bacigalupo (1999, p. 37).

La tarea de unir ambas teorías ha resultado bastante difícil, pues se piensa que muchas veces estas no coinciden e incluso son contrarias para resolver este problema, las teorías de la unión han tenido que escoger la prevalencia de una sobre la otra en caso de antinomias, y por tanto se ha creado dos orientaciones. En la primera se halla la prevalencia de la justicia sobre la utilidad, se legitima la utilidad de la pena siempre que esto no implique atenuar o agravar la pena justa. En la segunda orientación, la utilidad es el fundamento de la pena, y por esta razón se legitima la pena preventiva limitada por la condición de ser justa. Con esto se pretende que no se legitime una pena inútil aunque sea proporcionada a la culpabilidad. Esta segunda orientación tiene mayor aceptación. Bacigalupo (1999, pp. 27-38).

Jakobs (1998, pp. 12-14), critica la teoría de la unión basado en dos puntos de vista, en primer lugar, porque la unión de la prevención y la retribución suponen una armonía de lo contrapuesto, sin embargo, es difícil encontrar esa armonía entre ambas, puesto que la unión paraliza la reformatoria o la retribución del acto basada en la culpabilidad y en segundo lugar la armonía que busca la teoría de la unión afecta no sólo en la teoría, sino también en la práctica, de modo que no hay relación positiva entre las penas habituales, el fin retributivo y el efecto preventivo de las mismas.

Para Roxin una teoría de la unión bien entendida deja de lado los fines retributivos, se enfoca netamente en la finalidad preventiva de la pena, y cuando existe una contradicción entre la prevención general y especial, se debe dar preponderancia a la preventivo especial sobre la general, cuidando de no reducir la pena de tal manera que elimine el fin preventivo general, el autor da la justificación de la punibilidad no a la retribución, sino a la finalidad

preventivo general, manifestando que la punibilidad es necesaria porque si existe impunidad en un delito, podría provocar que estas conductas sean reiteradas. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 34-36).

Roxin en Bacigalupo (1999, p. 38), proporciona un nuevo enfoque a la teoría de la unión que establece lo siguiente:

“(...) en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial).”

Sin embargo, no debe confundirse, la teoría de Roxin no da paso a una distribución de los fines de la pena en los distintos estados de la ejecución del derecho penal, sino más bien, debe tomarse como una ponderación especial para cada uno de estos estados o etapas que se dan en la aplicación del derecho penal.

En la actualidad, esta teoría de la unión apoyada en que el derecho penal trabaja mediante criterios justificantes o legitimantes de la pena en los distintos momentos que ocurren en la comisión del delito es bastante aceptada por las distintas legislaciones y es aplicada por el derecho de muchos Estados.

2.2.2 Justificación de la Pena

La justificación de la pena se evidencia en el cumplimiento de la finalidad de la pena, es decir, la justificación de la pena está íntimamente relacionada con las teorías de la pena que se acaba de desarrollar.

Sin embargo, algunos autores destacados en el derecho penal, han desarrollado algunas teorías, aparte de las que fueron explicadas a profundidad anteriormente, estas teorías fueron expuestas para justificar la pena, es por esta razón que se ha visto la necesidad de exponerlas de manera breve.

Una de las primeras teorías que se encuentra, es la teoría de la integración-prevención, que es desarrollada por Jakobs, para quien:

“(...) la función de la pena consiste en confirmar la validez de la norma pensada como modelo de orientación social. El castigo representa la contradicción de la negación de la norma y por su intermedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho.” Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 63).

En esta teoría se halla elementos retribucionistas y preventivos, como crítica a esta teoría, se recalca la utilización del individuo como medio para la consecución de un fin social, por otro lado se destaca que esta teoría, en su determinación abandona la utilización de criterios legales y por último critica que se anteponga la noción del sistema al individuo, dejando de lado la culpabilidad y la protección de bienes jurídicos. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 63-64).

En segundo lugar aparece la teoría consensual, que es desarrollada por Carlos Nino, quien sostiene que, la justificación de la pena está en entenderla como medio eficaz de protección social, y se fundamenta en el consentimiento de la persona sobre quien recae la pena. Las críticas a esta teoría son las mismas que se hacen a la teoría preventivo general, y también las que se formulan al planteamiento contractualista. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 65).

Para terminar con estas legitimaciones recientes, se halla el garantismo penal como doctrina, es Ferrajoli quien cimienta esta teoría, para este autor se justifica el sistema penal únicamente si se minimiza la arbitraria violencia de la sociedad, para alcanzar este fin es necesario que se satisfagan todas las garantías del derecho penal mínimo. Según esta teoría el derecho penal no es el único medio para prevenir los delitos y la violencia social. La crítica a esta teoría radica en que esta teoría simplemente demuestra que el sistema penal es un problema social que causa un mal innecesario y desigual, pero en ningún momento establece el fin y la función de la pena. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 65-67).

Por otro lado, cuando se refiere a la justificación de la pena, el tratadista Mezger (2005, pp. 67-73), la desglosa en tres: (a) la pena es un medio

indispensable para la conservación de la sociedad; (b) la pena es un mal, y al ser un mal se justifica en la prevención del cometimiento de otro mal aún mayor y (c) la pena es retribución, pero no se entiende como la retribución absoluta, sino como una derivación del pensamiento retributivo del pensamiento preventivo.

2.3. Clasificación de las Penas

Las penas se clasifican en función de la gravedad del acto cometido -delito- y en función del bien jurídico que afecta:

Dentro de la primera clasificación que hace alusión a la gravedad, en el desarrollo de la historia del derecho penal se hallan: los crímenes, los delitos y las contravenciones. Los crímenes implican el cometimiento de un hecho punible de alta gravedad, que son castigados con penas de reclusión, los delitos son faltas al ordenamiento jurídico de menor gravedad que los crímenes y dan lugar a las penas de prisión, mientras que las contravenciones son afectaciones leves a un bien jurídico protegido y daban lugar a un arresto, encierro o multa -depende de la sociedad que la aplicaba-.

Por otro lado, en función de los bienes jurídicos afectados aparecen tres tipos de pena consiste, tres tipos de privación de bienes jurídicos o derechos: (a) la pena de muerte que priva el derecho a la vida; (b) las penas privativas de libertad que priva al bien jurídico libertad; y (c) penas patrimoniales que atenta contra el derecho de la propiedad. Ferrajoli (1995, p. 390).

La pena de muerte es la más antigua forma de punición que se encuentra, tenían incorporado residuos de las penas corporales, la llamada pena capital que se aplica actualmente en algunos países es una forma evolucionada de la pena de muerte, la diferencia principal que se halla entre ambas es que la pena capital comprende técnicas de ejecución indoloras, se deja de lado la exhibición del condenado a la muerte como un espectáculo. Ferrajoli (1995, p. 390).

La pena privativa de libertad es considerada también como una institución antiquísima, puesto que la cárcel Tuliana, después llamada Mamertina fue constituida en Roma por el Rey Anco Marcio, quien buscaba infundir miedo a la plebe, más tarde fue ampliada por Servio Tulio, el emperador Zenón más tarde estableció que la reclusión carcelaria era exclusivamente de carácter público, dejando de lado cualquier forma de encarcelamiento privado, Justiniano lo afirmaría más tarde dando el poder de encarcelar a una persona sólo a los magistrados, el fin de las cárceles en ese tiempo era el de retener a los imputados por el tiempo que sea necesario por el tiempo del proceso para asegurar justicia y evitar la fuga. La cárcel como pena en sentido propio se origina en la Alta Edad Media bajo el auspicio de la iglesia católica y se afirmó como pena perpetua o temporal en los siglos XVII y XVIII, pero aún conservaban modalidades atroces, entre el siglo XIX y el XX, más o menos, la pena privativa de libertad se convierte en la principal y desplaza a las demás. Ferrajoli. (1995, pp. 390-391).

En la actualidad en la mayoría de los Estados que incorporan al derecho penal mínimo utilizan a la pena privativa de libertad en casos de excepción y no para corregir los impulsos de venganza que se producen por el cometimiento de un delito, se sugiere racionalidad en el uso de este tipo de penas, puesto que, si bien están constituidas bajo el principio de legalidad, no dejan de ser vulneraciones a los derechos de las personas, no concebibles para los defensores de los derechos humanos. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 480-481).

Para Mezger (2005, pp.20-22), las penas privativas de libertad a su vez se clasifican en dos, las penas de reclusión que son las penas más graves, se aplica a los delitos más degradantes, implica una obligación de trabajo y el tiempo mínimo de esta pena es de 1 año y el máximo de 15 años, se impone por meses completos; por otro lado se encuentra a las penas de prisión, es determinada en los delitos de menor importancia, es de gravedad media, en este tipo de pena se puede o no imponer trabajo forzoso -queda al arbitrio del

administrador penitenciario-, la duración mínima es de un día y la máxima de 5 años. Algunas legislaciones consideran al arresto como otra división de la pena privativa de libertad. Es importante resaltar que estas divisiones de la pena privativa de libertad y los límites mínimos y máximos que cada una de ellas determina varían en las distintas legislaciones.

Las penas patrimoniales en cambio, son formas de punición más modernas y se dividen en pecuniarias que consisten en el pago de determinadas cantidades dinero y las privativas de otros derechos que consisten en la pérdida temporal o definitiva de alguna capacidad de obrar -interdicción-, este tipo de penas, aunque son las más modernas, estuvieron presentes en el derecho desde la antigüedad por ejemplo el Digesto ya consideraba a las multas como penas no capitales, en Roma también se dio la aplicación de este tipo de penas y básicamente consistía en dar ganado o la confiscación de bienes; las penas pecuniarias estuvieron encaminadas a encontrar una solución pacífica entre el reo y la parte ofendida. Ferrajoli (1995, p. 391).

Es importante resaltar que, en la actual legislación Ecuatoriana esta división de los delitos queda reducida únicamente a los delitos y las contravenciones, como así lo señala el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal (2014), motivo por el cual, en este código se elimina la diferencia entre prisión y reclusión y contempla únicamente: las penas privativas de libertad, penas no privativas de libertad, penas restrictivas de los derechos de propiedad y las multas así lo establece en los artículos 58 y 70 del Código Orgánico Integral Penal (2014).

2.4. Determinación o Individualización de la Pena

La determinación de la pena implica establecer la consecuencia jurídica que se va a aplicar por el cometimiento de un hecho punible, es decir, individualizar la pena comprende decidir el bien jurídico sobre el cual recaerá la pena, el tiempo de duración de la misma y su forma de aplicarla. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 494).

Históricamente la determinación de la pena se divide en: determinación legal de la pena, determinación judicial de la pena y la determinación mixta.

Cuando se hace referencia a la determinación legal de la pena, se encuentra como primer problema la consideración de la gravedad del delito, y para solucionar esta dificultad existen dos orientaciones, una objetiva en la cual se mide la gravedad del delito y de la pena por el daño causado, y la otra orientación que es la subjetiva, que mide la gravedad del delito por el grado de culpabilidad, un sistema garantista considera a las dos orientaciones, sin embargo el problema se desarrolla cuando se debe dar mayor preponderancia a la una o a la otra. Ferrajoli, (1995, p. 399).

