



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL Y SU
CONTRAPOSICIÓN EN LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONTRAVENCIONES
DE PRIMERA CLASE DE TRÁNSITO

AUTOR

Pablo Javier Rosero Córdova

AÑO

2017



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL Y SU
CONTRAPOSICIÓN EN LA TIIFICACIÓN DE LAS CONTRAVENCIONES
DE PRIMERA CLASE DE TRÁNSITO**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el Título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía

Dra. Marcella Da Fonte Carvalho

Autor

Pablo Javier Rosero Córdova

Año

2017

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

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

Marcella Da Fonte Carvalho

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales

C.C.: 172431769-6

DECLARACIÓN PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Elsa Irene Moreno Orozco

Doctora en Jurisprudencia

C.C.: 1705403713

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Pablo Javier Rosero Córdova

C.C.: 050262420-8

AGRADECIMIENTO

A mis padres por el constante apoyo y cariño recibido en el transcurso de mi vida, en especial en mis estudios primarios, secundarios y universitarios.

Por su dedicación e inquebrantable sacrificio para poderme superar como persona y poder cumplir todas las metas propuestas en mi vida.

A mis segundos padres José y Julia, por el apoyo firme en todas mis decisiones y por demostrarme que el cariño y apoyo de los abuelos es el más sincero.

A mi pequeña Pame, por alentarme a cumplir mis metas y por estar incondicionalmente a mi lado.

DEDICATORIA

A José Augusto Córdova Robert, por el ejemplo de honestidad en el ejercicio de la abogacía.

Por la constante lucha en beneficio de los más necesitados.

Por los consejos con cariño y sabiduría impartidos en el decurso de mi vida.

Por ser mi abuelito "Pepito"

RESUMEN

El presente ensayo académico, tiene como finalidad demostrar que existe una contraposición entre la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito establecidas en el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal y lo que presupone el principio de mínima intervención, reconocido en el artículo 3 ibidem, el cual es el eje fundamental dentro del Derecho Penal, para limitar el excesivo ejercicio del poder punitivo del Estado, en relación a las conductas que éste selecciona para reprochar penalmente.

Para llegar al análisis de dicha contraposición, se desarrolla a profundidad lo que presupone el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, el cual establece lo que es el principio de intervención mínima y los elementos constitutivos del mismo, para de esa manera poner un límite al excesivo ejercicio del poder punitivo que cuenta el Estado, a la hora de seleccionar las conductas que integran el catálogo de infracciones. De igual manera, son tomados en cuenta y analizados todos los principios doctrinarios que rigen al Derecho Penal, para que éste pueda cumplir con su finalidad que es limitar al *ius puniendi* y así no permitir que los ciudadanos se desenvuelvan en un ambiente de incertidumbre y represión, al contar con un ordenamiento jurídico-penal autoritario e irracional.

Este trabajo contiene tres Capítulos, desarrollados de la siguiente manera: En el Capítulo I, se desarrolla el principio de mínima intervención penal, en su concepto y naturaleza jurídica, caracteres del principio y la limitación funcional de éste a través de axiomas que persiguen la limitación del poder punitivo del Estado; En el Capítulo II, se expone acerca de la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito, en cuanto a su concepto y naturaleza jurídica, cuales son éstas contravenciones y como se tipifican en el tipo penal del artículo 386; y, por último el Capítulo III, en el cual se desarrolla la contraposición que existe entre la tipificación de dichas contravenciones y el principio de mínima intervención penal, respecto a la vulneración de principio del garantismo penal, la existencia de mecanismo extrapenales y la pena como sanción inadecuada para la contravención.

ABSTRACT

The purpose of this academic essay is to analyze the contradiction between the typification of first-class traffic contraventions established in the article 386 of the Integrated Criminal Code and what presupposes the principle of minimum intervention, which is the fundamental axis within the Criminal Law, to limit the excessive exercise of punitive power of the State, in relation to the behaviors that it selects to criminally prosecute.

In order to arrive at the analysis of this contraposition, it is developed in depth what is presupposed in the Article 3 of the Integrated Criminal Code, which establishes what is the principle of minimum intervention and the constituent elements of it, in order to put a limit to the excessive exercise of the punitive power that has the State in the selection of the behaviors that integrate the catalog of crimes. In the same way, all the doctrinal principles that govern the Criminal Law are taken into account and analyzed so that it can fulfill its purpose that is to limit the *ius puniendi* and thus not allow the citizens to develop in an environment of uncertainty and repression, having an authoritarian and irrational legal-penal system.

This work contains three chapters, developed as follows: Chapter I, develops the principle of minimal criminal intervention, in its concept and legal nature, characters of the principle and functional limitation of the principle through axioms that pursue the limitation of the punitive power of the State; Chapter II deals with the typification of first-class traffic contraventions, in terms of their concept and legal nature, which are the first-class traffic contraventions and how they are typified in the criminal type of article 386; And, finally, Chapter III, in which the contraposition that exists between the typification of such contraventions and the principles of minimum criminal intervention, about to the infringement of principles of the criminal guaranty, the existence of extrapenal mechanisms and the penalty as Inadequate sanction for contravention.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. El principio de mínima intervención penal	3
1.1 Concepto y naturaleza jurídica.	3
1.2. Caracteres del principio de mínima intervención penal.....	6
1.2.1. Fragmentariedad.	6
1.2.2. Subsidiariedad.	7
1.2.3. Carácter accesorio.....	8
1.3. Limitación funcional del principio de mínima intervención penal.	10
1.3.1. Principio de la respuesta no contingente.	10
1.3.2. Principio de proporcionalidad abstracta.....	11
1.3.3. Principio de idoneidad.	11
1.3.4. Principio de proporcionalidad concreta.....	12
2. Tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito.....	13
2.1. Concepto y naturaleza jurídica de las contravenciones.	13
2.2. Contravenciones de primera clase de tránsito.....	17
2.3. Tipificación de las contravenciones.	21
2.3.1. Estructura y composición de las contravenciones de primera clase de tránsito.	24
2.3.1.1 Tipicidad objetiva.	24
2.3.1.1.1. Elementos sustanciales.....	25
2.3.1.1.2. Elementos accidentales.....	26

2.3.1.2. Tipicidad subjetiva.....	27
3. Contraposición entre el principio de mínima intervención y la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito.....	28
3.1. Vulneración de los principios rectores del garantismo penal.	28
3.2. Mecanismos extrapenales.....	33
3.3. La pena como sanción inadecuada.....	36
4. CONCLUSIONES.....	40
REFERENCIAS.....	42

INTRODUCCIÓN

Mediante la promulgación del Código Orgánico Integral Penal en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, entro en vigencia en el Ecuador la nueva codificación de normas jurídico-penales, sustituyendo de esa forma al hoy derogado Código Penal y Código de Procedimiento Penal del año 2000.

Dentro de dicho cuerpo normativo, se implementación nuevas infracciones penales, creciendo de esa manera significativamente el catálogo de delitos y contravenciones, que no necesariamente deben estar tipificadas dentro del ámbito jurídico-penal, debido a que el legislador de manera sucinta ha creado tipos penales que no responden a la necesidad ecuatoriana y que han tenido como consecuencia que se cree un estado de represión, al reprochar penalmente cualquier conducta, que no necesariamente merece ser regulada por el Derecho Penal.

Partiendo del artículo 1 de la Constitución de la República, el mismo que establece al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y presupone que el ordenamiento jurídico en general debe seguir dicho postulado, que es opuesto a lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal, al transgredir todos aquellos principios rectores del Derecho Penal, que ponen un límite al ejercicio del ius puniendi.

El excesivo ejercicio de poder punitivo del Estado, a la hora de sancionar penalmente todas aquellas conductas que no deben encontrarse prohibidas por la esfera del Derecho Penal, generan consecuencias negativas dentro del desarrollo de la sociedad, ya que, los ciudadanos se ven inmersos en un ambiente de control absoluto, generando de esa forma un miedo a ser injustamente reprochado punitivamente, lo cual limita radicalmente al buen desenvolvimiento de las personas en el entorno social.

Al implementar dentro del catálogo de infracciones penales, cualquier conducta que no sea lesiva a los bienes jurídicos que el Derecho Penal tutela, estas

tipificaciones evidencian la falta de selección objetiva que debe realizar el legislador para reprochar punitivamente las conductas contrarias a derecho, lo cual trae como resultado negativo, que el Derecho Penal no pueda cumplir su finalidad en cuanto a la limitación del ius puniendi y sobre todo que este sistema se vuelva totalmente irracional.

En este sentido, el presente trabajo aborda el problema jurídico de la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito en el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, pues, la sanción para el sujeto activo que adecue su conducta a los supuestos hechos contenidos en la norma, tiene como consecuencia jurídica una sanción privativa de libertad, lo cual se observa como una manifestación excesiva del ejercicio del poder punitivo del Estado y es contrapuesto al principio de mínima intervención penal, que es uno de los puntos de partida para poner un límite al ejercicio punitivo.

En este sentido, se propone analizar y desarrollar lo que abarca el principio de mínima intervención penal, que se encuentra reconocido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, al ser el axioma que da origen a otros principios que rigen al derecho penal, a su aplicación y sobre todo que restringen al Estado, para que no pueda tipificar cualquier conducta que limita el ejercicio del ius puniendi.

CAPITULO I

1. El principio de mínima intervención penal

1.1 Concepto y naturaleza jurídica.

El principio de mínima intervención penal en términos generales se refiere al límite impuesto al Estado para que éste no pueda por medio de leyes penales tipificar y sancionar conductas que no lesionen bienes jurídicos con penas privativas de libertad.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, este principio se encuentra reconocido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal señalando que “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso cuando no son suficientes los mecanismos extra penales” (COIP, 2014, Art.3).