La determinación legal de la pena puede ser absoluta o relativa, la primera se caracteriza por estar textualmente precisada la pena, esta determinación absoluta es de uso poco frecuente, mientras que la delimitación relativa ha tenido mayor acogida y consiste en delimitar a la pena en un marco legal penal más o menos amplio, en este marco legal modificable o determinable se encuentran las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena. (Mezger, 2005, p. 30).

Sin embargo, el problema más grande se evidencia en la determinación de medidas mínimas y máximas de la pena, establecer estos límites es mucho más fácil en las penas pecuniarias, no obstante, en las penas privativas de libertad se ha constituido en un verdadero problema, por lo tanto, la estipulación de un mínimo legal en las penas privativas de libertad no estaría justificado, sólo sería necesario confiar en el poder equitativo del juez para que fije una pena por debajo del límite máximo establecido por la ley según Ferrajoli (1995, pp. 399-400).

“El mismo criterio aquí ilustrado fue indicado por Beccaria también como límite máximo: <<para que una pena obtenga su efecto>> SIC afirmó, <<basta que el mal de ella exceda al bien que nace del delito... Todo lo demás es superfluo y, por tanto tiránico>>.” Ferrajoli (1995, p. 400).

Como antecedente de la determinación judicial aparece el arbitrio judicial en

la Europa pre-revolucionaria permitía al juez no sólo aumentar o disminuir penas, sino que le daba la facultad de imponer penas distintas, en esa época los jueces actuaban en función de los intereses del Rey, llegando incluso a sancionar con penas absolutamente crueles delitos menores como la blasfemia. Es por este motivo que en la segunda mitad del siglo XVIII la Ilustración rechaza de forma firme el excesivo arbitrio judicial, se establece también la división de poderes y fue Beccaria quien dio el punto de partida al repudio masivo de las penas crueles e inhumanas. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 495).

La determinación judicial de la pena se relaciona de forma estricta con la determinación legal, puesto que, no se le permite al juez imponer una pena a su voluntad en contra de otro individuo, el deber del juez es examinar si existe o no una acción contraria al ordenamiento jurídico y condenar al culpable dentro de los límites mínimos y máximos que la ley establece, para fijar una pena el juez debe analizar la particularidad de cada caso, pese a que sea el mismo tipo penal cada caso tiene sus particularidades que van desde el móvil, la modalidad, el daño causado, la culpabilidad, el motivo entre otros, a este rol del juez se lo conoce como la individualización de la pena. Ferrajoli (1995, p. 403).

Es justamente la delimitación de los mínimos y máximos de una pena, lo que da origen al sistema mixto, de esta manera, después que el pensamiento liberal encabezado por Beccaria invalidara el arbitrio judicial, se pasó al otro extremo de la determinación legal extrema, medida que no dio solución al problema de la determinación de la pena, porque no le permitía valorar al juez las circunstancias particulares de cada caso, fue entonces que se decide establecer legalmente límites mínimos y máximos para la aplicación de una pena, y de este modo darle al juez un rango considerable para que pueda tomar en cuenta las particularidades de cada caso y aplicar la pena basado en su libre albedrío. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 496).

El establecimiento de una escala de mínimos y máximos implica que se ha

valorado al ilícito en su totalidad, cubre tanto el caso más leve, como el más grave. Por lo que no es aceptable en ningún caso que la imposición de una pena sea superior al límite máximo ya establecido en el ordenamiento jurídico. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 107).

Muchos autores hacen referencia a la determinación administrativa, como una de las divisiones de la determinación de la pena, en cuanto a este tipo de determinación se puede decir que no es otra cosa que la forma de ejecución de la pena.

Zipf, desarrolla un sistema mixto, al cual lo ha denominado triángulo mágico, dado que, la pena se determina basándose en los criterios de culpabilidad, prevención general y prevención especial, se trata de establecer en qué medida el juez deberá atender cada uno de estos criterios, si se los atiende en conjunto o sólo debe atenderse a uno de ellos. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 72-73).

Según De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 497-500), existen principios fundamentales que se deben tomar en cuenta en el momento de determinar la pena: (a) legalidad; (b) respeto a la dignidad humana y; (c) principio de proporcionalidad.

Como ya se mencionó en el primer capítulo, una de las principales garantías con que cuenta un ciudadano frente al ius puniendi es el principio de legalidad, este principio busca básicamente que los ciudadanos conozcan de antemano y de forma clara, cuales son las conductas reprochables para el Estado y de la misma forma, la pena que se aplicará a esta conducta. Este principio de rango constitucional orienta al juez sobre la pena que debe imponer y bajo qué condiciones. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 497-498).

Tanto la determinación legal como la judicial de la pena, debe observar de forma minuciosa, que bajo ningún motivo el derecho fundamental del ser humano a la dignidad humana quede lesionado por la imposición de una pena,

este principio constitucional está enfocado en reducir al mínimo la aplicación de las penas de libertad, en razón de que las condiciones de las cárceles son infrahumanas para el condenado. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 498-499).

El Estado no debe permitir que en su ordenamiento jurídico se legitime penas que humillen a un individuo, que menoscaben de forma indiscriminada sus derechos, como afirmó Ferrajoli (1995, p. 396), "(...) un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes."

Históricamente se ha desmentido la creencia que penas más duras son las que ayudan a disuadir a la personas de cometer delitos, y amparados en esta opinión por mucho tiempo se permitió penas que menoscababan la dignidad de las personas, pero actualmente se cree que: "(...) toda pena cualitativa y cuantitativamente (superflua por ser) mayor que la suficiente para frenar reacciones informales más afflictivas para el reo puede ser considerada lesiva para la dignidad de la persona." Ferrajoli (1995, p. 396), y para proteger ante todo las garantías de las personas condenadas no se debe permitir la aplicación de este tipo de penas desproporcionadas y exageradas.

La correcta determinación de la pena exige la existencia de una proporción razonable entre la gravedad de la pena y del delito, es decir, para delitos más graves debe aplicarse penas más graves, y también debe tomar en cuenta el daño causado por el delito. La proporcionalidad de la pena debe ser tomada en cuenta en el momento de la determinación legal y judicial. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 499).

Actualmente, la calidad de iguales, legalmente predeterminables entre un máximo y un mínimo y la mensurabilidad de la pena sirve para configurar su aplicación como cálculo y aplicación de penas proporcionadas. Ferrajoli, (2009, p. 392).

Los ordenamientos jurídicos penales -códigos penales- contienen los criterios de determinación de las penas, estos criterios dependerán del concepto y de la finalidad que el sistema jurídico que un Estado le da a la pena, y que se evidenciará en el mismo ordenamiento jurídico. Los conceptos del delito y de la pena no pueden ser tomados por separado, puesto que, el delito es el antecedente necesario de la pena. Zaffaroni (1988, p. 281).

En la individualización de la pena, también debe dejarse de lado las consideraciones morales, no se puede permitir que el juez determine una pena basado en sus pautas éticas, es por esto que, el ordenamiento jurídico es el único que contiene y establece los modelos de conducta que se debe seguir y que se debe exigir a una persona para salvaguardar los bienes jurídicos. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 103).

El Código Orgánico Integral Penal (2014), puntualiza a la individualización de la pena en el artículo 54 que se expresa:

“Individualización de la pena.- La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observando lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.”

Para la legislación Ecuatoriana la individualización de la pena consiste en determinar por parte del juez, las consecuencias jurídicas que se derivan de un delito, a través de la creación de marcos punitivos para cada infracción, de la determinación de las pautas que deben ser consideradas y las modalidades de ejecución de la pena. Esta individualización de la pena radica tanto en el injusto penal como en la culpabilidad. García (2014, pp. 457-458).

La imputación de una pena no se hace en base sobre meros resultados, sino que también se toma en cuenta el grado de participación y la posibilidad de actuar de otra manera, no recae en el carácter del autor o condiciones externas de él. García (2014, pp. 458-459).

2.4.1 Graduación de la Pena

La graduación de la pena fija en la ley líneas directrices para que los jueces puedan determinar la pena. La teoría de la graduación de la pena, afirma Mezger (2005, pp. 39-47), se apoya en el concepto graduable del delito, en consecuencia, se encuentra que tanto en la fundamentación como en la medida de la pena, el principio de culpabilidad es un criterio determinante, por tanto, las perturbaciones de conciencia del autor, la necesidad no culpable del delito, los presupuestos de hecho y de la significación jurídica de la acción son algunos de los tantos fundamentos que no pueden dejar de ser tomados en cuenta en el momento de la graduación de la pena. Si se afirma que la culpabilidad es un criterio determinante en la graduación y limitación de la pena, entonces se deduce que, para una correcta graduación de la pena, es necesario también considerar en la adecuación de la pena a la personalidad del autor.

Se considera necesario, para un tener un mejor entendimiento acerca de la graduación de la pena, hacer una breve reseña del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad, es un principio de rango constitucional, considerado en el derecho penal moderno, tiene función liberal y busca asegurar la libertad del ciudadano poniendo un límite al poder estatal, la culpabilidad es determinada por factores internos de la personalidad del autor y por la medida del daño causado. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 38).

“la culpabilidad es el límite máximo de la pena, más allá del cual no es legítimo ni posible que halle realización el fin de prevención general, y por debajo del cual, por consideraciones de prevención especial, es legítimo

disminuir la medida de la pena hasta el mínimo legal, o en el caso en que la ley lo prevea, reemplazarla por otra consecuencia jurídica menos grave, e incluso no imponer pena alguna.” Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 81).

Para la determinación adecuada de una pena, se debe considerar a la culpabilidad que es la encargada de imponer un límite inquebrantable por los fines preventivos generales o especiales, impide que consideraciones ajenas a la acción ilícita y a su reprochabilidad, puedan integrar la respuesta penal del estado, pero esto de ningún modo impide que el estado disminuya o deje sin efecto la respuesta penal. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 80).

En esta difícil tarea de establecer los límites de la pena, pretende que estos límites sean determinantes en el momento de imponer una pena, así lo afirma Magariños en Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 77), quien instituye que: “(...) la medida de la pena adecuada a la culpabilidad impone un límite infranqueable a los fines de prevención especial, resultando ilícito que por tales motivos se exceda aquella medida.”, sin embargo, el autor deja abierta la posibilidad de aceptar penas que estén por debajo de límite establecido en la legislación.

“El principio de culpabilidad es la expresión del respeto a la dignidad humana¹¹⁷¹, parte de la necesidad de proteger al autor frente a los excesos del Estado¹¹⁷², actuando como límite de la pena¹¹⁷³ (...) para disponer que una persona se comporte de acuerdo al mandato de la ley debe tener la posibilidad de autodeterminarse, de entender la ilicitud del acto (...)” SIC García (2014, p. 458).

La culpabilidad es la base de la individualización de la pena, por ende, el contenido de lo injusto y la culpabilidad del hecho son esenciales en la determinación de la pena. García (2014, p. 459).

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 34 define a la culpabilidad como: “Culpabilidad.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.”

En la legislación ecuatoriana el principio de culpabilidad es considerado como el presupuesto decisivo de la responsabilidad penal, es decir, la pena sólo se fundamenta en la reprochabilidad de la conducta voluntaria y consciente del autor, pero la pena que se le va a imponer no puede ser más grave que la que se merece el autor. García (2014, pp. 360-361).

Mucho se ha mencionado sobre la pena justa, pero ¿qué significa la pena justa?, el sentimiento de justicia exige que nadie sea penado más allá de lo que se merece, y una pena merecida es aquella que entra en correspondencia con la culpabilidad. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, p. 16).

Han sido varios los intentos que se han desarrollado en el derecho penal por sustituir el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, pero, este intento no ha tenido resultados positivos, puesto que, la proporcionalidad implica sólo una prohibición del exceso en la duración de la pena por fines que sean netamente preventivos, y no limita la injerencia del Estado y por tanto, no puede remplazar a la culpabilidad. Beloff, Bertoni, Margiños y otros. (1993, pp. 41-42).

La determinación de la pena puede ser entendida como el proceso que elabora y clasifica los distintos elementos que configuran un delito y define cuales de estos elementos son relevantes en la agravación o atenuación de la pena, la valoración de estos elementos debe ir de la mano con el respeto de los principios de culpabilidad, legalidad y proporcionalidad, para que de esta manera, la imposición de una pena sea afín al cumplimiento de la finalidad que el ordenamiento jurídico establece y que es el punto de partida en la individualización de la pena.

2.4.2 Extinción de la Pena

Según Mezger (2005, pp. 33-36), la pena como consecuencia de un acto punible puede desaparecer por circunstancias especiales como: (a) el

desistimiento en la tentativa y el arrepentimiento activo del delito consumado; (b) prescripción, que implica la exclusión de la persecución penal por el transcurso del tiempo y la imposibilidad de ejecutar una pena impuesta por una sentencia en firme por el paso del tiempo; (c) la gracia y (d) la transformación de la pena, no se elimina la pena en su totalidad pero si se extingue la pena que fue impuesta por vez primera.

Por su parte el Código Orgánico Integral Penal (2014), se refiere a las formas de extinción de la pena en su artículo 72, el cual instituye:

“Formas de extinción.- La pena se extingue por cualquiera de las siguientes causas:

1. Cumplimiento integral de la pena en cualquiera de sus formas.
2. Extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable.
3. Muerte de la persona condenada.
4. Indulto.
5. Recurso de revisión, cuando sea favorable.
6. Prescripción.
7. Amnistía.”

Este artículo sólo la muerte del reo y el cumplimiento de la condena son causas de extinción de la responsabilidad penal, las demás causas establecidas en este artículo no se derivan del contenido de la teoría de la pena, sino de la responsabilidad criminal. Las causas de la extinción de la pena no eliminan la delictuosidad del hecho, más bien impiden la aplicación de una pena en casos específicos determinados en la ley.

2.5 Proporcionalidad de la Pena

“La pena debe estar acorde con el daño causado.” Protágoras en Machicado (2009, p. 12).

El principio de proporcionalidad data desde la antigüedad, y fue expresado bajo el aforismo, *poena deber commensurari delicto*, la pena debe ser proporcional al delito, no obstante, fue en la Ilustración cuando logró afirmarse, fue producto de la consolidación de los presupuesto del derecho penal moderno como: la igualdad, la legalidad, la certeza pero sobre todo la mensurabilidad de la pena. Este principio estuvo presente en al código leopoldino de 1786, y más tarde, también sería incluido en el código napoleónico de 1810, y claramente en todos los códigos decimonónicos que le sucedieron, estos códigos tenían la particularidad de dejar de lado las penas corporales, que eran sustituidas por las penas privativas de libertas y/o penas pecuniarias. Ferrajoli (1995, p. 398).

Si bien es cierto que entre el delito y la pena no existe ninguna relación natural, esto no implica que entre ambas no deba existir una adecuación, por el contrario, el nexo retributivo que liga la sanción al delito exige que la determinación del legislador y del juez sobre la calidad y la cantidad de la pena guarde relación con la naturaleza y gravedad del delito. Ferrajoli (1995, pp. 397-398).

Justamente Beccaria (2006, p.58), también defiende la postura sobre la necesidad de que exista una adecuación entre el delito y la pena, en tal sentido, afirma que: “Si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculos para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida mayor ventaja.”

Como se mencionaba al inicio de este capítulo, para Beccaria (2006, p. 38), el fin de la pena es impedir el cometimiento o la reincidencia de nuevos delitos, en tal virtud, afirma el autor, para sancionar un hecho punible es necesario que a más de ser proporcionada, la pena produzca una impresión -intimidación- más eficaz en el ánimo de los hombres y menos torturantes sobre el cuerpo del reo. La crueldad de las penas hace que el delincuente se arriesgue más por eludirla, haciendo que se cometan más delitos por huir de la pena.

“(…) cuanto más alto es el coste de las penas tanto mayor es su capacidad de prevención, pero tanto menor es su justificación con respecto a los males prevenidos -delitos y castigos informales- y menos amplia la esfera de los bienes cuya tutela penal está justificada; por el contrario, cuanto más bajo es el coste de las penas, tanto menor es su eficacia preventiva pero tanto mayor es su justificación para la tutela de una mayor cantidad de bienes jurídicos.” Ferrajoli (1995, p.401).

En este párrafo se evidencia que el principio de proporcionalidad va de la mano con la individualización de la pena y estos a su vez deben estar en concordancia con el fin que se pretende cumplir con la imposición de una pena, es decir, la finalidad que la pena persigue debe estar presente en el momento de imponer una pena.

Por su parte Mezger (2005, pp. 10-11), establece dos dogmas acerca de la proporcionalidad de la pena, en el primero afirma que la pena es impuesta como medida proporcionada al acto, a este le denomina dogma de acto; y al segundo lo denominó dogma de autor, este a su vez consiste en que la pena no sólo debe ser ajustada al acto cometido, sino también a la personalidad del autor. Así mismo asevera el autor que cuando no se da esta adecuación de la pena al acto cometido, y la pena es determinada argumentando otros puntos de vista y teniendo en cuenta sólo al sujeto que cometió el delito, esta no es una pena.

Este principio también es protegido en la Constitución del Ecuador (2008), en su artículo 76, numeral 6: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

La actual Constitución es garantista, está encaminada a proteger los derechos de todas las personas, y en este caso, protege los derechos de las personas condenadas a una pena privativa de libertad.

“Se exige la proporcionalidad de los delitos y de las penas, no en aras de la retribución o de la expiación, sino de la misma prevención general. Más

eficaz que la pena dura y cruel es la pena cierta, pronta y proporcionada al delito.” Machicado (2009, p. 30).

Como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones por la doctrina y también por la legislación ecuatoriana, el principio de proporcionalidad tiene su más importante fundamentación en que históricamente se ha demostrado que las penas excesivas, desproporcionadas al delito no son eficaces, el derecho penal actual necesita ser efectivo en la imposición de las penas, puesto que, es la certeza de que a aquel que comete un delito es castigado, lo que verdaderamente disuade a las personas de cometer un hecho punible y no su exagerada, cruel e inútil imposición.

CAPÍTULO III

3. MECANISMOS DE MODIFICACIÓN DE LA PENA

3.1 Circunstancias de la Infracción

Bacigalupo (1999, pp. 595-596), considera que el delito es una entidad jurídica cuantificable, y la gravedad del mismo depende de las circunstancias modificatorias de cada hecho y de cada autor, las circunstancias agravantes y atenuantes del delito pertenecen más al ámbito de la individualización de la pena que a la teoría del delito, dentro de estas circunstancias modificatorias de la pena pueden concurrir elementos objetivos o subjetivos.

Al ser elementos objetivos y subjetivos del delito, se rigen por la reglas de la tipicidad en lo que se refiere a la subsunción, la subsunción es la relación que se crea entre el tipo penal y el hecho que permite afirmar la tipicidad del hecho. Bacigalupo (1999, p. 239).

Son circunstancias accidentales -no inciden en la sustancia del delito- que completan el hecho punible, las circunstancias modificatorias de la pena se fundamentan en sí mismas y juegan un papel muy importante en la determinación de la pena. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 427-428).

“(...) las circunstancias agravantes y atenuantes, que constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad. De esta manera el legislador ha pretendido -ingenuamente- convertir los problemas valorativos de la gravedad del delito en cuestiones de subsunción suponiendo que de esta manera se ganaría en seguridad jurídica.” Bacigalupo (1999, p. 240).

Tanto en el derecho romano como en el germano, estas circunstancias estaban vinculadas sólo al delito, es a raíz de la Edad Media, en la cual, además de este vínculo del hecho, aparece el vínculo moral del sujeto, durante

los siglos XVI y XVIII, se perfecciona la doctrina de atenuantes y agravantes, la evolución de las circunstancias modificatorias de la pena evolucionaba ligada a la concepción garantista, es por esta razón, que la doctrina empieza a tomar en cuenta las circunstancias personales y fácticas del autor. Es imperante resaltar la importancia que ha tenido la consideración de estas circunstancias en la teoría de la pena y en la aplicación de un sistema garantista. García (2014, pp. 411-412).

Las circunstancias modificatorias de la pena están presentes desde antes que existiera el derecho codificado, sin embargo, es a partir de la codificación que estas circunstancias toman fuerza y las características que actualmente conocemos, siendo la Revolución Francesa el hecho que delimita estas dos etapas. En el Código Penal Francés de 1791, se establece un sistema de penas fijas, el rol del juez era simplemente la aplicación de la ley, es por esta razón que es considerado “la boca de la ley”, en este código se pasa de un sistema completamente abierto, en el cual el juez podía aplicar penas con su simple discrecionalidad, este cambio en el sistema penal se debe a la desconfianza que se tenía en los jueces y a una interpretación extrema y exagerada del principio de igualdad ante la ley. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 428).

Este sistema absolutamente legalista no duró mucho tiempo, puesto que, en 1810, en Francia entra en vigencia un nuevo código penal, con un tinte utilitarista que establece un sistema mixto en el cual el juez tiene la facultad de ponderar y fijar las penas dentro de un marco de mínimos y máximos establecidos legalmente además se incorporó la posibilidad de elevar o disminuir la pena atendiendo las circunstancias modificatorias, de esta manera se responde al principio de legalidad, de igualdad ante la ley y al de seguridad jurídica. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 429)

Como se mencionó en el capítulo anterior, en el momento de la determinación de la pena es necesario, tener en cuenta dos aspectos: (a) la gravedad objetiva del hecho; (b) la culpabilidad del actor. El primero está a

cargo del legislador, quien es el encargado de establecer los delitos y las penas que corresponden a estos hechos, tomando como base hechos generales, en tanto que, el segundo aspecto está a cargo del juez, quien es el encargado de valorar y determinar la pena para el caso en particular. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 429-430).

De lo antes expuesto se puede concluir, que el marco jurídico penal Ecuatoriano contiene un sistema mixto, mediante el cual los delitos y las penas son fijados por el órgano legislativo, delimitando a las penas entre un mínimo y un máximo de duración, y se deja a la discrecionalidad del juez la determinación de la pena para cada caso específico, dentro de los límites fijados por el legislador.

Las circunstancias modificatorias de la pena se dividen en agravantes y atenuantes.

3.1.1 Agravantes

Garud en De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 430), define a las agravantes como: “hechos que, uniéndose a los elementos materiales o morales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor”. Estas circunstancias agravantes están presentes desde la antigüedad, en el derecho romano eran considerados como parte de los medios utilizados para cometer el delito y también los vinculaban al tiempo y al lugar en el que se cometió la infracción penal, a las condiciones de la víctima o del autor. Por su parte, tanto en el derecho germánico como el derecho canónico estuvieron presentes las consideraciones de las agravantes.