A su vez, la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 195 faculta a la Fiscalía General del Estado para que ejerza la acción penal pública, lo cual quiere decir que son los titulares para llevar a cabo la respectiva investigación pre-procesal y procesal penal con estricto apego a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, cuando exista una lesión a un bien jurídico constitucionalmente reconocido.

Es decir, la fiscalía únicamente deberá acusar cuando existan suficientes indicios y elementos de convicción que permitan imputar responsabilidad penal, por lo cual, en el caso de que no existir indicios, a través del principio de oportunidad tendrá por disposición expresa de la ley la abstención de la acusación y a través del principio de mínima intervención penal, en el caso de que la conducta tenga un mecanismo extrapenal para la protección de las personas de igual manera no continuará con la investigación, lo cual limita al poder punitivo del Estado.

Éste principio tiene su primera aparición a partir del siglo XVIII, en el cual nace la corriente del liberalismo político, con la finalidad de acabar con las monarquías absolutas de la época, donde el poder se encontraba concentrado

en una sola persona denominada soberano y donde no existía respeto alguno por los derechos y garantías fundamentales.

Dentro del ámbito jurídico-penal de dicha época, Cesare Beccaria en el año de 1764 es la primera persona que se manifiesta acerca del rol que cumple el principio de mínima intervención penal, al referirse sobre la rigidez de las leyes penales y la necesidad de disminuir las mismas, únicamente aquellas conductas que sean estrictamente necesarias.

Es así que el principio de mínima intervención penal forma parte del Estado social o democrático de derechos, en el cual se encuentran divididos los poderes del Estado y sobre todo existe un verdadero respeto hacia la soberanía popular y al imperio de la ley, que en estricto apego a lo que abarca el principio de mínima intervención penal, únicamente el Estado interviene penalmente cuando sea necesario para el mantenimiento de la estructura social democrática, así como también para el cumplimiento de los principios sociales y fines que el modelo persigue, con la finalidad de conservar un sistema penal racional y justo.

De igual manera, el principio de mínima intervención penal pertenece al derecho penal contemporáneo, al garantismo penal y al sistema penal acusatorio, en donde el derecho penal empieza a cumplir su misión de " [...] producir, deducir y solucionar casos, entendiéndose aquí por caso simplemente algo que acaece y tiene consecuencias específicamente jurídico-penales" (Muñoz Conde, F. 2012. p.1); y, poner un límite al *ius ponendi*.

Además, que dicho principio postula al derecho penal mínimo o de ultima ratio como punto de partida para limitar la tipificación de normas penales y el excesivo ejercicio del derecho sancionador que tiene el Estado. Es así que como afirma Manuel Moreno el principio de mínima intervención penal "implica el mandato metaconstitucional dirigido a los entes estatales, en virtud del cual deben criminalizar conductas en una ley, exclusivamente cuando las mismas lesiones o pongan en peligro los intereses, bienes jurídicos o derechos más importantes en una sociedad" (Moreno, 2013, p.55).

Tanto la proporcionalidad como la subsidiariedad van de la mano con el principio de mínima intervención penal, toda vez que únicamente no se trata por medio de este axioma de que no se sancione penalmente cualquier conducta que no merezca protección penal, sino también que cuando sea necesaria la protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal para que éstos no sean lesionados, la sanción no sea desproporcional a la infracción.

Al respecto, Jesús Villegas en el año 2009 citando una sentencia de Córdova, cuyo ponente fue José Verdugo, manifiesta:

El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. (...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario. (Villegas, 2009, p. 4).

De lo expuesto, se puede conceptualizar al principio de mínima intervención penal como el axioma que es propio del Estado social de derechos, el cual cumple una función limitadora dentro de la tipificación de normas penales, con la finalidad de que dentro del ordenamiento jurídico-penal no se encuentren protegidos bienes jurídicos que no merecen la tutela del derecho penal, al existir otros mecanismos extrapenales que pueden resarcir el agravio.

1.2. Caracteres del principio de mínima intervención penal.

Partiendo del concepto y la naturaleza jurídica del principio de mínima intervención penal, se puede inferir que el axioma se encuentra fundamentado en tres postulados que son la fragmentariedad, subsidiariedad o última ratio y el carácter accesorio, los cuales en su conjunto dan la directriz para limitar al poder del Estado, cuando se trata de sancionar penalmente conductas que no son de relevancia jurídico-penal.

1.2.1. Fragmentariedad.

La fragmentariedad o el carácter fragmentario del principio de mínima intervención penal, proviene de la palabra fragmentar que significa “reducir a fragmentos” (Rae. 2009.p23) es decir, el derecho penal no puede abarcar cualquier acto u omisión que quebrante el ordenamiento jurídico o la estructura del Estado, caso contrario el derecho penal se convertiría en una rama jurídica absoluta y violatoria de las libertades individuales o colectivas que el Estado de derechos persigue como una de sus fines para que los ciudadanos no se encuentren inmersos en el temor y persecución del Estado policía.

Juan Martos (1995, p. 102) señala que la fragmentariedad considera las conductas que la sociedad reprocha para que sean sancionadas penalmente, siempre y cuando dicha conducta reúna los requisitos sustanciales para merecer tutela penal, lo cual se adentra al exhaustivo proceso de selección de bienes jurídicos que el Estado está en la obligación de realizar, para valorar y categorizar aquellos bienes jurídicos que necesariamente deben ser protegidos por parte del derecho penal.

Aseverando lo manifestado en líneas anteriores, Muñoz Conde señala que el principio de mínima intervención penal “es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del derecho penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter fragmentario” (Muñoz Conde, 1975, p.71). Al tener con claridad que la fragmentariedad del principio de mínima intervención penal, tiene como su finalidad la selección de los

bienes jurídicos que el derecho penal ha de tutelar, dicha selección denominada criminalización responde a dos fases, la primaria y la secundaria.

La fase primaria consiste en la formación de la ley penal como tal y es ejercida por organismos políticos (Zaffaroni, 2000, p.7) como son el parlamento, congreso o asamblea, los cuales en base al control social y política criminal que maneja el Estado, tienen la responsabilidad de llevar a cabo el proceso de criminalización, es decir la selección de aquellos bienes jurídicos sumamente importantes que tienen que ser amparados por la norma penal, siempre y cuando miren al interés general de la sociedad y pueda existir una acción u omisión que violentamente lesiones a dichos bienes, para lo cual se pueda formar el supuesto de hecho y la pena como mecanismo de prevención de una lesión.

Por otro lado, la fase secundaria es la “acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (Zaffaroni, 2000, p.7) que es ejercida por agentes secundarios como son jueces, fiscales o policías, que actúan para la aplicación de la ley penal en el caso de existir un acto u omisión de una o varias personas determinadas que lesione un bien jurídico reconocido por el derecho penal.

De igual manera, el carácter fragmentario va dirigido a la condición dinámica de la política criminal que maneja el Estado social de derechos, en cuanto a la revisión coercitiva constante que éste tiene que tener para la descriminalización de conductas, aquellas indispensables.

1.2.2. Subsidiariedad.

De igual manera que la primera arista del principio de mínima intervención penal, el carácter fragmentario va dirigido a la limitación del poder punitivo del Estado, en relación a los actos u omisiones que ocasionen leves perturbaciones al ordenamiento jurídico y al orden social.

Este carácter como su nombre mismo lo indica, comprende que el derecho penal debe ser utilizado “De modo subsidiario o supletorio. En segundo lugar. Como último recurso” (Cabenellas, 1993, p.300) lo cual quiere decir que la legislación penal únicamente tiene que abarcar la protección de aquellos

bienes jurídicos que han pasado por el proceso de selección para merecer una tutela de esta índole, cuando no existen otros medios o mecanismos extrapenales que puedan reparar el agravio y restaurar el mantenimiento del orden social. Es ahí cuando el derecho penal toma el nombre de ser una rama jurídica de última ratio o de último recurso.

Al respecto Julio Sánchez en el año 2007 (p.279) señala que el derecho penal como tal, es considerado como la última ratio del sistema jurídico, toda vez que cuando la lesión a un bien jurídico es leve y no compromete una violenta agresividad a los mismos, son aquellas soluciones menos radicales las que tienen que ser aplicadas, al constituir medios de reparación acordes a la proporcionalidad de la infracción y sobre todo que no involucran a la pena privativa de libertad como mecanismo de solución.

Se puede establecer que la fragmentariedad dentro del ámbito penal, se encuentra compuesta por dos significados que unidos conceptualizan la misión que dicho carácter cumple en la intervención penal mínima del Estado, siendo el primer significado, aquel que va dirigido a la función de las instituciones jurídicas superiores, las cuales no pueden suplir las funciones de control y mantenimiento del orden que cumplen las inferiores; y, el segundo significado, dirigido a que las instituciones jurídicas superiores actúan como resultado del fracaso de los medios de protección empleados por las instituciones inferiores, para mantener el orden social y para ayudar a las instituciones inferiores a mejorar sus objetivos.

En este sentido, el carácter fragmentario del principio de mínima intervención penal como lo señala Hurtado en el 2000 (p.18) busca la utilidad del derecho penal, privilegiando su práctica, únicamente cuando todos los mecanismos extrapenales para la protección de lesiones de derechos, no sean eficaces como medios de control social, lo cual menoscaba a las normas penales, debido a que las perturbaciones que no causen gravedad o sean leves, son competencia de otras ramas jurídicas, como el derecho civil, administrativo, etc.

1.2.3. Carácter accesorio.

En carácter accesorio del principio de mínima intervención penal o naturaleza accesoria como lo denominan varios tratadistas como Roxin, se encuadra a la peculiaridad sancionatoria del derecho penal, que a su vez lo hace secundario y accesorio, en cuanto forma parte del derecho público por regular la potestad sancionatoria del Estado, como es la imposición de una pena, vista como la consecuencia jurídica destinada a la prevención de que no se cometa un acto y protección de los intereses de la sociedad y colectividad en general.