Las circunstancias agravantes a su vez, son clasificadas por la doctrina de la siguiente manera: (a) objetivas y subjetivas; (b) generales y especiales y; (c) legales y judiciales. Sin embargo de esta clasificación dada por la doctrina, es importante resaltar que las agravantes objetivas y subjetivas son las más

usadas por la mayor parte de legislaciones. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 431).

Las agravantes objetivas son aquellas en las cuales se aprecia una mayor gravedad del daño producido por el delito, mayor facilidad para cometer el ilícito o mayor desprotección del bien jurídico tutelado y se encuentran unidas a los elementos materiales del ilícito, por ejemplo, el uso de armas. Por su parte las agravantes subjetivas son aquellas que están relacionadas con el autor y su personalidad -culpabilidad- o con la víctima, mas no con la infracción penal, por ejemplo la premeditación. En la segunda clasificación encontramos a las agravantes especiales y generales, las primeras hacen referencias a aquellas circunstancias que recaen sobre determinados tipos penales, por ejemplo la calidad de empleado del autor, y las generales recaen sobre cualquier tipo penal como por ejemplo la reincidencia. Y por último, se encuentra a las agravantes legales que son aquellas que se encuentran contenidas de manera clara en la ley y las judiciales, las que el juez impone en el momento de la determinación de la pena. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 431-432).

Bacigalupo (1999, pp. 612-627), clasifica a las agravantes, basado en el código penal argentino que estaba vigente en esa época, en: (a) circunstancias que se fundamentan en el aprovechamiento de situaciones que facilitan la comisión del delito; (b) circunstancias que se fundamentan en la especial reprochabilidad de los motivos y; (c) circunstancias basadas en las necesidades de prevención especial. La primera clasificación contiene a la alevosía que debe tener tres elementos, la indefensión de la víctima, abuso de confianza y hostilidad hacia la víctima; el uso de disfraz, el abuso de superioridad y el aprovechamiento de las circunstancias y de la participación de otras personas; obrar con abuso de confianza; prevalerse el culpable de su carácter público. Respecto de las circunstancias de especial reprochabilidad se encuentran al evento que se cometa el delito por un precio o recompensa; motivos de discriminación; el ensañamiento. Y por último se tiene a las

circunstancias basadas en la necesidad de prevención especial, dentro de esta se halla inmersa a la reincidencia, en cuanto a la reincidencia es importante tener en cuenta, que esta circunstancia no vuelve a castigar los hechos anteriores, sino sólo el hecho posterior, motivo por el cual, para el autor no vulnera el principio *ne bis in ídem*.

3.1.2 Atenuantes

En contrapeso de las circunstancias agravantes, se encuentra a las atenuantes, estas circunstancias se fundamentan en la menor culpabilidad del autor, es decir, cuando existe una circunstancia atenuante en un delito, el autor de este hecho punible merece un menor reproche por su acción u omisión, menor culpabilidad y en consecuencia menor pena. Bacigalupo (1999, p. 598).

Las circunstancias atenuantes de la pena son aquellas circunstancias accidentales de la infracción penal determinadas por la ley, que sirven para disminuir o atenuar la pena. Al igual que en las agravantes, las atenuantes son clasificadas por la doctrina en generales y específicas, siendo las primeras aquellas que se aplican para todas las infracciones penales o a un determinado grupo, mientras que las específicas se aplican únicamente a infracciones concretas. Es importante aclarar que en la doctrina también se establece que las circunstancias atenuantes además de modificar la pena, también llegan a modificar la naturaleza de la infracción penal, por ejemplo a través de las atenuantes se puede pasar de un crimen a un delito. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 436-441).

Por otro lado, la doctrina, al igual que en las agravantes, también clasifica a las atenuantes en objetivas y subjetivas, hace referencia a las primeras cuando están vinculadas al hecho como por ejemplo el bajo grado de lesividad, mientras que las subjetivas son aquellas que se refieren al autor y su intención delictiva, por ejemplo el arrepentimiento. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 501-502).

Bacigalupo (1999, pp. 599-612), clasifica a las atenuantes según el código penal vigente de esa época en dos categorías: (a) las que reducen la reprochabilidad y; (b) las que compensan la reprochabilidad del hecho, dentro de las primeras ubica a la imputabilidad disminuida, el arrebató o estado pasional y la minoría de edad, en tanto que a las segundas las establece como una conducta posterior al hecho, mediante el cual el autor reconoce la vigencia de la norma infringida y constituye una negación del delito, busca generar un efecto compensador por el delito cometido, esta compensación, según el autor, puede ser en dos sentidos, la compensación socialmente constructiva, manifestada en un acto posterior al delito por ejemplo el arrepentimiento y por otro lado la compensación destructiva de la culpabilidad, es aquella que se da cuando el autor recibe un mal grave como consecuencia del delito, por ejemplo el ladrón que al huir por un tejado cae y queda tetrapléjico, en las circunstancias que compensan la reprochabilidad por el hecho se encuentran a la confesión y la reparación del daño ocasionado a la víctima o disminución de sus efectos. El autor también hace referencia en su obra, a la aplicación análoga de las atenuantes y a las eximentes incompletas.

Cuando de la infracción penal participan más de una persona, nace otro de los temas que ha provocado grandes discusiones en el doctrina penal, se refiere a si las circunstancias modificatorias de la pena favorecen o perjudican de igual manera a todos quienes participaron de un ilícito penal, la doctrina penal ha tratado de resolver este problema, ampliando la circunstancia modificatoria de la pena a todos los implicados cuando se trata de atenuantes o agravantes objetivas que recaen sobre el hecho, y no se hace extensiva cuando se trate de circunstancias subjetivas referentes a la calidad del autor. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, pp. 442-444). Lo antes mencionada también es afirmado por la jurisprudencia argentina en Bacigalupo (1999, pp. 629-630).

Según la jurisprudencia argentina, la distinción de las circunstancias objetivas y subjetivas es lo mismo que la distinción entre circunstancias

vinculadas al hecho y vinculadas al autor, la mayoría de las circunstancias tienen tanto el elemento objetivo como el subjetivo, motivo por el cual, la distinción entre ambas resulta muy confusa, por esta razón en Argentina la jurisprudencia ha determinado que su naturaleza es mixta con un predominio de la objetiva. Bacigalupo (1999, p. 524).

Tanto en la aplicación de las atenuantes como de las agravantes en la imposición de la pena, es deber constitucional del juez motivar en la sentencia el uso de una u otra circunstancias modificatoria de la pena y por ende debe motivar el aumento o la reducción de la pena. De la Mata, Sánchez, Alcácer y otros (2007, p. 437).

3.2 Marco Jurídico Ecuatoriano

“Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.- Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.

Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.” Código Orgánico Integral Penal (2014).

Las circunstancias modificatorias de la pena, son aquellas que están alrededor de la realización de la conducta y sirven para determinar la pena que se aplicará dentro de los rangos previamente establecidos en el tipo penal una vez que se compruebe la existencia del delito. Para la determinación acerca de la existencia o no del delito, el juzgador analiza si los hechos cometidos están enmarcados dentro del tipo penal, una vez comprobada la tipicidad se establece la antijuricidad y la culpabilidad para calificar a este hecho como

delito e imponer una pena que debe ser proporcionada y de esta manera precautelar la seguridad jurídica. García (2014, pp. 412-413).

El objetivo primordial de las agravantes y las atenuantes es establecer mayor precisión del injusto. Para la aplicación de estas circunstancias se debe tomar en cuenta que estén conforme con el principio de legalidad, que procuren la seguridad jurídica y sobretodo que fundamenten al sistema garantista. García (2014, pp. 413-414).

En la legislación ecuatoriana se consideran dos tipos de circunstancias agravantes constitutivas y las no constitutivas, las constitutivas son aquellas que elementos integrantes de un hecho punible determinado, mientras que las no constitutivas actúan de forma general para todos los tipos penales.

“Artículo 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:

1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.
2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia.
3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora.
4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima.
5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento.
6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.” Código Orgánico Integral Penal (2014).

Las atenuantes o también conocidas por la doctrina como eximentes incompletas, atenúan o disminuyen la pena porque implican una menor culpabilidad, en la legislación ecuatoriana son consideradas como circunstancias accidentales y a diferencia de las agravantes, son consideradas

en forma general y no en determinados tipos penales. Las atenuantes que menciona este artículo sirven para determinar el quantum -valor- de la pena que se impondrá al autor y no afecta a la imputabilidad del mismo. En el caso de las atenuantes 4,5 y 6 responder al carácter preventivo de la pena. García (2014, pp. 415-416).

“Artículo 46.- Atenuante trascendental.- A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.” Código Orgánico Integral Penal (2014).

El presente artículo responde a la política criminal del Estado, pretende promover la delación, para que de esta manera se facilite la persecución judicial de un delito. Esta figura ha estado presente desde el Derecho Romano y en la Edad Media, sin embargo, fue en la Revolución Francesa donde se establecieron límites y se procura una aplicación más humana. García (2014, p. 416).

“Artículo 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude.
2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.
3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.
4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.
5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.
6. Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.
7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.
8. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.

9. Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.
10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.
11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.
12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.
13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.
14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.
15. Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada.
16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.
17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.
18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme.
19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.” Código Orgánico Integral Penal (2014).

“Artículo 48.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.- Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes:

1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares.
2. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción en establecimientos de turismo, distracción o esparcimiento, lugares en los que se realicen programas o espectáculos públicos, medios de transporte, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de privación de

libertad o en recintos policiales, militares u otros similares.

3. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal.

4. Si la víctima está o resulta embarazada, se halla en la etapa de puerperio o si aborta como consecuencia de la comisión de la infracción.

5. Compartir o ser parte del núcleo familiar de la víctima.

6. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, de extrema necesidad económica o de abandono.

7. Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo.

8. Tener la infractora o el infractor algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, tal como ser: funcionaria o funcionario público, docente, ministras o ministros de algún culto, funcionarios o funcionarias de la salud o personas responsables en la atención del cuidado del paciente; por cualquier otra clase de profesional o persona que haya abusado de su posición, función o cargo para cometer la infracción.

9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción.”
Código Orgánico Integral Penal (2014).

Estas circunstancias incrementan la intensidad de la infracción penal y se distinguen dos tipos (a) las que incrementan la gravedad del hecho -objetivas- y; (b) las que exigen un mayor reproche al autor -subjetivas-. El autor hace dos precisiones importante respecto de las circunstancias agravantes, la primera que exige que tenga una relación directa y necesaria con la categoría del delito y la segunda exige que sea conocida *ex ante* a la comisión del delito.

CAPÍTULO IV

4. PROPUESTA

4.1 Planteamiento Del Problema

El marco teórico desarrollado permite detectar tres nudos problemáticos que repercuten en la legitimidad del modelo adoptado por el Código Orgánico Integral Penal (2014), en el modelo para atenuar y agravar la pena. El primero es el eje central de este estudio y se refiere al principio de legalidad; mientras los dos restantes describen el principio de proporcionalidad y culpabilidad; estos toman trascendencia porque sus efectos repercuten en la esfera de la legalidad material.