En tal sentido, adentrándose al contenido propio de la palabra accesorio que se refiere a “lo que se une o a lo principal o de ello depende” (Cabenellas,1993, p.9), éste carácter refleja que el derecho penal se une a la protección de aquellos bienes jurídicos, que en primer plano son creados en la esfera internacional por los Derechos Humanos, con la concepción de reconocer aquellos valores sociales que permiten a los individuos realizarse como personas y que a su vez interesa a la sociedad sean regulados por la norma jurídica para su eficaz protección, lo cual en el ámbito interno es correspondido como derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en la norma supralegal, para pasar a la actuación del derecho penal, mediante la pena privativa de libertad como medio de control social, exclusivamente cuando aquellos valores sociales sean lesionados.

Juan Martos señala que “En épocas pretéritas, el Derecho Penal tuvo naturaleza jurídico-privada, que se transformó en pública cuando el poder de castigar por parte del Estado, fijó prudentemente el supuesto y el contenido (...)” (Martos, 1995, p.119). El *ius puniendi* como potestad sancionadora del Estado, cuenta con la tipificación de normas penales, las mismas que se encuentran compuestas por un supuesto de hecho o premisa y la consecuencia jurídica que se aplica, que en el caso del derecho penal es la pena privativa de libertad si se adecua el acto u omisión al supuesto de hecho del tipo penal.

Como lo señala Claus Roxin en el 1997 (p.44) el derecho penal forma parte del derecho público en *stricto sensu*, toda vez que únicamente por medio de la

imposición de la pena que es potestad del Estado, el derecho penal se vuelve derecho público.

Por otro lado, existen argumentos como lo expone José Sainz Cantero en 1990 (p.35) para considerar al derecho penal parte del derecho público, al destacar los bienes jurídicos que el Estado selecciona para protegerlos penalmente, como aquellos que se originan desde la perspectiva de los derechos humanos, con el interés de velar por la sociedad en su conjunto y no tan solo por los intereses de unos pocos.

En tal sentido, el carácter accesorio del principio de mínima intervención penal, refiere que el derecho penal es complementario y público, al tener la finalidad de salvaguardar aquellos derechos y valores humanos creados y reconocidos por los derechos humanos, a través de la pena privativa de libertad, que a su vez es exclusivo de la potestad del Estado.

1.3. Limitación funcional del principio de mínima intervención penal.

En el marco del principio de mínima intervención penal, se encuentran implícitos otros axiomas que persiguen la limitación al poder punitivo del Estado en cuanto a la tipificación de normas jurídico-penales, los cuales son:

1.3.1. Principio de la respuesta no contingente.

El principio de respuesta no contingente responde a la premisa que las leyes son generadas a consecuencia de las necesidades presentadas por la sociedad, es así que éste principio sostiene a la ley penal y sobre todo el catálogo de delitos dentro del cuerpo normativo de éste orden, como la respuesta a los problemas sociales reiterativos y duraderos que generan inestabilidad al buen desenvolvimiento de la sociedad, lo cual quiere decir que exclusivamente la norma penal debe ser un acto solemne, como última respuesta a los hechos que causan conmoción social continua.

Como lo señala Baratta (2004, p.308) la ley penal de ninguna manera puede tener una respuesta inmediata de índole administrativa, al requerir un exhaustivo y profundo debate público por parte del órgano legislativo, para considerar cuando es extremadamente necesario plasmar en la norma penal

las acciones u omisiones que generan una alteración inadecuada a la sociedad y de esa forma establecer a través de la consecuencia jurídica, la pena privativa de libertad como mecanismo de control social.

1.3.2. Principio de proporcionalidad abstracta.

El principio de proporcionalidad abstracta, se desprende como tal del axioma de proporcionalidad, el cual en stricto sensu como lo señala el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de el Salvador (CNJS) “se entiende como el parámetro de necesidad para ponderar los intereses humanos y sociales en una situación de conflicto” (CNJS, 2004, P. 139), es decir como su nombre mismo lo indica, la consecuencia jurídica como es la pena debe ser proporcional a la infracción y al daño que la acción u omisión produce, lo cual para el principio de proporcionalidad abstracta únicamente se debe sancionar por medio del sistema penal, cuando la infracción sea una grave violación a los derechos humanos, que como se manifestó en líneas anteriores se encuentra reconocido dentro del ámbito interno en la norma constitucional, como derechos fundamentales de los individuos.

1.3.3. Principio de idoneidad.

El principio de idoneidad o también denominado subprincipio de adecuación, como manifiesta Castillo (2004, p.8) requiere de dos aspectos para su composición, siendo el primero el fin que debe tener la consecuencia jurídica y segundo respecto a la aplicación de la pena como una medida adecuada para el cumplimiento del fin deseado, lo cual menoscaba en que la función sancionadora del Estado, tiene la obligación de ejercer su poder punitivo de la mano a los fines que propone. Añadiendo a lo expuesto, el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de el Salvador ha manifestado que:

(...) los actos de los funcionarios del Estado que se traducen en las medidas que en concreto se adopten, deben respetar la finalidad que les da fundamento, es porque ello que, tratándose de materia de producción normativa y de su aplicación, las autoridades deben respetar el principio de idoneidad, en el sentido que las medidas adoptadas, deben ser

adecuadas a los fines propuestos, que como se dijo están orientados por la vigencia de los fines de la Constitución. (CNJS, 2004, P. 139).

Es menester indicar que, a través de este principio, el órgano legislativo tiene la responsabilidad de analizar todos aquellos efectos sociales que produce la consecuencia penal, como es la pena privativa de libertad; y, tomando en cuenta la finalidad del mantenimiento del orden social propuesto por el Estado, se encuentra en la obligación de establecer la pena como efecto socialmente útil, cuando sea el mecanismo idóneo para la conservación de las buenas costumbres.

1.3.4. Principio de proporcionalidad concreta.

El principio de proporcionalidad concreta, se refiere a la consecuencia producida por la pena como mecanismo de control social, es por eso que éste principio se lo denomina como el axioma de adecuación del costo para la sociedad.

Como expresa Baratta (2004, p.310), la pena de ninguna manera puede ser valorada por el legislador desde el punto de vista del costo-beneficio, toda vez que ésta produce una incidencia negativa a quien adecua su conducta en el tipo penal, al no solo involucrar a la persona que comete un ilícito penal, sino también al medio social de su entorno, como es el núcleo familiar.

El derecho penal es irracional mientras las consecuencias penales no cumplan con su finalidad, lo cual, al contrario causa en mucho de los casos nuevos problemas sociales que incluso llegan a ser más graves que los que se trata de resarcir y prevenir.

Al igual que el principio de proporcionalidad abstracta, este axioma se adentra a la proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la pena, añadiendo que la pena debe observar y responder todos aquellos efectos sociales producidos, para ser considerado como un mecanismo funcional e idóneo de preservación y protección de aquellos valores sociales, convertidos en bienes jurídicos.

CAPITULO II

2. Tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito

2.1. Concepto y naturaleza jurídica de las contravenciones.

En términos generales, se entiende por contravenciones aquellas infracciones, típicas, antijurídicas y culpables, que tienen como consecuencia jurídica una sanción (COIP, 2014, art. 18), al momento de la adecuación del supuesto de hecho, por una acción u omisión.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 19 clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones, siendo definida esta clasificación antes de la derogación de los incisos segundo y tercero de la mencionada norma, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 598 de septiembre del 2015, como delito a la infracción penal, cuya pena privativa de libertad es mayor a treinta días y contravención aquella que es menor a treinta días.

Cabanellas define a la contravención como la “falta que se comete al no cumplir lo ordenado. Transgresión a la ley” (Cabanellas, 1993, p.78), lo cual se coteja con la definición de infracción propuesta por el mismo autor cuando señala: es la “transgresión, quebrantamiento, violación incumplimiento de una ley, pacto o tratado de ley” (Cabanellas, 1993, p.168), es decir, las contravenciones son aquellas acciones u omisiones que faltan o incumplen la obligación jurídica expresa en la norma, cuyo quebrantamiento tiene una determinada sanción.

Por otro lado, como se mencionó las líneas anteriores, las contravenciones dentro del ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano forman parte de la infracción penal, que a su vez se divide de forma bipartita siguiendo la doctrina italiana.

Si bien es cierto que antes de la reforma al artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal, se conceptualizaba en la misma norma lo que se refiere al delito y a la contravención, en la actualidad dicha definición se encuentra derogada,

dejando un vacío acerca de lo que se refiere cada clasificación de la infracción penal, por lo que, para destacar la naturaleza jurídica de las contravenciones como tal, es necesario recurrir a la doctrina.

La naturaleza jurídica de las contravenciones como punto de partida, nace de las infracciones penales, las mismas que son clasificadas dependiendo de la corriente seguida por cada ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, la corriente francesa, que trae a colación tres modalidades de infracción, siendo éstas el crimen, los delitos y las contravenciones, lo cual es contrario a la corriente italiana que se divide en dos modalidades de la infracción, como son el delito y la contravención. Al respecto Luis Carlos Pérez manifiesta:

Tan artificiosa como la clasificación tripartita es la bipartita de delitos y contravenciones, pues los hechos constitutivos son análogos o tienen igual naturaleza, a poco que se ahonde en la cuestión. Para sostener la distinción y aun la diferencia se alegan motivos que no resisten el análisis, y siempre se llega a la misma solución: desde ciertos puntos de vista un acto es delictivo; desde otros, ese acto es contravencional. (Pérez, 1987, p.336)

Al referir la analogía de las modalidades de la infracción, en esta primera parte, queda claro que tanto los delitos como las contravenciones parten de la misma naturaleza jurídica, siendo así por el denominado hecho punible, es decir las acciones u omisiones típicas, antijurídicas y culpables que presupone una sanción a quien adecue su conducta en un ilícito penal contenido en la norma de la materia.

Cuando se habla del hecho punible propiamente dicho, se refiere a la teoría del delito, que como manifiesta Pablo Encalada (2015, p.15) tiene como primer deber establecer lo que es el delito, conceptualizado por una corriente de la escuela alemana como el acto típico, antijurídico y culpable, lo cual, siguiendo el primer punto de la naturaleza jurídica de las contravenciones, se adentraría de igual manera, al mismo contenido de la definición del delito.

Es menester traer a colación en este punto, que la escuela alemana sostiene dos corrientes respecto al tema, siendo la primera aquella denominada bipartita, en la cual se desprende que el hecho punible es el acto guiado por la voluntad del ser humano, típico de la norma penal y que es contrario a derecho, al no existir una justa causa para realizar dicho acto, es decir, el hecho punible se basa únicamente en dos categorías dogmáticas del delito, como son la tipicidad y la antijuridicidad, dejando de lado la culpabilidad, debido a que se presupone que ésta responde principalmente a las finalidades de la pena, más no un juicio de reproche a quien actúa en contra de derecho. (Encalada, 2015, p.85).

En cambio, la corriente denominada tripartita, de la misma escuela alemana y la cual refiere que la culpabilidad no forma parte de los elementos subjetivos del tipo penal como son el dolo y la culpa propiamente dicha, al no ser parte del vínculo psicológico que hay entre quien realiza el acto y el hecho punible (Encalada, 2015, p.85), sino mira a la culpabilidad como aquel juicio de reproche que el medio social realiza a la persona que adecua su conducta cumpliendo todos los elementos constitutivos del delito. Es así, que esta corriente conceptualiza al delito como el acto, típico, antijurídico y culpable, lo cual, fue tomado en cuenta por el legislador ecuatoriano en el Código Orgánico Integral Penal, al sostener dicha corriente en el artículo 18 *ibídem*.

Por otra parte, no obstante de haberse señalado que la naturaleza jurídica de las modalidades de la infracción, responden a la misma perspectiva, existen diferencias entre los delitos y las contravenciones, siendo la primera acerca de la gravedad y la lesividad de la infracción.

Se dice que las contravenciones son las conductas menos lesivas o de poca gravedad, destellando así un temor y peligro para la organización social y por ende al mantenimiento del orden, lo cual a lo que constituye el delito es totalmente opuesto, debido a que se considera a los delitos como aquellas conductas que lesionan violentamente a los bienes jurídicos debidamente seleccionados y protegidos por el derecho penal.

Como consecuencia de esta distinción, se empieza hablar del Derecho Penal Contravencional o también conocido como Derecho Administrativo Sancionador, el cual es definido como “aquella rama del derecho público que regula la potestad punitiva del Estado relacionado con aquellas infracciones consideradas menores atendiendo a la lesividad del derecho y consecuencia jurídica que es la sanción [...]” (Jaramillo, 2015, p.46). Es a través de ésta corriente de pensamiento, que se ha puesto en debate acerca del por qué el Derecho Penal se ocupa de las contravenciones, al no compartir este tipo de infracciones los elementos propios del delito, llegando a la conclusión que el Derecho Penal no solo se ocupa de las conductas que lesiones violentamente bienes jurídicos, sino también de aquellas conductas menos lesivas como son las contravenciones, por medio del Derecho Administrativo Sancionatorio, que también es una forma de contención del poder punitivo penal, en cuanto es un freno que evita la expansión del ius puniendi y que de manera expresa se establece en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, al considerar que el Derecho Penal es de última ratio e interviene estrictamente en soluciones específicas como es la protección de las personas.

La segunda diferencia, responde a la violación que éstas dos infracciones producen. Es así, que se establece que las contravenciones transgreden la ley, de forma menos grave y con impacto social menor que los delitos.

Cuando se habla de violación o transgresión a la ley, se hacer referencia a la antijuridicidad, pero no propiamente dicha como una de las categorías dogmáticas del delito, sino en cuanto al concepto de aplicación para el ordenamiento jurídico en general. Muñoz Conde señala que “el término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realiza y las exigencias del ordenamiento jurídico” (Muñoz Conde, 2008, p. 65), lo cual quiere decir que la antijuridicidad hace referencia aquellas conductas contrarias del derecho o contrarias a ley. Es por eso que la segunda diferencia refiere a que las contravenciones son las acciones u omisiones que quebrantan o violan cualquier norma del ordenamiento jurídico, en cambio los delitos, transgreden un derecho, como son los bienes jurídicos, de forma más grave.

Se establece una última diferencia, en cuanto a la pena o sanción, arguyéndose que las contravenciones tienen una consecuencia jurídica menos radical y los delitos una pena mayor, lo cual en primer plano fue tomado en cuenta por el legislador ecuatoriano antes de la derogación de la segunda y tercera parte del artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal en el año del 2015, ya que, la norma expresamente diferenciaba a las contravenciones de los delitos, al establecer que las contravenciones se sanciona con penas privativas de libertad de uno a treinta día y los delitos con penas mayores a treinta día.

Tras dicha derogación, el legislador deja un vacío sustancial a la hora de definir acerca de lo que refiere cada una de las infracciones penales dentro del ordenamiento penal ecuatoriano, lo cual, evidencia a todas luces que en el marco legislativo a la hora de tipificar infracciones penales, el legislador omite todos aquellos principios doctrinales que limitan al poder punitivo del Estado, llegando de ésta forma a existir dentro de la República del Ecuador, un Derecho Penal que no cumple con la finalidad que persigue, que es limitar al abuso y al exceso del ius puniendi, convirtiendo de tal forma que la sociedad se vea en un estado de represión y miedo, al contar con leyes penales que sobrepasan la esfera de la mínima intervención penal del Estado y que lo único que pretenden es sancionar a todos los actos en contra de derecho con penas privativas de libertad, vulnerando así el sentido que el Derecho Penal es de última ratio o última instancia.

De lo expuesto, se puede establecer que las contravenciones son la especie y las infracciones penales el género, en cuanto son aquellas infracciones típicas, antijurídicas y culpables que se asemejan a la naturaleza jurídica de los delitos, pero que cuentan con diferencias sustanciales en comparación del delito.

2.2. Contravenciones de primera clase de tránsito.

Las contravenciones como se definió anteriormente son aquellas infracciones típicas, antijurídicas y culpables, pero al hablar de contravenciones de tránsito, se prioriza aspectos puntuales acerca de la movilidad y circulación, establecidos en la codificación de normas sobre la materia.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe una codificación de normas respecto al transporte y al tránsito como tal, como es la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, misma que en el inciso segundo del artículo 2, establece que:

En cuanto al transporte terrestre, tránsito y seguridad vial, se fundamenta en: la equidad y solidaridad social, derecho a la movilidad de personas y bienes, respeto y obediencia a las normas y regulaciones de circulación, atención al colectivo de personas vulnerables, recuperación del espacio público en beneficio de los peatones y transportes no motorizados y la concepción de áreas urbanas o ciudades amigables. (LOTTTSV, 2008, Art. 2)

Se puede establecer entonces que las contravenciones de tránsito son aquellas infracciones cometidas en contra de las leyes de tránsito, que tienen por objetivo salvaguardar los derechos a la libre movilidad y circulación de las personas, por cualquier medio de transporte.

Como bien se puede puntualizar, las contravenciones de tránsito estrictamente son aquellas que se refieren a la circulación y movilidad, es decir al tránsito como tal, en cualquier medio que éste se desarrolle, lo cual ha sido llevado a confusión por parte del legislador ecuatoriano, al contradecir instituciones jurídicas como la competencia por la cual se divide el ejercicio de la potestad jurisdiccional en relación del territorio, personas y materia, toda vez, que las contravenciones de tránsito se encuentran tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, derogando de ésta manera las contravenciones tipificadas en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, que es la codificación de normas pertinente para la tipificación de las contravenciones de tránsito, al ser la materia correspondiente.

Si bien es cierto que de conformidad al artículo 147 de la Ley la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, el juzgamiento de las contravenciones de tránsito son competencias de los jueces de contravenciones de tránsito, tratando de ese modo otorgar la potestad

jurisdiccional a los juzgadores de la materia, las contravenciones de tránsito deben estar tipificadas en la codificación de leyes de la materia, como en efecto se encontraban antes de la derogación del Capítulo V de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, mediante Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial 503 del 9 de enero del 2019 y mediante Ley No. 00, publicada en el Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014.

En este contexto, mediante la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero del 2014, entra en vigencia en el Ecuador, la nueva codificación penal, en la cual se establece en el artículo 386 las contravenciones de tránsito de primera clase, disponiendo textualmente lo siguiente:

Art. 386.- Contravenciones de tránsito de primera clase. - Será sancionado con pena privativa de libertad de tres días, multa de un salario básico unificado del trabajador en general y reducción de diez puntos en su licencia de conducir:

1. La persona que conduzca sin haber obtenido licencia.
2. La o el conductor que falte de obra a la autoridad o agente de tránsito.
3. La o el conductor que, con un vehículo automotor, exceda los límites de velocidad fuera del rango moderado, establecidos en el reglamento correspondiente.

En el caso del número 1, no se aplicará la reducción de puntos. El vehículo solo será devuelto cuando se cancele el valor de la multa correspondiente y la persona propietaria del vehículo será solidariamente responsable del pago de esta multa.