4.1.1 Nudo Crítico Principio de Legalidad

La idea central que es necesaria retomar para este primer problema a analizarse, consiste en que el principio de legalidad no se agota en el aspecto formal, su esencia demanda reconocer que tiene una esfera material. Su esencia conlleva la exigencia de permitir a la persona conocer de manera clara las conductas que están prohibidas y en caso de que la cometa saber con precisión la sanción que va recibir. En concreto el problema a tratar consiste en que para cumplir a cabalidad con el principio de legalidad material, la ley debe prescribir de una manera sencilla y accesible al ciudadano común que pena corresponde a cada delito.

Los juristas a través del tiempo lo que han pretendido es alcanzar la realización plena o utópica en el cumplimiento del principio de legalidad formal y material, es decir que la pena que se imponga a un individuo esté previa y taxativamente determinada, como si se tratara de la aplicación de una fórmula en una ciencia exacta. Lastimosamente este ideal es complejo de ser alcanzado debido a que si se desea que la sanción sea justa, se debe reconocer que hay circunstancias de la conducta humana e incluso del propio

autor o víctima, que imponen una sanción diferenciada. Por es que la mayoría de las legislaciones incorporan artículos para regular la aplicación de las atenuantes y las agravantes.

En la legislación ecuatoriana, como en muchas otras legislaciones, se consideran a las agravantes y atenuantes como circunstancias modificatorias de la pena, y se establece su forma de aplicación en el COIP (2014), y generalmente estas reglas de aplicación se encuentra en la parte general de la legislación, puesto que son mandatos que se deben aplicar para todos los tipos penales.

En consecuencia se reconoce la legalidad formal del COIP (2014), y específicamente del artículo 44, el cual versa sobre el mecanismo de aplicación de las atenuantes y agravantes, señalada de forma escrita y previamente en la parte general de este código.

El problema surge en relación a la legalidad material debido a que si bien se establece las formas de aplicación de las circunstancias modificatorias de la pena y la sanción que ellas conllevan. En la esfera de accesibilidad no es el método más adecuado, debido a que la norma que es el medio más accesible para la persona común no otorga una idea clara de la consecuencia jurídica. La persona debe conocer que existe otra ley, interpretar su contenido y realizar un cálculo matemático para llegar a determinar cuál es el castigo que le sería imponible.

Por lo antes expuesto, es necesario puntualizar que el presente trabajo de titulación no pretende desconocer la existencia de la legalidad en el COIP (2014), menos aún desconocer la legalidad de la ley en su parte general como normas de mandato obligatorio; lo que se busca evidenciar es que la legitimidad resulta perjudicada, debido a la aplicación de un método que dificulta el acceso y el conocimiento real sobre la aplicación de la ley al ciudadano común. El principio de legalidad para responder a la realidad actual

y a las exigencias del derecho debe abandonar su naturaleza meramente formal, buscando alcanzar los criterios materiales que están ligados a la legitimidad, a las valoraciones emergentes de la seguridad jurídica, el bien común y el respeto a la dignidad humana como finalidades esenciales para una buena convivencia social.

Para entender, se requiere hacer una precisión sobre la legitimidad de la norma, es decir para que una norma sea aceptada, se demanda cumplir con la legalidad formal y material debiendo alcanzar parámetros satisfactorios de justicia, equidad, racionalidad, aceptación para el cumplimiento de las y los ciudadanos de la ley.

El ciudadano común que no tiene amplios conocimientos en derecho, que ajusta sus acciones a lo establecido en las normas jurídicas y para quien está dirigida la ley, no le es fácil entender la aplicación de mecanismos de atenuantes y agravantes en la determinación de una pena cuando se ha cometido un hecho punible, difícilmente podemos exigirle que distinga entre las agravantes constitutivas y no constitutivas de un delito, o peor aún que entienda las reglas de subsunción del tipo penal de las agravantes y las atenuantes, sin embargo este ciudadano se sentirá afectado en el momento en que la pena impuesta es superior a la establecida por el tipo penal por el que se le juzga.

Si a esta realidad se le suma la desproporcionalidad en la norma jurídica en la forma de aplicación del artículo 44 del COIP (2014), puesto que para aumentar la pena tan sólo se necesita una agravante y no se consideran las atenuantes, y para disminuir la pena se necesitan dos atenuantes, mientras que para disminuir la pena se necesitan al menos dos atenuantes, se podría deducir que en el contexto de la ley y su aplicación no existiría la seguridad que el Estado debe brindar a sus ciudadanos es decir que el sujeto conozca de forma clara y tenga la certeza de que su conducta (tipificada como delito) será castigada según los términos especificados en la ley general y dentro de los

rangos establecidos en el tipo penal. Para un mejor entendimiento del problema de la proporcionalidad, se lo tratará de manera más amplia en el siguiente sub capítulo.

No se debe olvidar que es la imposición de una pena el punto donde convergen el principio de legalidad y la teoría preventiva del delito, puesto que la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad tiene como finalidad conseguir una coacción psicológica sobre los ciudadanos.

Un ejemplo gráfico del problema que se suscita con la aplicación del artículo 44 del COIP (2014), se analizará la sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, quienes después de cumplir con las diligencias obligatorias y de haber valorado la prueba, declararon culpable como autora a Rosa L. por el delito de asesinato en contra de su hija de 3 años, tipificado en el art. 140 numeral 1 del COIP (2014), cuya pena está determinada de 22 a 26 años, sin embargo al concurrir la agravante número 11 del art. 47 del mismo cuerpo normativo, la pena que se le impuso fue de 34 años y 6 meses.

Con esta sentencia se demuestra de forma clara el aumento en la pena fijada por el tipo penal, dado que al momento de determinarla se aplicó el artículo 44 del COIP (2014). Esta modificación es tan grande que muestra la magnitud del problema que puede conllevar para la legalidad formal.

Por último es importante indicar que esta sentencia del lunes 08 de junio del 2015, en la que se aplicó este artículo, ha causado confusión e incomodidad social, tanto en los medios de comunicación local y nacional como La Prensa, El universo, El Comercio y el Telégrafo, puesto que sus titulares hacían alusión al aumento de la pena.

4.1.2 Nudo Crítico Principio de Proporcionalidad

Este principio se encarga de garantizar que la sanción prevista para un hecho punible no sobrepase la gravedad de la culpabilidad, desembocando en la aplicación de una pena cruel e inhumana.

El principio de proporcionalidad no valora aspectos de fundamentación de reproche, ni determina cuales son los elementos esenciales de reprochabilidad; sino solo se enfoca en la ponderación de la relación entre la gravedad del hecho y la pena que se debe imponer.

Sin embargo para analizar el artículo 44 que ha sido objeto de investigación en este trabajo de titulación aparte de la proporcionalidad entre delito y sanción debemos valorar la proporcionalidad en general, es decir en la forma de aplicación del artículo antes mencionado, las circunstancias que son consideradas como atenuantes y agravantes de los tipos penales.

El primer problema que se detecta es la desproporción que existe entre las agravantes y atenuantes. Entre los artículos 47 y 48 del COIP (2014), suman un total de veinte y ocho agravantes, frente a las seis atenuantes del artículo 45 y a la atenuante trascendental fijada en el artículo 46, en conclusión existen más del triple de agravantes.

El segundo problema hace referencia a la aplicación del artículo 44 del COIP (2014) evidenciando que existe desproporcionalidad en razón de que es necesaria tan sólo una agravante para aumentar la pena, sin importar si existen o no atenuantes e incluso anulando por completo a la atenuante trascendental. Mientras que para la reducción de la pena se necesita como mínimo la existencia de dos atenuantes condicionando su aplicación atenuada a que no exista agravantes; basta con la concurrencia de una de ellas para que las atenuantes queden anuladas y no se puedan considerar. En conclusión las posibilidades de subir la pena son muy amplias y las de reducir en extremo bajas, sistema que genera un claro desequilibrio.

El tercer problema que se ha evidenciado es el referente a la valoración de características subjetivas del autor, la doctrina penal moderna incluso ha tratado este tema en innumerables ocasiones, y en este punto se hace referencia principalmente a la corriente propuesta por Bessone, este autor

después de un minucioso análisis concluye que las consideraciones sobre las características subjetivas, aquellas que se refieren a la personalidad del autor sólo se las debería ponderar para atenuar la pena.

Bajo esta corriente establecida por la doctrina penal moderna y al hacer una comparación del código penal anterior, no se pueden dejar de lado la inclusión de la valoración de los criterios concernientes a los antecedentes no delictuosos del autor de un delito como circunstancia atenuante, es decir si la reincidencia implica un aumento de pena por existir el peligro inminente de que esta conducta se repita en reiteradas ocasiones por parte del delincuente, es justo que si este peligro no existe se atenúe la pena.

Es importante recordar que en el código penal anterior se establecía doce circunstancias atenuantes para los delitos comunes, más una atenuante considerada para los delitos sexuales y de trata de personas; el actual cuerpo normativo las ha reducido prácticamente a la mitad; mientras que en caso de las agravantes se ha producido un incremento considerable.

En esta comparación que se realizó con el código penal anterior se pudo constatar que lo que en el antiguo código se lo consideraba como una agravante, en el COIP (2014) se las ha separado de forma innecesaria y ahora configuran dos o más agravantes. Condición que genera la existencia de una mayor probabilidad para que concurren varias agravantes en un hecho punible; circunstancia que si bien no varía la pena, genera una innecesaria impresión que el delito fuese más grave.

Por poner un ejemplo: artículo 30 numeral 1 Código Penal (1971), referente a las circunstancias agravantes establece:

“Ejecutar la infracción con alevosía, traición, insidias o sobre seguro; o por precio, recompensa o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, minas, descarrilamiento de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de la ofendida; o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con

ensañamiento o crueldad, haciendo uso de cualquier tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, ya se empleen auxiliares en la comisión del delito; o haberse cometido éste como medio de cometer otro; o perpetrar el acto prevaleciéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando deliberadamente en la casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta”

En el actual COIP (2014), se la separa en el artículo 47 numeral 1 “Ejecutar la infracción con alevosía o fraude”: numeral 2 “Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa”; numeral 3 “Cometer la infracción como medio para la comisión de otra”: numeral 6 “Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona”; numeral 7 “Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima” y numeral 8 “Cometer la infracción prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.”

En lo referente exclusivamente al análisis de la norma penal vigente en el artículo 47 del COIP (2014), el numeral 1: “Ejecutar la infracción con alevosía o fraude”, el numeral 6: “Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona”, el numeral 7: “Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima” y 12: “Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima”, hacen referencia al aumento en la reprochabilidad objetiva de la acción y se podrían unificar.

Aquellas que hacen referencia a las características de víctima y a su situación de vulnerabilidad, artículo 47 COIP (2014), numeral 9: “Aprovecharse de las condiciones personales, de la víctima en que impliquen indefensión o discriminación” y numeral 11: “Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad”, al tener un mismo sentido de tutela también se las podría unificar.

Adicionalmente se encuentran las agravantes que se refieren a la superioridad en el número de personas que cometen la infracción, sobre todo cuando se procura someter a la víctima a indefensión, garantizar la realización del delito y aumentan el daño producido, artículo 47 del COIP (2014), numeral 5: “Cometer la infracción con participación de dos o más personas” y numeral 15: “Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada”.