Será sancionado con dos salarios básicos unificados del trabajador en general, reducción de diez puntos en su licencia de conducir y retención del vehículo por el plazo mínimo de siete días:

1. La o el conductor que transporte pasajeros o bienes, sin contar con el título habilitante correspondiente, la autorización de frecuencia o que realice un servicio diferente para el que fue autorizado. Si además el vehículo ha sido pintado ilegalmente con el mismo color y características de los vehículos autorizados, la o el juzgador dispondrá que el vehículo sea pintado con un color distinto al de las unidades de transporte público o comercial y prohibirá su circulación, hasta tanto se cumpla con dicho mandamiento. El cumplimiento de esta orden solo será probado con la certificación que para el efecto extenderá el responsable del sitio de retención vehicular al que será trasladado el vehículo no autorizado. Los costos del cambio de pintura del vehículo estarán a cargo de la persona contraventora.
2. La persona que conduzca un vehículo con una licencia de categoría diferente a la exigible para el tipo de vehículo que conduce.
3. Las personas que participen con vehículos a motor en competencias en la vía pública. (COIP, 2014, Art. 386)

Como se desprende del tipo penal anteriormente señalado, éste se divide en varios supuestos de hecho, que tienen diferentes sanciones como son:

- 1.- Quien adecue de su conducta a los supuestos de hechos como son, el conducir sin haber obtenido la licencia; falte de obra a la autoridad o agente de tránsito; exceda con un vehículo automotor los límites de velocidad fuera del rango moderado, tendrá una sanción privativa de libertad de tres días, una multa económica de un salario mínimo vital y la reducción de diez puntos en la licencia de conducir, con excepción de haber conducido sin haber obtenido la licencia, al no existir un permiso de conducir como tal; y,
- 2.- Quien adecue su conducta a los supuestos de hecho como, transportar pasajeros o bienes sin contar con el título habilitante correspondiente, la autorización de frecuencias o realice un servicios distinto al que fue autorizado; conduzca un vehículo con una licencia de categoría diferente a la exigible para el tipo de vehículo que conduce; participe con vehículos a motor en

competencias en la vía pública, tendrá una sanción de dos salarios mínimos vitales, reducción de diez puntos en su licencia de conducir y retención del vehículo por el plazo mínimo de siete días, lo cual en primer supuesto de hecho, además si el vehículo ha sido pintado ilegalmente con el mismo color de los vehículos autorizado, tendrá además que pintar el vehículo con un color distinto.

Todos los supuestos de hecho del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, tienen como consecuencia jurídica dos o tres sanciones a la vez, como es la pena privativa de libertad, la sanción pecuniaria y la disminución de puntos en la licencia de conducir, lo cual refleja una vez más, la falta de estudio de los principios rectores del derecho penal por parte del legislador, al momento de incorporar las contravenciones de primera clase de tránsito dentro del ordenamiento jurídico-penal, toda vez, que además de sancionar la adecuación de la conducta descrita en el tipo con una pena privativa de libertad de tres días, ya incluyen sanciones pecuniarias y coercitivas, que son mecanismos extrapenales suficientes para la conducta en contra de derecho, por lo que la pena privativa de libertad vendría a ser innecesaria, al no tomar en cuenta que la intervención penal es de último recurso, de conformidad al principio de mínima intervención, reconocido expresamente en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal.

2.3. Tipificación de las contravenciones.

Como se desprende del artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal, la tipicidad forma parte de los elementos de la infracción penal y a su vez es una de las categorías dogmáticas para saber si la acción humana es penalmente relevante y reprochable.

El artículo 25 ibidem define lo que es la tipicidad, señalando que ``los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes`` (COIP,2014, Art.25), lo cual trae a colación acerca de lo que se refieren los tipos penales y la tipicidad.

Muñoz Conde en el año 2008 (p.32) manifiesta que el legislador a la hora de señalar las conductas que pretende regular mediante la norma, busca realizar un concepto que englobe todo aquel comportamiento que se requiere implementar en la ley como tal, lo cual, abarca lo que es propiamente el tipo, es decir, la descripción de la conducta que el legislador realiza, llamado supuesto de hecho en materia penal.

En cambio, cuando se habla de tipicidad se refiere a la “correspondencia entre una conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal” (Encalada, 2015, p.41), lo cual, en palabras de Muñoz Conde, es la cualidad que se da al comportamiento específico que el legislador plasma en el supuesto de hecho de la norma penal, cuando éste cumple con todos los elementos del tipo.

Si bien es cierto que todas las categorías dogmáticas del delito son importantes y cada una cumple una función en específico, se puede establecer que la tipicidad es la categoría más importante para reprochar un hecho punible, ya que, lleva implícito el axioma principal por el que se rige el Derecho en general y que en materia penal, es el eje fundamental para limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, siendo éste el principio de legalidad.

El principio de legalidad vierte del aforismo en latín “*nullum crimen sine lege*”, que quiere decir que no hay crimen sin ley, lo cual, ha permitido al derecho penal liberal y sobre todo al garantismo penal, poner un límite verdadero al ejercicio abusivo y represivo del *ius puniendi*, al solo ser considerados como infracciones penales aquellos hechos que se encuentran tipificados en la ley penal como tal, es decir que se encuentren previamente establecidos en el ordenamiento jurídico-penal.

Este principio es propio del Estado Social de Derechos y a su vez se encuentra reconocido dentro de la Constitución Política del Ecuador, en el artículo 76 numeral 3, señalando en su parte pertinente:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido

proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 3. 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. [...] (CRE, 2008, Art. 76)

Por otra parte, el tipo dentro del marco del ordenamiento jurídico-penal en específico, cumple tres funciones, siendo estas la función seleccionadora, de garantía y motivadora. (Muñoz Conde, 2008, p.32).

La primera función como es la seleccionadora, va destinada a como su nombre mismo lo indica, a la selección por parte del legislador, de las conductas que pueden ser penalmente relevantes. En esta parte como lo señala Zaffaroni en el 2002 (p.432), el legislador, deberá realizar tanto la criminalización primaria, formalizando el poder punitivo y la criminalización secundaria estableciendo una consecuencia jurídica, como es la pena privativa de libertad.

La segunda función, responde al principio de legalidad, ya que, al ser una función de garantía, únicamente aquellos supuestos de hechos contenido en la norma penal, constituyen infracciones penales y por ende pueden ser sancionados penalmente.

La tercera y última función, ésta dirigida a la motivación que el tipo penal produce en la sociedad, al saber los ciudadanos por medio de la norma que conductas se pueden realizar y cuales son contrarias a derecho.

Como se desprende de las funciones que cumple el tipo penal, éste de una u otra forma pretende que la sociedad en general no cometa las acciones que contiene la norma, lo cual genera un estado de prevención y a la vez de miedo para que las personas se limiten a realizar aquellos comportamientos en contra de la ley.

En este sentido, Zaffaroni (2002, p.433) trae a colación que cuando mayor selección de tipos penales existe en un cuerpo normativo y especialmente cuando éstos contemplan conductas de mediano y leve antijuridicidad, se crea un riesgo de criminalización secundaria mayor, al existir una probabilidad alta de que los ciudadanos se encuentren inmersos en los supuestos de hechos que contiene la norma penal, lo cual en efecto sucede dentro del Ecuador, debido a que el legislador en inobservancia de todos los principios y presupuestos doctrinarios del Derecho Penal, ha realizado dentro del Código Orgánico Integral Penal, una excesiva y represiva selección de tipos penales, como por ejemplo las contravenciones de primera clase de tránsito, generando así que el riesgo de criminalización secundaria sea demasiado alto, ya que diariamente la gran mayoría de ciudadanos adecuan su conducta en aquellos tipos penales, aumentando el índice de privados de la libertad y convirtiendo al sistema penal ecuatoriano en un sistema irracional.

Como establece el artículo 1 de la Constitución de la República, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y en esa línea debe utilizar al Derecho Penal, como un instrumento que permita la limitación del ius puniendi y que a su vez permita conseguir los fines que el Estado de Derecho persigue, en cuanto, a la limitación de seleccionar tipos penales que sean realmente idóneos y estrictamente necesarios para el mantenimiento del orden social, lo cual generaría que la sociedad ecuatoriana se desenvuelva en un estado de seguridad jurídica, sin represión y sin miedo alguno a ser castigados.

2.3.1. Estructura y composición de las contravenciones de primera clase de tránsito.

Todos los tipos penales cuentan con una estructura y composición, que se encuentra dividida en dos partes, la tipicidad objetiva y subjetiva, que son aquellos elementos por los cuales se compone la norma penal y que necesariamente deben estar dentro de las mismas.

2.3.1.1 Tipicidad objetiva.

La tipicidad objetiva es la descripción que realiza el legislador de la conducta que prohíbe en la norma, la misma que debe estar escrita de una manera

precisa para que los ciudadanos puedan entender cual es el hecho que tiene una consecuencia punible. (Encalada, 2015, p.44).

A su vez esta parte de la tipicidad, cuenta con elementos sustanciales y accidentales, siendo los primeros aquellos que son comunes a toda infracción penal y que son estrictamente necesarios para la configuración del tipo, y los segundos aquellos que componen particularmente a cada tipo penal.

2.3.1.1.1. Elementos sustanciales.

Los elementos sustanciales son cuatro, el sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector y objeto que se encuentra dividido en material y jurídico.

1.- El sujeto activo se refiere aquella persona que comete la acción prohibida y se encuentra establecido generalmente en el tipo penal como "El que", "Quién", "La o Los" (Muñoz Conde, 2008, p. 37). A su vez puede ser un sujeto activo calificado o no calificado.

Es calificado cuando el tipo señala específicamente a la persona que puede cometer la acción penal como por ejemplo cuando se establece "El Juez que", o "El funcionario público que" y no calificado cuando no se establece la persona específica.

Dentro de las contravenciones de primera clase de tránsito tipificadas en el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, se alude al sujeto activo de la siguiente manera: "La persona que" o como "La o el Conductor que".

2.- El sujeto pasivo, en cambio es aquella persona lesionada por la conducta realizar por el sujeto activo. Éste elemento tiene una peculiaridad, debido a que no se encuentra en todos los tipos penales (Encalada, 2015, p.44), al encontrarse tácitamente en los mismos, como es el caso de las contravenciones de primera clase de tránsito, que implícitamente se entiende que el sujeto pasivo es la sociedad en general.

De igual manera, el sujeto pasivo puede ser calificado y no calificado, de acuerdo a la misma concepción que traer la calificación del sujeto activo.

3.- El verbo rector, por su parte es el comportamiento que se prohíbe mediante el tipo, el cual como su nombre mismo lo indica se encuentra en forma de verbo.

En el caso de las contravenciones de primera clase de tránsito la conducta se encuentra como: ``conducir``, ``faltar``, ``exceda``, ``transportar``, ``participar``.

4.- El último elemento sustancial es el objeto, que se clasifica en material y jurídico. El objeto material como manifiesta Encalada ``se refiere a la persona o cosa sobre la que recae la conducta`` (Encalada, 2008, p.46), como por ejemplo en el homicidio el objeto material es el cadáver y en robo es el objeto sustraído. El objeto jurídico, en cambio es el bien jurídico que el derecho penal selecciona para su protección y como lo señala Muñoz Conde en el 2008 (p.39), es el elemento esencial del tipo, al dar su naturaleza, fundamento y sentido.

Es menester indicar que, dentro del tipo de las contravenciones de primera clase de tránsito, no existe un objeto material ni jurídico, motivo por el cual, una vez más se demuestra que las contravenciones de primera clase de tránsito no deben encontrarse dentro del Código Orgánico Integral Penal, al no cumplir los elementos esenciales para su tipificación.

2.3.1.1.2. Elementos accidentales.

Los elementos accidentales si bien no son necesarios para la configuración del tipo, se encuentran en éstos y son tres: elementos normativos, elementos valorativos y otras circunstancias que complementan al tipo.

1.- Los elementos normativos del tipo, son las descripciones que se encuentran textualmente en el tipo y que para ser comprendidos se requiere de la revisión de otros cuerpos normativos que los definen. (Encalada, 2008, p.46).

Dentro del tipo que establece las contravenciones de primera clase de tránsito, existen varios elementos normativos como son: "licencia de conducir", "salario básico unificado", "agente de tránsito", "vehículo automotor", "rango moderado", "título habilitante", "autorización de frecuencia", para lo cual es necesario

requerir a la Ley la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial y a su respectivo reglamento, en la cual deberían estar establecidas éstas contravenciones, al ser la codificación de normas de la materia.

2.- Los elementos valorativos, son aquellas interpretaciones que da cada persona a las cuestiones subjetivas que se encuentran en el tipo, como por ejemplo `` las buenas costumbres``. En el caso del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, no existen elementos valorativos, que puedan influir a varias interpretaciones.

3.- Otras circunstancias que complementan el tipo, son aquellos elementos que configuran la particularidad de cada tipo (Encalada, 2008, p.47). En la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito, existen varias circunstancias que complementan al tipo como: ``sin haber obtenido``, ``sin contar con el título``, ``con un vehículo automotor``.

2.3.1.2. Tipicidad subjetiva.

La tipicidad subjetiva para que forme parte de la tipicidad como tal, responde a la corriente tripartita de la escuela alemana, en donde es determinante para reprochar un hecho, la relación psicológica que existe entre el acto y el sujeto activo del delito, por lo que “solo pueden ser sancionados penalmente quienes han obrado con voluntad y consentimiento de su acto” (Encalada, 2008, p.51).

En este sentido, para que se determine la relación que debe existir entre la conducta y el sujeto activo, se determina de acuerdo al dolo o a la culpa.

El dolo tiene varios significados dentro del derecho, pero específicamente en el ámbito penal, éste se refiere a la “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito” (Muñoz Conde,2008, p. 43).

Este a su vez tiene dos elementos, para que pueda configurarse, siendo el primer elemento el intelectual o cognitivo, en el cual se presupone que el sujeto activo tiene el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y que sabe la consecuencia de la acción; y, es el segundo elementos el volitivo, el cual refiere que tiene la voluntad de realizar la conducta prohibida. Partiendo de

estos elementos se ha establecido que, en el marco del derecho penal, el dolo se refiere al conocer y querer.

Por otra parte, la culpa nace como presupuesto aquellas infracciones penales que por no tener el deber objetivo de cuidado se pone en riesgo o se lesión bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

La culpabilidad parte del principio base del derecho penal, como es el principio de legalidad, lo cual refiere a que únicamente serán infracciones dolosas, aquellas que se encuentren tipificadas ese carácter, como es el caso de los delitos culposos de tránsito, en los que el legislador establece mediante su selección, la reducción del peligro de lesión que éstos pueden provocar a los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos.

Como se pudo evidenciar, únicamente constituyen infracciones culposas, aquellas que la norma penal señala de esa manera, lo cual no es el caso de las contravenciones de primera clase de tránsito, debido a que el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, no establece que son culposas, infiere que en el caso de la adecuación de una conducta a los supuestos contenidos en el tipo, el sujeto activo realizaría la conducta con dolo por lo que se tendría que analizar la relación entre la acción y el sujeto activo de la contravención de primera clase de tránsito.

CAPITULO III

3. Contraposición entre el principio de mínima intervención y la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito.

3.1. Vulneración de los principios rectores del garantismo penal.

Como se indicó en el primer capítulo del presente trabajo, es César Beccaria, quien en el año 1764 empieza a sentar las bases de lo que hoy se denomina garantismo penal, al ser la primera persona que realiza fuertes críticas al sistema inquisidor y represivo que se desarrollaba en la época y propone aquellos principios como el de legalidad, proporcionalidad e igualdad como lineamientos para la razonabilidad del Derecho Penal.

En la actualidad, siguiendo la misma corriente garantista, Luigi Ferrajoli es el máximo expositor de este lineamiento, al desarrollar por medio de lo que denomina axiomas del garantismo penal, los principios por los cuales se busca la racionalidad del Derecho Penal, en cuanto determinan lo que debe ocurrir y lo que se debe aplicar al momento de la creación de la norma penal, lo cual es una forma de deslegitimar y limitar el ejercicio absoluto del ius puniendi. (Ferrajoli, 2011, p. 92)

El garantismo penal, es propio de los Estados de Derecho, por lo cual, éstos axiomas han sido implementados dentro de las Constituciones, como es el caso del Ecuador, al establecer en la Carta Política del 2008, todas las proposiciones y aforismos que se derivan de los principios que rigen al sistema penal del país, lo cual no ha sido tomado en cuenta por parte del órgano legislativo, a la hora de seleccionar y tipificar aquellas conductas que merecen un reproche penal, teniendo como consecuencia que se promulgue una codificación de leyes penales contradictoria al sistema penal mínimo y garantista de derechos, que el artículo 1 de la Constitución de la República establece al señalar que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos.

Como manifiesta Ferrajoli (2011, p.93), son diez los axiomas que componen el garantismo penal, siendo los seis primeros aquellos que tratan al derecho penal sustantivo, es decir, los lineamientos para identificar cuando se debe prohibir un acto que merezca sanción penal; y, los cuatro restantes, los que se encargan del derecho penal adjetivo, por lo cual, al no ser requeridos por el presente trabajo, únicamente se desarrollarán los cinco primeros axiomas, excluyendo al sexto axioma, al no ser relevante en el mismo.

1.- El primer axioma es el denominado Nulla poena sine crimine, el cual quiere decir que no hay pena sin delito y responde al principio de retributividad, que se encuentra reconocido dentro de la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 3.

Como señala Ferrajoli, éste principio se denomina ``de la sucesividad de la pena respecto del delito'' (Ferrajoli, 2011, p.93), al ser la pena la consecuencia

jurídica que se debe aplicar, únicamente cuando se configure la materialidad de un delito, es decir, al existir una violenta lesión a un bien jurídico constitucionalmente reconocido, lo cual contrapone la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito dentro del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez, que si bien es cierto las contravenciones se sancionan por ser antijurídicas y por sobrepasar mediante el acto el riesgo permitido, la pena como consecuencia jurídica se aplica cuando hay una lesión a un bien jurídico constitucionalmente reconocido, lo cual no pasa al momento de adecuar la conducta en el supuesto de hecho del artículo 386 ibidem.

2.- El segundo axioma se denomina *Nullam crimen sine lege*, el cual quiere decir que no hay crimen sin ley previa, presuponiendo al principio de legalidad, reconocido de igual forma en la Constitución Ecuatoriana en el artículo 76 numeral 3.

El principio de legalidad, se encuentra identificado dentro del garantismo penal como el axioma por excelencia, ya que, es el primer presupuesto que pone un límite al abusivo ejercicio del poner punitivo del Estado, en cuando a sancionar conductas que no se encuentran tipificadas en la ley para el efecto. Es así que el principio de legalidad, es la máxima garantía para que solo se puedan sancionar conductas que sean pre-establecidas por el legislador como infracciones penales.

3.- El tercer axioma se denomina *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, el cual establece que no hay ley sin necesidad que ésta exista y presupone el principio de necesidad, reconocido dentro de la Constitución de la República en el artículo 76 numeral 6.

El principio de necesidad como lo señala Ferrajoli en el año 2011 (p.464) se denomina de economía del derecho penal o de utilidad penal, ya que es la directriz más idónea para justificar la limitación de las prohibiciones penales, en referencia a la selección de aquellos tipos que se debe sancionar por medio del ámbito jurídico-penal.

Partiendo del enunciado que “Las libertades de los ciudadanos depende principalmente de que las leyes criminales sean buenas” manifestado por Montesquieu (Ferrajoli, 2011, p.459), este autor desarrolla el principio de necesidad, como una respuesta axiológica para poder contar con un sistema penal racional y que sobre todo sepa cuando se debe prohibir penalmente y cuando esta prohibición constituye un delito o una contravención. Es así, que para efectos de tener claro cuando una ley se debe tipificar como delito o contravención, se tiene que analizar los costos individuales y colectivos que reflejan los supuestos de hecho a la hora de provocar una lesión, lo cual es el requisito esencial para poder seleccionar una conducta como ley penal.