Eliminar el agravante del artículo 47 numeral 17: “Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo”, puesto que es el gobierno mediante sus políticas internas en las centros de rehabilitación quienes deben garantizar y dar las seguridades para que las cárceles no se conviertan sedes de organizaciones delictuosas desde las cuales se siga delinquiriendo.

Prescindir de agravantes que se refieran al carácter subjetivo del autor como la del artículo 47 numeral 18: “Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme”. Considerar esta circunstancia como agravante y en consecuencia un aumento de pena, implicaría volver a retomar conceptos que han sido desechados de la doctrina penal como el derecho penal de autor, no se debe olvidar que es el daño producido por una acción lo que se debe sancionar.

Por último tener en cuenta que en el artículo 48 del COIP (2014) en su numeral 9: “Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción” no implica ningún aumento en la reprochabilidad objetiva del hecho, ni aumenta el daño producido por la acción, puesto que en la mayoría de las ocasiones este conocimiento anterior a la víctima se da de forma circunstancial, y no necesariamente como un paso previo para el cometimiento de un delito, motivo por el cual pierde su sentido y no se lo debería contemplar.

En conclusión y por lo expuesto anteriormente es importante reiterar que esta aplicación que se está dando en la actualidad con la imposición de penas

severas, superiores a las establecidas en el tipo penal implica una ruptura con las finalidades preventivas puesto que al imponer penas inútiles y excesivas no se cumple con la finalidad resocializadora del delincuente, ni se disuade a la sociedad de cometer un delito, lo único que se está logrando es aumentar la denigración a la dignidad humana del condenado. Si a un delincuente le toca cumplir una condena de privación de libertad más alta en cárceles cuyas condiciones son precarias y con un sistema penitenciario deplorable, es evidente que ese delincuente no saldrá resocializado, ni mucho menos estará listo para reinsertarse en la sociedad, lo que se tendrá como resultado es una persona que mejoró sus técnicas para delinquir, resentida socialmente y que no tendrá límites en su actuar con tal de evitar regresar a una cárcel; no se puede cerrar los ojos y pretender desconocer esta realidad que ya es parte de la vida diaria.

¿Por qué se analiza el principio de proporcionalidad en una tesis cuyo objetivo es exclusivamente el principio de legalidad?, se lo hace debido a que el sistema desbalanceado que se ha descrito, termina por impedir cualquier cálculo razonable para el ciudadano común, con una afectación adicional al principio de legalidad material. Resulta engañoso para el ciudadano que la ley fije una sanción en el tipo penal que, dado el método de agravantes y atenuantes, es poco probable que se llegue a imponer. Con el problema adicional de legitimidad que se produce en contra de los derechos del procesado con la norma general.

4.1.3 Nudo Crítico Principio Culpabilidad

Como se ha mencionado en el segundo capítulo, la culpabilidad es la base de la individualización de la pena, toda vez que impone límites inquebrantables atendiendo a la finalidad de la sanción. Es la respuesta decisiva de la responsabilidad penal, es decir, la pena sólo se fundamenta en la reprochabilidad de la conducta voluntaria y consciente del autor; sin embargo en ningún caso la pena puede ser más grave que la que se merece.

En la determinación legal de la pena se establecen los límites mínimos y máximos de un tipo penal, la reprochabilidad a la que se hace referencia en el párrafo anterior responde a determinación judicial, es decir a la parte en la que el juez con su sana crítica valora y pondera las circunstancias particulares de cada caso, referente al autor y daño producido, entre otras, para que en base a ello se fije una pena.

Una vez que se tiene claro la forma de individualizar las penas en cada caso concreto a través de escalas que responden y que deben ir en concordancia con el principio de culpabilidad, se procederá a explicar el problema de forma ejemplificativa para de esta manera evidenciar la problemática, para cumplir con este fin se utilizará un caso real que se dio en la provincia de Chimborazo.

Para analizar el problema que se presenta en este tema, se hará referencia al delito de homicidio, tipificado en el artículo 140 del COIP (2014), cuya pena que se prevé para un caso regular varía de 22 a 26 años de privación de libertad. Al aplicar las agravantes en el caso de un homicidio la pena pasa a 34 años con 6 meses. Si el subir y bajar las penas responde al principio de culpabilidad y el reproche para alcanzar un sanción justa demanda una gradualidad, ¿Cómo es que cuando se usan agravantes se puede poner una pena de 34 años con 6 meses y no 28 o 29 años?; es decir ¿por qué en el momento de aplicar esta regla desaparece la valoración de la culpabilidad para fijar esta pena? Acaso las agravantes aumentan de la misma manera el daño producido? ¿No habrá otras circunstancias que además de las agravantes demanden un estudio diferenciado? De igual manera en el caso que concurrieran dos circunstancias atenuantes y no existiera ninguna agravante, la pena que se le debe imponer es de 14 años con 7 meses, aquí se hace la misma crítica por que no pueden ser 16 o 19 años?

De lo antes expuesto se deriva un nuevo problema que tiene que ver tanto con la proporcionalidad como con la culpabilidad, al momento que desaparece la valoración de la culpabilidad en la aplicación del artículo 44 del COIP (2014), también se afecta a la proporcionalidad de la pena que se impone, la pena

debe guardar proporcionalidad con el hecho punible y en este caso estrictamente con las atenuantes y las agravantes que se están considerando para aumentar o disminuir una pena.

El problema descrito con anterioridad se origina en una regla general, por tanto el ejercicio realizado en el homicidio es solo un ejemplo de una debilidad que puede confirmarse en el 100% de casos, es decir en la práctica actual, cuando se aplica el artículo 44 de COIP (2014), se está dejando de lado la valoración de la culpabilidad que es un elemento esencial al momento de determinar y fijar una pena.

¿Por qué la falta de valoración de la culpabilidad se relaciona con el principio de legalidad?, debido a que una vez más se afecta este principio en su esfera material. Al romperse la escala inmediatamente ascendente y descendente, se lleva la sanción a una pena fija separada en uno y otro extremo en un tercio, la diferencia se distancia aún más de cualquier cálculo razonable para un ciudadano común.

En el caso de la procesada de Chimborazo, el momento en que cometió el delito, ¿hubiese sido lógico que calcule que por una circunstancia su pena pasaría a ser 8 años 6 meses mayor?, ¿es lógico calcular 8 años 6 meses más en una pena por una circunstancia agravante general? Considerando que el Tribunal bajo ningún concepto podría considerar otra circunstancia para graduar el margen de la pena.

4.2 Propuesta del Trabajo de Titulación

Bajo ningún concepto el presente trabajo de titulación pretende desconocer que la ley vigente respeta la legalidad formal, incluso se allana a que existe un cierto nivel de cumplimiento de la legalidad material; las atenuantes y agravantes están escritas y en principio el ciudadano puede acceder a ellas y realizar el cálculo correspondiente. El objetivo es alcanzar un mayor nivel de realización de esta garantía, se busca que el COIP (2014) cumpla de mejor

manera el mandato de: “lex certa”. Un análisis realmente comprometido con los derechos no se satisface con una simple investigación, demanda buscar la técnica más adecuada para que los derechos se materialicen de una manera efectiva.

La propuesta se basa en una reforma parcial al artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014); en la cual se puede determinar el alcance de la pena en relación al principio constitucional de Legalidad y a una finalidad objetiva. Limitando a la máxima expresión el alcance individualizado de la pena y subsanando los errores contenidos.

Materializando lo antes dicho se propone al poder legislativo un proyecto de reforma parcial al Código Orgánico Integral Penal (2014) para que la redacción del artículo 44 quede de la siguiente manera:

Artículo. 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes.-
Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.

El rango que existe entre la pena mínima y la máxima se lo dividirá en tres tercios; el tercio intermedio será aplicable cuando no existan atenuantes ni agravantes, o si existe solo un agravante y/o un atenuante,

Si existiese más de un atenuante se aplicará el tercio inferior; mientras que si existiera más de un agravante se aplicará el tercio superior.

La existencia de atenuantes y agravantes simultáneamente en el delito serán considerados por el juez, la pena se aplicará de acuerdo al número resultante de agravantes o atenuantes tomando en cuenta la tabla que se propone.

Para llegar a un claro y completo entendimiento de la aplicación del presente artículo que se propone se hará un cuadro explicativo utilizando para este ejemplo el tipo penal de homicidio que está establecido en el artículo 140 de COIP (2014) que establece una pena de 22 a 26 años.

Tabla 2. Aplicación del artículo 44

ARTICULO VIGENTE		PROPUESTA DE REFORMA	
Delito Agravado (al menos una agravante)	34 años 6 meses	Delito Agravado (más de un agravante)	De 24 años 8 meses a 26 años
Delito tipo	22 a 26 años	Delito	De 23 años 4 meses a 24 años 8 meses
Delito Atenuado (al menos dos atenuantes y no agravantes)	14 años con 7 meses	Delito Atenuado (más de un atenuante)	De 22 años a 23 años 4 meses

Para guardar coherencia y concordancia con el artículo 44, dando mayor proporcionalidad a las circunstancias atenuantes y agravantes se deberá derogar el artículo 46 que estipula la atenuante trascendental:

Art. 46.- Atenuante trascendental.- A la persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación, se le impondrá un tercio de la pena que le corresponda, siempre que no existan agravantes no constitutivos o modificatorias de la infracción.

Puesto que esta atenuante responde a la política criminal del Estado y promueve la delación de los delitos para que facilite al sistema judicial la persecución, se considera que esta atenuante deberá estar dentro del artículo 45 en el numeral séptimo y quedará con el siguiente texto:

7. La persona procesada que suministre datos o informaciones precisas, verdaderas, comprobables y relevantes para la investigación.

Se tiene consciencia que la atenuante trascendental guarda relación con la aplicación del procedimiento abreviado, no se realiza ese análisis por superar

el objeto de este estudio, se recomienda analizar sus consecuencias y tomar las medidas correspondientes.

Incluir como numeral octava:

8. Ausencia de antecedentes penales

En lo referente a las agravantes a los artículos 47 y 48 del Código Orgánico Integral Penal (2014), la propuesta concreta es unificar ciertos numerales cuya finalidad de protección es la misma; además se derogará algunas agravantes, para así subsanar los problemas enunciados en el nudo problemático de la proporcionalidad; el artículo quedaría de la siguiente manera:

Artículo 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

1. Ejecutar la infracción con alevosía, fraude, ensañamiento, usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima, aumentando o procurando aumentar la las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona. Se unifica el numeral 1, 6, 7 y 12 del Código Orgánico Integral Penal (2014), artículo 47.

2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.

3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.

4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.

5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas; o ejecutar la infracción con auxilio de gente armada. Se unifica el numeral 5 y

15, del Código Orgánico Integral Penal (2014), artículo 47.

6. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.

7. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad aprovechándose de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación. Se unifica el numeral 9 y 15, del Código Orgánico Integral Penal (2014), artículo 47.

8. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.

9. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.

10. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.

11. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.

12. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito.

Se derogan los numerales 17 y 18 del artículo 47 del Código Orgánico Integral Penal (2014), puesto que el primero se considera que es deber del Estado la vigilancia de los Centros de Privación de Libertad para que no se

sigan cometiendo delitos desde este lugar, mientras que en el numeral 18 se considera como características subjetivas del autor (derecho de autor) y en consecuencia no debe ser tomado en cuenta.