Es importante acotar, que el principio de necesidad, vierte dos funciones elementales para limitar al *ius puniendi*, siendo la primera la economía del sistema penal, es decir, solo aquellas conductas que sean necesariamente útiles deben ser implementadas en la ley penal; y, la segunda el principio de mínima intervención necesaria, respecto a que las leyes que no cumplen su finalidad y peor aún que no se configuran como delito, no deben ser usadas ni impedir que el ciudadano se vea restringido por una norma que no es cumple su finalidad.

Este principio dentro de las contravenciones de primera clase de tránsito, es el que más se contrapone a la tipificación del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, debido a que, el legislador ecuatoriano no tomo en cuenta que por la naturaleza propia de las contravenciones, éstas se sancionan por el riesgo de lesión que pueden constituir, mas no por la violenta lesión que producen a un bien jurídico, lo cual si ocurre en el caso de los delitos y por lo que la consecuencia jurídica si es el mecanismo de sanción idóneo.

De igual manera, el legislador no ha sabido implementar lo que dispone el principio de necesidad dentro de la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito, al no remitirse a la economía del sistema penal y a la intervención mínima, al ser estas contravenciones innecesarias e inútiles, no cumplir con su finalidad y existir otros mecanismos de sanción que son más idóneos como mecanismo preventivo.

4.- El cuarto axioma se denomina *Nulla necessitas sine injuria* y se refiere a que no hay necesidad sin existir un daño, es decir al principio de lesividad, reconocido en el marco constitucional en el artículo 66 numeral 5.

Respecto al principio de lesividad Ferrajoli en el año 2011 (p.466) señala que a través de este axioma, se presupone uno de los elementos sustanciales del delito, siendo el más importante para la configuración del mismo.

Este elemento es la naturaleza lesiva que tiene el resultado del acto, lo cual, al momento de que exista un daño, las prohibiciones de la norma penal, así como también la consecuencia jurídica como es la pena, cumplen su finalidad, en cuando a la protección de los derechos fundamentales convertidos en bienes jurídicos y por lo tanto tutelados por el Derecho Penal.

Como ya se ha manifestado en líneas anteriores, las contravenciones de primera clase de tránsito, no lesionan violentamente bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, sino son conductas que sobrepasan el riesgo permitido. Esta aseveración, ratifica que existe como tal, una contraposición entre la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito, la intervención mínima del Estado y el principio de lesividad, toda vez que la lesividad del resultado es reprochable cuando se hayan violentado o transgredido bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

En el caso del supuesto del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal se sanciona privando de la libertad al sujeto activo, por sobrepasar el riesgo permitido por la sociedad, más no por la lesión que el acto produce, lo cual, infiere en que la justificación utilitaria que el principio de lesividad da al derecho penal, en este caso no se útil, al no haber lesión alguna en los supuestos de hecho de las contravenciones de primera clase de tránsito.

5.- El quinto axioma se denomina *Nulla iniuria sine actione*, el cual quiere decir que no hay daño sin una acción u omisión, es decir, se refiere al principio de materialidad, reconocido en el Carta Política del Ecuador, en el artículo 76 numeral 3.

El principio de materialidad establece que ``ningún daño por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efectos de una acción'' (Ferajoli, 2011, p. 480), pero como se indicó anteriormente, el acto debe ser lesivo para ser reprochado penalmente, por lo cual, éste principio se encuentra ligado al principio de lesividad, en la utilidad jurídica del mismo, como es la lesión y el resultado. De este modo, la exteriorización de la acción es un requisito del daño que debe producirse en el resultado de la conducta.

Este principio se encuentra contrapuesto en la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito, en relación, a la materialidad lesiva de la infracción, debido a que éstas no constituyen un acto lesivo como tal. Si bien hay una acción que sobrepasa el riesgo permitido para no quebrantar el orden social, no existe una lesión que provoque una violación a derechos humanos y fundamentales, dando como resultado que exista una prohibición inútil, en cuanto a los supuestos de hecho que contiene el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, no causan daño alguno.

3.2. Mecanismos extrapenales.

Como trata el principio de mínima intervención penal, expresamente reconocido en el artículo 3 del Código Orgánico Integral, únicamente la intervención del ius puniendi, estará legitimada, cuando no existan otros mecanismos extrapenales suficientes que puedan resarcir o mantener el orden social y las buenas costumbres.

En términos generales se entiende como mecanismos extrapenales, aquellas consecuencias jurídicas que no implican una sanción penal.

Para ello, se debe establecer que dentro del ordenamiento jurídico en general, existen codificaciones de normas respecto a cada materia, en las cuales se tiene como finalidad regular cada una de las actuaciones de los ciudadanos, con el propósito de que la sociedad en general pueda desenvolverse en un estado de libertad, siempre y cuando no se vulneren ni se contrapongan derechos individuales como colectivos, para lo cual, en cada codificación se establecen los mecanismos idóneos para el cumplimiento de las leyes.

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, la pena es propia del ordenamiento jurídico-penal, ya que es el mecanismo por el cual se sanciona y se evita la vulneración violenta de los derechos constitucionalmente reconocidos, que el Derecho Penal evita por medio de su sistema sean lesionados.

En este sentido, el Estado a través del poder punitivo, es el único que puede imponer con la debida selección de conductas y con el respeto a todos los principios dogmáticos para el efecto, aquellas conductas que merecen sanción penal, puesto que, la pena a su vez transgrede uno de los derechos humanos más importantes como es la libertad de los ciudadanos.

La pena se encuentra definida dentro del artículo 51 del Código Orgánico Integral Penal como “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” (COIP, 2014, Art. 51). A su vez el artículo 52 ibidem, establece las finalidades de la pena, señalando que ésta, tiene dos finalidades: la primera respecto a la prevención de que no se cometa delillos y la segunda como medio de reparación del derecho lesionado a la víctima.

Como establece el mismo Código Orgánico Integral Penal en el artículo 58, la pena se clasifica en tres: la que priva de la libertad, la pena que restringe los derechos de propiedad y la pena no privativa de libertad.

La pena privativa de libertad, como se ha manifestado a lo largo del presente trabajo, es aquella sanción que priva de la libertad a la persona que sea reprochada penalmente por un acto punible.

Respecto de la pena que restringe derechos de propiedad, son aquellas multas económicas que se imponen como sanción pecuniaria, las cuales además incluyen bienes, fondos y activos.

La pena no privativa de libertad, como su nombre mismo lo indica, son aquellas sanciones en las cuales no se vulnera la libertad de una persona y se

encuentran establecidas dentro del artículo 60 del Código Orgánico Integral Penal, que a continuación se cita textualmente:

Art. 60.- Penas no privativas de libertad. - Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación. (...) (COIP, 2014, Art. 60)

Las contravenciones de primera clase de tránsito, tienen tres sanciones a quien adecue su conducta a los supuestos de hecho, siendo éstas la sanción privativa de libertad de tres días, la sanción no privativa de libertad de reducir diez puntos en la licencia de conducir, la multa del veinte y cinco por ciento del salario básico unificado del trabajador en general y en uno de los supuestos de hecho la retención del vehículo por mínimo siete días.

El principio de mínima intervención penal, es taxativo al momento de señalar que el derecho penal es de última ratio y se requerirá del mismo, únicamente cuando sea estrictamente necesario y no exista otro mecanismo extrapenal, lo cual, del simple análisis del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, se infiere que el legislador a la hora de sancionar con una pena privativa de libertad al sujeto activo del tipo, contrapuso lo que dispone el principio, ya que, en la misma norma se encuentran como consecuencias jurídicas, sanciones consideradas mecanismos extrapenales, que son idóneos para la prevención de que no sean cometidas dichas contravenciones y que no vulneran los principios rectores del derecho penal que ponen un límite al poder punitivo del Estado.

El legislador ecuatoriano, al momento de insertar dentro de la codificación de normas penales a las contravenciones de primera clase de tránsito, debió tener en cuenta y analizar, que existen mecanismos extrapenales como son las sanciones pecuniarias, administrativas y multas establecidas por el Derecho Administrativo Sancionador, como por ejemplo el capacitar en un programa o curso educativo, realizar servicio comunitario, suspender la licencia de conducir, perder puntos en la licencia de conducir e inhabilitar el ejercicio del manejo profesional, que son mecanismos de control más idóneos, acordes a la materia y que son proporcionales entre la infracción y el resultado.

Queda claro que la tipificación del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, constituye un exceso manifestado en el ius puniendi, una vez que existen mecanismos idóneos y acordes a la materia de tránsito para sancionar a quien sobrepase el límite de riesgo, agregando además que las contravenciones de primera clase de tránsito no deberían ser sancionadas penalmente, porque no lesionan como tal, un bien jurídico constitucionalmente reconocido.

3.3. La pena como sanción inadecuada.

Se presupone que el legislador al momento de incorporar como consecuencia jurídica de las contravenciones de primera clase de tránsito, la pena privativa de libertad de tres días, pretendió llegar a la finalidad señalada en el artículo 52

del Código Orgánico Integral Penal, es decir, que esta sanción sea una prevención general para que los ciudadanos no realicen las conductas prohibidas en el artículo 386 ibidem.

Como señala Zaffaroni en el 2006 (p. 34), es probable que la pena como prevención de que no se comenten conductas contrarias a derecho, pueda surtir efecto en casos extremadamente particulares, como son en aquellos delitos en los que se lesione de una manera impactante para la sociedad los derechos humanos que son protegidos por el Derecho Penal.

Basándose en dicha premisa, la pena tiene un objetivo intimidatorio, añadiendo además que pretende tener un objetivo resocializador.

De acuerdo al primer objetivo, por medio de la pena se trata de generar un miedo en los ciudadanos que no necesariamente adecuan su conducta en un tipo penal o que realizan conductas contrarias a derecho, como un temor para que no realicen las conductas prohibidas por el Derecho Penal. Este objetivo como lo manifiesta Zaffaroni (2006, p. 35) se denomina legitimación positiva de la pena, lo cual, es una corriente que hasta la presente fecha no ha podido sostener sus ideales, toda vez, que el sistema penal continua siendo irracional, al no poder la consecuencia jurídica como es la pena, cumplir su finalidad de prevención, como lo señala el mismo autor, al manifestar que “la pena no es un bien para nadie ni un bien para la sociedad, es un hecho de los tantos que existen y que demuestran lo irracional de la sociedad moderna” (Zaffaroni, 2006, p. 37).

La legitimación positiva de la pena, trae consigo elementos que a su vez contradicen a la consecuencia jurídica dentro de la esfera del derecho penal, debido a que adoptan funciones que son propias de otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en el caso de las contravenciones de primera clase de tránsito, la materia de tránsito como tal, lo cual resulta, que dichas consecuencias que se encuentran implementadas en la norma penal, deslegitimen al ejercicio del poder punitivo en ramas que no le competen.

Es así que las multas pecuniarias o sanciones de índole administrativas no son propias del Derecho Penal, sino de otras agencias jurídicas (Zaffaroni, 2006, p.36) que no ejercen el *ius puniendi* y por lo tanto deben encontrarse tipificadas en los cuerpos normativos correspondientes.

Tanto las sanciones privativas de libertad, administrativas, coercitivas, pecuniarias y no privativas de libertad, tienen un efecto de prevención general para que las personas no actúen antijurídicamente, pero cada sanción o consecuencia jurídica debe ser proporcional, así como también acorde a la materia que se pretende regular. Como señala Zaffaroni:

Es verdad que en casos de delitos de menor gravedad y de contravenciones y faltas administrativas, la criminalización primaria puede tener un efecto disuasivo sobre alguna persona, pero esta excepción no autoriza a generalizar su efecto, extendiéndolo arbitrariamente a toda la criminalidad grave, donde es muy excepcional. (Zaffaroni, 2006, p.41)

Por otro lado, tomando en cuenta el objetivo de la pena en relación a la resocialización que abarca a quien delinque, dentro del Ecuador, ésta función no cumple su finalidad, al existir un sistema penitenciario sobrepoblado y que atenta contra los derechos humanos y garantías constitucionales de los privados de la libertad, ya que, en vez del Estado proporcionar todos los medios necesarios para la rehabilitación de estos, son los mismos privados de la libertad que luchan para sobrevivir en un ambiente donde al interior de los centros se delinque.

Para finalizar, la pena privativa de libertad de tres días para quien adecue su conducta a las contravenciones de primera clase de tránsito, establecidas en el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, es una consecuencia inadecuada, al no cumplir el fin deseado por el legislador, ya que diariamente la gran mayoría de ciudadanos adecuan su conducta a lo que dispone el tipo penal, al tipificar como infracciones penales aquellas conductas que no lesionan bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, que son materia de

otras ramas jurídicas y que cuentan con mecanismos idóneos para la prevención de las conductas antijurídicas de su materia.

Esta medida es un claro exceso del ejercicio del poder punitivo del Estado, desencadenando así que la sociedad en general no confíe en un sistema penal irracional, que en vez de cumplir con el fin perseguido por el mismo, atenta todos los principios doctrinarios del Derecho Penal, teniendo como consecuencia que se genere un estado de inseguridad jurídica y de miedo, al existir leyes penales que contemplan la privación de libertad a todas las conductas, que son parte de otras ramas jurídicas y por ende que pueden ser prevenidas con otras sanciones que no vulneren el derecho a la libertad de las personas.

4. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto en el desarrollo del presente ensayo académico, se pudo concluir lo siguiente:

Existe una contraposición entre la tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito contenidas en el artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal y lo que dispone el principio de mínima intervención penal reconocido en el artículo 3 ibidem. Debido a que, como presupone dicho principio, el Derecho Penal es de última ratio y constituye el último recurso para la protección de los ciudadanos, cuando no existen otros mecanismos extrapenales que sean suficientes para la protección de los bienes jurídicos que éste tutela, lo cual es antagónico dentro del tipo penal del artículo 386, una vez que existen mecanismos extrapenales contenidos en la misma materia de tránsito, como alternativas idóneas que pueden prevalecer sobre la pena privativa de libertad.

El principio de mínima intervención penal cumple la finalidad de limitar al poder punitivo del Estado, en cuanto a la tipificación del catálogo de infracciones penales que se selecciona para evitar violentas lesiones a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, puesto que, éste principio como axioma relevante del Estado social de derechos, busca generar un ordenamiento jurídico-penal más equilibrado en principios y valores como el respeto a las libertades y prevalencia del interés general de la sociedad, limitando el ejercicio del ius puniendi para que no exista una excesiva codificación de infracciones penales, que generen un sistema irracional de control social.

La tipificación de las contravenciones de primera clase de tránsito dentro del artículo 386 del Código Orgánico Integral Penal, es una manifestación excesiva del ejercicio del poder punitivo del Estado, al establecer como consecuencia jurídica una pena privativa de libertad de tres días, a quien adecue su conducta en los supuestos de hecho, ya que, las contravenciones como tal, son sancionadas por sobrepasar el riesgo permitido por la sociedad, más no por la lesión que éstas producen a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, lo cual es un requisito fundamental para sancionar con una pena

privativa de libertad, al requerir una lesión a un bien jurídico como resultado de la acción u omisión.

Existen mecanismos extrapenales para sancionar a las contravenciones de primera clase de tránsito, que no vulneran el derecho a la libertad y son propias de la materia de tránsito como, por ejemplo: el capacitar mediante un programa o curso educativo, suspender la licencia de conducir, así como también reducir puntos de la misma, e inhabilitar el ejercicio del transporte profesional, las cuales son sanciones más idóneas para la prevención de contravenciones en materia de tránsito. Esta alternativa establece una mayor coherencia a la aplicación de la pena, estableciendo límites a la expansión del poder punitivo del Estado

REFERENCIAS

- Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal Mínimo. (pp. 299-233). Buenos Aires: B de F. Recuperado el 20 de marzo del 2017 de: <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>
- Beccaria, C. (1993). Tratado de Los Delitos y de las Penas. Buenos Aires: Heliasta S.R.L
- Cabanellas de Torres, Guillermo. (1993) Diccionario Jurídico Elemental. Nueva Edición Actualiza Corregida y Aumentada. Editorial Heliasta S.R.L
- Caro, D. (2007). Sistema Penal y Mínima Intervención: de una Función Simbólica a una Función Real. (pp. 183-194). Themis.
- Carnevali, R. (2014). Derecho Penal Como última ratio. Revista Ius Praxsis N°1. (pp.13-48). Recuperado el 20 de marzo del 2017 de: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v14n1/art02.pdf>
- Castillo, L. (2004). El Principio de Proporcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Especial Referencial al Ámbito Penal. Tenencias Modernas del Derecho (pp.155-180). Recuperado el 22 de marzo del 2017 de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1960/Pincipio_proporcionalidad_ordenamiento_juridico_peruano.pdf?sequence=1
- Encalada, P. (2015). Teoría Constitucional del Delito. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ferrajoli, L. (2011) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Trotta S.A.
- Jaramillo, J. (2015). El Derecho Penal Contravencional. Contraventional Criminal Law. Revista Sur Academia (45-51)

- Lozano, B. (2003) Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires: La Ley.
- Martos, J. (1985) El principio de Intervención Penal Mínima. Anuario Derecho Penal de la Universidad de Sevilla (pp. 99-134). Universidad de Sevilla. Recuperado el 28 de marzo del 2017 de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-10009900134
- Medina, A. (2015). Intervención Mínima, proporcionalidad y expansionismo penal en el siglo XXI. (pp. 138-182). La Habana: Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.
- Mezger, E. (1985). Derecho Penal. Parte General. México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Milanese, P. (2007) El moderno derecho Penal y la quiebra del principio de intervención mínima. (pp.1-32)
- Muñoz, F. (2010). Derecho Penal. Parte General. (8ª edición), revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo bianch.
- Muñoz, F. (1985). Derecho Penal y Control Social. Madrid: Fundación Universitaria de Jerez.
- Muñoz, F. (2001). Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires: B de F.
- Muñoz, F.(2008). Teoría General del Delito. Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Temis
- Moreno, M. (2013). Mínima Intervención y Última Ratio: Principios de Derecho Penal. Artículo Foro Jurídico. (pp. 54-61). México DF. Recuperado el 29 de marzo del 2017 de: https://app-vlex.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search/*/minima+intervenci%C3%B3n+penal/WW/vid/480515095/graphical_version
- Náquira, J. (2008). Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno. Revista

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (pp. 1-71). Recuperado el 28 de marzo del 2017 de: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>

Núñez, R. (2009). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (4ª edición). Córdoba: Lerner.

Quintero, O. (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. (3ª edición). Pamplona: Aranzadi.

Real Academia Española. (2001) Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 4. Editorial Espasa.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. (2ª edición). Madrid: Civitas Ediciones S.L.

Sánchez, J. (2007). El principio de intervención mínima en el Estado mexicano. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. (pp. 275-286). México.

Villegas, J. (2009). ¿Qué es el Principio de Intervención Mínima? Revista Internauta de Práctica Jurídica Núm. 23 (pp. 1-10). Recuperado el 20 de marzo del 2017 de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf

Zaffaroni, E. (2000). Derecho Penal: Parte General. 2ª edición. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.

Zaffaroni, E. (2006). Derecho Penal: Parte Especial Buenos Aires: Ediar.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro Oficial 180, Suplemento, de 10 de febrero del 2014.

Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial. (2008).
Registro Oficial 398, Suplemento, de 07 de agosto del 2008.

Reglamento a la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad
Vial. (2008). Registro Oficial 731, Suplemento de 25 de junio del
2012.