En lo concerniente al artículo 48 la única modificación que se hará es la derogación del numeral 9, puesto que se considera como una situación circunstancial y no como un paso previo para el cometimiento del delito.

4.3 Ventajas

Con la reforma del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal (2014), la primera ventaja que se evidencia es un mayor reconocimiento de la legalidad formal y material, dado que la aplicación de esta norma general no implicará una aplicación de penas no calculables que se derivan de una ley imprecisa y que modifica los rangos establecidos en el hecho punible, además esta modificación permite lograr una real concordancia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, especialmente con el artículo 76, numeral 3 de la Constitución (2008), y con el artículo 53 del Código Orgánico Integral Penal (2014).

La segunda ventaja a esta reforma se encuentra en la mayor legitimidad (aceptación) que se le da norma, puesto que los ciudadanos tendrán la certeza que su pena estará dentro de los límites fijados en el tipo penal, y que dependerá de las circunstancias atenuantes y/o agravantes que existan en el delito para saber en qué rango se ubicará.

La tercera ventaja se evidencia con las modificaciones a los artículos 45, 47 y 48 del Código Orgánico Integral Penal (2014), dado que se aumenta una atenuante que por su nivel de aplicabilidad es clave, se hace referencia a la inexistencia de probabilidad que el autor sea reincidente, que se dejó de lado en este cuerpo normativo, además se unifican algunas agravantes cuya finalidad de protección es la misma y por último se eliminan tres agravantes las

cuales no marcaban circunstancias determinantes en el delito y por ende en la aplicación de la pena. Con estos cambios se da mayor proporcionalidad.

Con la reforma al artículo 44 del antes mencionado cuerpo normativo se ha equiparado el peso a las atenuantes y a las agravantes, es decir las condiciones de aplicación son las mismas, la existencia de una agravante no era elemento suficiente para desconocer las atenuantes que existían en el cometimiento del hecho punible, es con esta reforma que se realiza la cuarta ventaja, dar mayor proporcionalidad al número de agravantes y atenuantes, la superioridad de agravantes frente a las atenuantes aún es muy marcada sin embargo con esta reforma se logra una mayor armonía y conformidad entre ambas.

El beneficio central de la proporcionalidad la pena y el delito consiste en alcanzar una sanción justa y humana. Sin embargo para este estudio el haber balanceado el sistema de atenuantes y agravantes, consigue un efecto adicional trascendente, repercute en el principio de legalidad material, porque permite superar un modelo que tiende a engañar a la persona con una oferta en el tipo que suele resultar más baja que la que por lo general se le aplica. Es cierto que es posible acceder al panorama real pero también que es demasiado complejo para alguien que no es técnico.

Se evidencia el efectivo cumplimiento del principio de culpabilidad, con el artículo 44 que se encuentra vigente en el COIP (2014) tanto en el delito atenuado como en el agravado se anulaba a este principio, en razón de que la pena que se debía imponer no permitía al juez valorar las circunstancias específicas de cada caso, con la reforma que se propone todas las formas del delito, sea este atenuado o agravado el juez tiene fijo los rangos y las reglas claras para poder determinar la pena tomando en cuenta la culpabilidad y las características propias de cada hecho delictivo. Además desaparece el costo para la esfera material del principio de legalidad, porque en las tres secciones de la pena están incluidos un límite mínimo y máximo del tipo penal.

Estos cambios permiten un acoplamiento al espíritu de la actual Constitución garantista, encaminada a la protección de los derechos fundamentales y la plena efectivización de los principios transversales entre ellos la seguridad jurídica aun cuando estas deban someterse a una condena de privación de libertad por el cometimiento de hechos punibles protege los derechos de dignidad humana de las personas condenadas a una pena privativa de libertad.

Por último estas modificaciones aportarán para que la sociedad recupere la confianza en el derecho penal, y en el poder judicial, no será un proceso inmediato y tal vez necesitará de muchas más modificaciones en la ley y en la ejecución del proceso penal, pero dejará sentado el precedente y se habrá dado el primer paso.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Conclusiones

Para que el principio de legalidad sea satisfecho en su totalidad, no basta con que se cumplan las formalidades (ley previa y ley escrita), sino que debe cumplirse también con su ámbito material, es decir con la parte que le da racionalidad a una ley, el que efectivamente pueda ser conocido por el ser humano.

Pese a que en el Ecuador actualmente se le reconoce la legalidad formal y un cierto nivel de legalidad material, existe un déficit en esta última esfera, ya que el sistema de atenuantes y agravantes es un tema técnico poco accesible y entendible por el común de los ciudadanos, aspecto particular que limita el acceso a conocer la sanción aplicable.

La legitimidad de las normas jurídicas es de trascendental importancia, para su aceptación y validez. Por lo tanto, para que las y los ciudadanos puedan cumplir con sus mandatos resulta fundamental que conozcan las prohibiciones y sanciones. Sobre este punto es elemental saber la pena que efectivamente corresponde a cada delito.

La comparación realizada entre el anterior Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal (2014), arroja como resultado una ruptura de la proporcionalidad, realidad que se observa en la supremacía otorgada a las agravantes, un incremento desmesurado en estas circunstancias y la división artificial de un solo numeral en varios.

Para superar la desproporción se propone eliminar la agravante de: “cometer un delito desde un centro de privación de libertad”. Debido a que es ilegítimo que se considere como agravante para el sancionado, una circunstancia que debería ser controlada por Estado como es que no se delinca desde la cárcel.

Se ha determinado que los atenuantes han sido reducidos sin mayor criterio legal. Entre las excluidas existe una especialmente trascendente por su utilización práctica, como es la valoración de los criterios concernientes a la no existencia de antecedentes penales. Por ello, se propone recuperar como atenuante esta circunstancia por su repercusión sobre el principio de proporcionalidad. Además permite dar un trato balanceado, si la reincidencia es una agravante la falta de antecedentes penales es justo que sea una atenuante.

El sistema de agravantes y atenuantes de un delito deben ser consideradas de forma equitativa, ambas circunstancias deben tener el mismo peso en el momento de la determinación de una pena, la consideración de que basta una sola agravante para anular las atenuantes que existan en el hecho punible quebrantan el principio de proporcionalidad. Se propone un trato simétrico, el sistema actual se vuelve ilegítimo por tender de manera clara a elevar la punición. De hecho es discutible su coherencia con el principio de mínima intervención penal.

La culpabilidad es un elemento fundamental para considerar en la imposición de una pena, con ella se fija los límites de la imposición de una pena basándose en la reprochabilidad del autor y/o el daño producido por él. En tal virtud no se lo puede dejar de lado estableciendo una pena fija que no permita al juez valorar las particularidades de cada caso, es por ello que se hace necesario establecer rangos mínimos y máximos para la determinación de una pena y que estos rangos estén bien regulados por la ley general.

La ruptura de la continuidad de la escala al abandonar el principio de proporcionalidad para las penas agravadas y atenuadas, afecta también la legalidad material. Debido a que es contrario al sentido común el que sean aplicables penas superiores e inferiores en un tercio a los límites máximos y mínimos respectivamente; sin que las escalas intermedias entre estas nuevas penas y los extremos de las sanciones del delito tipo sean aplicables. Un

sistema ilógico y que demanda de un conocimiento técnico acabado, limita la accesibilidad de la persona a la norma.

El cumplimiento de los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad brindan la seguridad jurídica que tanto el Estado como el Derecho Penal buscan establecer mediante sus normas jurídicas, garantizando al ciudadano el respeto de sus derechos, de su dignidad humana y a su vez se aseguran que la conducta de las y los ciudadanos vayan en conformidad con la ley penal.

Recomendaciones

Una vez propuesta la eliminación de la atenuante establecida en el artículo 46 del Código Orgánico Integral Penal (2014), se recomienda revisar y hacer un estudio acerca de la situación en la que queda el procedimiento abreviado, dado que el antes mencionado artículo implicaba una disminución considerable de la pena a quien confiese el delito.

Al ser este trabajo un método dogmático de estudio, se limitó a analizar el sistema de atenuantes y agravantes para evitar confrontaciones con el principio de legalidad, por lo tanto se recomienda ampliarlo y enriquecerlo con investigaciones sociológicas basadas en estudios de casos y de la individualización de la pena desde la perspectiva de otros principios.

Se encontró que existe un problema de legitimidad del actual modelo de agravantes y atenuantes con el principio de mínima intervención penal. Es una perspectiva que sin lugar a dudas aportaría para una comprensión cabal del tema, sin embargo no se incluyó este análisis en razón de mantener la rigurosidad del estudio con respecto a los límites fijados por su objeto.

Se recomienda que la academia profundice sobre la creación de métodos que les permita a los jueces una aplicación más previsible del monto de las penas, para lo que la Facultad deberá generar espacios de discusión e investigación sobre este tema.

REFERENCIAS

- ALCÁCER, R., BONELLY, M., DE LA MATA, J., LASCURAÍN, J., RUSCONI, M., Y SÁNCHEZ, J., (2007). *Teoría del delito*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura.
- ALEXY, R., (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALFONSO, C., AMBOS, K., APONTE, A., CARO, D., GUZMAN, J., Y OTROS. (1996). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Mastergrafsrl.
- ÁVILA, R., (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Quito, Ecuador: UASB-Digital.
- ÁVILA, R., (2012). *En defensa del neoconstitucionalismo Transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- BACIGALUPO, E., (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, E., (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BARATTA, A., (2004). *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- BARATTA, A., (2004). *Principios de Derecho Penal Mínimo*. Buenos Aires, Argentina: B de F.
- BECCARIA, C., (2006). *De los Delitos y de las Penas*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- BELOFF, M., BERTONI, E., MARGARIÑOS, M., RÍOS, R., ROXIN, C., Y ZIFFER, P., (1993). *Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto
- CALDERÓN, A., (s.f.). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis Crítico*. Lima, Perú: EGACAL

- CANCIO, M., Y JAKOBS, G., (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España: Civitas.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- CORRAL, F. (7 de enero, 2008). *¿Qué es Legitimidad?* Quito, Ecuador: El Comercio Sección A página 4 cuaderno 1.
- DE LA CUESTA, J., y BLANCO, I., (s.f.). *Módulo I: Derecho penal I.1 Introducción al derecho penal*. Universidad del País Vasco
- DONNA, E., (1995). *Teoría del Delito y de la Pena, Tomo II*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- DONNA, E., (1996). *Teoría del Delito y de la Pena, Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Astrea
- FERRAJOLI, L., (1995). *Derecho y Razón*. Madrid, España: Trotta
- FMM EDUCACIÓN. (s.f.), *Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano (1789)*, recuperado el 18 de octubre 2014 de <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>
- GARCÍA, J., (2012). *Seguridad Jurídica*. Recuperado el 16 de enero 2015 de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2012/01/06/seguridad-juridica>
- GARCIA, R., (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima, Perú: Ara Editores
- HASSEMER, W., (1999). *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Santa fe de Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- HASSEMER, W., (2003). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. (2da ed. 1era reimp). Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc
- INZUNZA, E., (2009). *La Exacta Aplicación de la Ley Penal y el Mandato de Determinación*. México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

- JAEN, M., (2008). *Crisis del Principio de Legalidad en el Derecho Internacional*, Bogotá, Colombia: Ibañez.
- JAKOBS, G., (1998). *Sobre la Teoría de la pena*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- JURÍDICAS UNAM. (s.f.). *Legalidad y Legitimidad: Teoría del Poder y Teoría de la Norma*. Recuperado el 09 de octubre 2014 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/16/pr/pr26.pdf>
- LA PRENSA. (10 de junio, 2015), *Fue sentenciada a 34 años*. Riobamba, Ecuador: La Prensa, Sección C página 6
- MACHICADO, J., (2009). *El Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*. La Paz, Bolivia: Centro de Estudios de Derecho.
- MELENDO, M., (2002). *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Granada, España: Comares.
- MEZGER, E., (2005). *Teoría de la Pena*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- MIR PIUG, S., (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L.
- MONTIEL, J., (2012). *La crisis del principio de legalidad en nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* Madrid, España: Marcial Pons.
- NEWMARK, H., (2003). *De la Legalidad al Sistema de Derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.
- PACHANO, F. (1998). *El principio de legalidad y la prueba en materia penal*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- QUISBERT, E., (2008). *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*. La Paz, Bolivia: Centro de Estudios de Derecho.
- RIVERA, I., (2004). *Mitología y discursos sobre el castigo*. Barcelona, España: Anthropos.
- SILVA, J., (1992), *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona, España: José María Bosch.

- VIDAL, J. (2010). *Texto de la Carta Magna de Juan sin tierra de 5 de junio de 1215*. Recuperado el 18 de octubre 2014 de http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/cmt.html#_Toc80091051
- YACOBUCCI, G., (2002). *El Sentido de los Principios Penales*. Buenos Aires, Argentina: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- ZAFFARONI, E., (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General V*. Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima.
- ZAFFARONI, E., (1997). *Manual de Derecho Penal Parte General*. (6ta ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima.
- ZAFFARONI, E., (1998). *En Busca de las Penas Pérdidas*. (2da reimp.). Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima.
- ZAFFARONI, E., (1998). *Tratado de Derecho Penal Parte General I*. Buenos Aires, Argentina: Ediar Sociedad Anónima.
- ZAFFARONI, E., (2009). *La Pena Como Venganza Razonable*. Ciudad Real, España: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.

ANEXOS

(1) FISCALÍA

Fue sentenciada a 34 años

ROBAMBA En el edificio Judicial Penal de Robamba, el lunes en la tarde, se celebró una audiencia de juzgamiento contra Rosa U., quien fue la principal sospechosa del asesinato de su hija de tres años. Un tribunal de jueces y en base a las pruebas recabadas, tanto por la Fiscalía Provincial de Chimborazo y de la Policía, determinó su culpabilidad en el asesinato de la cratuna, por tal razón, la madre de niña deberá cumplir una sentencia de 34 años y seis meses.

Actualización. Las investigaciones sobre el trágico suceso iniciaron en la mañana del lunes 21 de marzo del presente año, ya que la Policía Mariscal tuvo conocimiento sobre el asesinato de una menor en la comunidad de Huautas, perteneciente a la parroquia de Macalpa (Cacha). Ante esta situación el cuerpo de la menor fue trasladado

hacia la morgue del cementerio de Robamba donde se determinó que fue estrangulada, por tal situación la madre de la menor fue detenida ya que era la principal sospechosa.

Comunicado. Según un comunicado de la Fiscalía General del Estado, se conoció que Rosa U. fue acusada de estrangular a su hija, hecho que se produjo el 22 de marzo de 2015 en Robamba. Ese día la niña, de manera accidental dejó caer un televisor, por lo que la mujer agredió a la niña hasta causarle la muerte.

Pruebas. Entre las pruebas, el fiscal Diego Verdoso presentó los testimonios de familiares y personas cercanas a la víctima. También constan los exámenes psíquicos para descartar afectaciones en su salud mental.



La Fiscalía de Chimborazo aún continúa indagando otros casos de muertes violentas.

» INDICATOS

Aumentaron la sentencia

ROBAMBA En la audiencia se presentó el informe del reconocimiento del lugar de los hechos. Allí Rosa U. reconoció lo sucedido y reconoció el delito. Con esas pruebas el Tribunal Provincial de Chimborazo le sentenció a 34 años y seis meses de prisión por haber privado de libertad a la menor. Los jueces aplicaron el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que establece una pena de 25 años. Sumados los agravantes establecidos en el numeral 11 del artículo 47 del COIP

8 DE JUNIO DE 2015

Un tribunal penal en Robamba dictaminó la culpabilidad de Rosa U., madre de la menor de tres años asesinada, misma que fue sentenciada a una condena de 34 años y seis meses.

23 DE MARZO DE 2015

Agentes de la Inmesad y un fiscal fueron informados sobre un velatorio humillado, por tal situación el cuerpo de la niña fue llevado a la morgue del cementerio de Robamba para la necropsia.

22 DE MARZO 2015

Fue el día que sucedió el lamentable hecho en una vivienda situada en el sector de la 2a de Mayo, donde la menor de tres años de edad falleció.

» CRONOS

ACTUALIDAD (0)

Actualidad · Justicia

34 años de condena para una madre que estranguló a su hija en Riobamba

Javier Ortega · 9 de junio de 2015 13:53

Un **Tribunal de Chimborazo** valoró los agravantes y fijó una pena de **34 años y seis meses de cárcel** para una mujer que **estranguló a su hija de tres años en Riobamba**. Es la sentencia más alta desde que rige el Código Integral Penal.

El crimen ocurrió el 22 de marzo del 2015. Reportes de la **Fiscalía** señalan que ese día la pequeña dejó caer accidentalmente un televisor. La madre enfureció y "agredió a la niña hasta causarle la muerte".

Los investigadores detectaron que la sospechosa, identificada como Rosa Ll., **intentó enterrar a la menor sin partida de defunción** en Colta, una pequeña localidad de la provincia de Chimborazo.

Diego Verdesoto, fiscal que manejó este caso, llamó a declarar a familiares de la víctima y en el juicio también exhibió **evaluaciones psicológicas** que descartan problemas mentales de Rosa Ll.

El juzgamiento concluyó en las últimas horas de ayer, lunes 8 de junio del 2015. Verdesoto presentó incluso el informe del **reconocimiento del lugar en donde se perpetró el crimen**. Según la Fiscalía, en esa diligencia la mujer "describió cómo sucedieron los hechos y **reconoció el delito**".

El Tribunal Penal de Chimborazo valoró estas pruebas y aplicó el artículo 140 del **Código Orgánico Integral Penal**. Allí se fija una condena de 26 años para este tipo de crímenes.

Sin embargo, los jueces aumentaron la sanción en un tercio porque **hubo agravante**: la autora del asesinato es parte del núcleo familiar de la víctima.

TAGS : JUSTICIA · RIOBAMBA · CRIMEN · MADRE · CONDENA

¿Te sirvió esta noticia?:

Sí (35)

No (4)



Pena de 34 años y 6 meses de prisión para mujer acusada de asesinar a su hija

El Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo declaró culpable a Rosa LI. del asesinato de su hija de 3 años de edad y le impuso una pena de 34 años y 6 meses de prisión.

El 22 de marzo pasado, en Riobamba, la menor de manera accidental dejó caer un televisor, por lo que la mujer la estranguló hasta causarle la muerte, según indica un boletín de la Fiscalía.

De acuerdo con las investigaciones del Ministerio Público, la mujer habría intentado enterrar a su hija en la localidad del cantón Colta, provincia de Chimborazo, sin partida de defunción. Ante esta situación las autoridades fueron alertadas e iniciaron las indagaciones.

Entre las pruebas, el fiscal Diego Verdesoto presentó los testimonios de familiares y personas cercanas a la víctima. También constan los exámenes psicológicos para descartar afectaciones en su salud mental.

Además, en la diligencia que finalizó este lunes, 8 de junio, se presentó el informe del reconocimiento del lugar donde se produjo el hecho. Allí Rosa LI. describió cómo sucedieron los hechos y reconoció el delito.

Con estas pruebas, el Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo sentenció a la mujer a 34 años y 6 meses de pena privativa de libertad.

Datos: Los jueces aplicaron el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que establece una pena de 26 años. Sumados los agravantes establecidos en el numeral 11 del artículo 47 del COIP. Es decir, se aumentó la pena en un tercio, por ser parte del núcleo familiar de la víctima.

Etiquetas: asesinato, Chimborazo, hija, sentencia

[< Anterior](#)
[Siguiente >](#)


ÚLTIMAS NOTICIAS

- 27.08.15 Dirigentes quieren que la Liga Profesional funcione desde la próxima temporada
- 27.08.15 Hungría desplegará el Ejército para frenar ingreso de los migrantes ...
- 27.08.15 "La universidad no puede tener fines de lucro"
- 27.08.15 Melíbea le dio un toque house a 'Cuéntame'

LEYES



DESCARGAR PDF
DE LA CONSTITUCIÓN
DEL ECUADOR

LA CUESTIÓN CRIMINAL

La cuestión criminal

Eugenio Raúl Zaffaroni



EL TELÉGRAFO

DIRECTV® Sitio
Oficial

Contrata Bronce HD y Obtén 2x1
en Tu Instalación. ¡Suscríbete
Ahora!



Guayaquil: Km 1.5 Av. Carlos Julio Arosemena -> **Teléfono:** PBX (593-4) 2595700

Quito: San Salvador E6-49 y Eloy Alfaro -> **Teléfonos:** (593-2) 2522331 - (593-2) 2907784 - (593-2) 2552897

Cuenca: Av. José Peralta 1-111 y Cornelio Merchán. Edificio Onix planta baja -> **Teléfonos:** (593-7) 4104020 / 4104021

Ambato: Shyris 1260 entre Imbabura y Saraguro -> **Teléfonos:** (593-3) 2849366 / 2416036

Manta: Av. Flavio Reyes y calle 33 -> **Teléfono:** (593-5) 3701595

EL TELÉGRAFO

Publicado en *El Universo* (<http://www.eluniverso.com>)

Condena para madre que mató a su hija porque rompió su tv

Fecha de publicación: Miércoles, 10 de Junio, 2015 - 00h00

Rosa LI. fue declarada culpable del asesinato de su hija de 3 años de edad y sentenciada a 34 años y 6 meses de pena privativa de libertad por el Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, señaló la página web de la Fiscalía.

El hecho ocurrió el pasado 22 de marzo en Riobamba. Ese día la niña, de manera accidental, dejó caer un televisor, por lo que la mujer agredió a la niña hasta causarle la muerte.

Según las investigaciones de la Fiscalía, la acusada habría intentado enterrar a su hija en el cantón Colta, provincia de Chimborazo, sin una partida de defunción. Ante esta situación se alertó a las autoridades y se iniciaron las indagaciones al respecto.

Entre las pruebas, el fiscal Diego Verdesoto presentó testimonios de familiares y personas cercanas a la víctima. También constan los exámenes psicológicos para descartar afectaciones en su salud mental.

Los jueces aplicaron el artículo 140 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que establece una pena de 26 años. Sumados los agravantes establecidos en el numeral 11 del artículo 47 del COIP. Es decir, se aumentó la pena en un tercio, por ser parte del núcleo familiar de la víctima. (I)

34 años y 6 meses de pena privativa de libertad fue la condena del Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo.

URL de origen: <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/06/10/nota/4953387/condenan-madre-quitarle-vida-su-hija>