



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA
DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES
CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES”**

TESIS PARA OPTAR POR EL
GRADO DE ABOGADO.

AUTOR:

Guillermo Fernando Salinas Ludeña.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mg. Sc. Marco Antonio Muñoz Mendieta.

LOJA – ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

Dr. Marco Antonio Muñoz Mendieta. Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICA:

Que el presente trabajo investigativo del Sr. Guillermo Fernando Salinas Ludeña cuyo título es **“La Construcción de la Pena en el Ecuador entre la discordancia de las Reglas Penales y Procesales con los Estándares Constitucionales”**, ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 12 de Febrero de 2014.



Dr. Marco Antonio Muñoz Mendieta. Mg. Sc.

DIRECTOR

AUTORIA

Yo, **Guillermo Fernando Salinas Ludeña** declaro ser autor (a) del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-Biblioteca virtual.


AUTOR: Guillermo Fernando Salinas Ludeña

FIRMA:

CÉDULA: 1104622640

FECHA: marzo de 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PÚBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

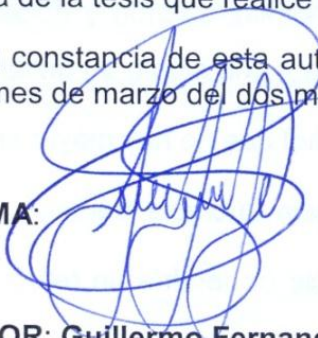
Yo, **Guillermo Fernando Salinas Ludeña**, declaro ser autor(a) de la tesis titulada; **“LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENNA EN EL ECUADOR ENTRE LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES”**, como requisito para optar al grado de; **ABOGADO**; autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre al mundo la producción intelectual de la universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 31 días del mes de marzo del dos mil catorce, firma el autor.

FIRMA:



AUTOR: Guillermo Fernando Salinas Ludeña

CEDULA: 1104622640

DIRECCIÓN: Loja

CORREO ELECTRÓNICO: salinaslex@hotmail.com

TELÉFONO: 0981065754

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marco Antonio Muñoz Mendieta. Mg. Sc.

MIEMBROS DE TRIBUNAL

PRESIDENTE: Dr. Leandro Peña Meino, Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Leofrey Pontón Bermeo, Mg. Sc.

VOCAL: Dr. Alex Riascos Chamba, Mg. Sc.

DEDICATORIA.

Dedico la culminación de este trabajo y tener la insigne profesión de Abogado, a Dios, motor y motivo que llena de fe y justicia mi corazón, a mis padres Sixto Salinas y Judith Ludeña, quienes son para mí el mayor ejemplo de amor, lágrimas y trabajo, a mí hermana Cindy, pincel de inocencia, que pinta sonrisas en mi hermosa familia, a mí Abuelo José Antonio Salinas Pacheco, un correcto caballero, honorable y de carácter inquebrantable, quien es para mí un ejemplo de rectitud y honestidad, a mí Abuelo José Alfredo Ludeña García, un gran hombre, amigo y consejero, que Dios lo llamo ante su presencia y aún siento su ausencia, a mí Abuela Isabelina Pacheco, de quien aprendí que no hay mayor amor, que el que se entrega a los hijos, a mí Abuela Lucrecia Sánchez, una dama, frontal, luchadora y que sin su presencia no tendría un refugio de amor y abrigo, que solo el corazón de una abuela, sabe procurar, a mis tías(os), primas(os) y más familiares, que hacen de mi familia la mejor, una fortaleza de ayuda, respeto y trabajo, a amigas(os) (Z4 y GM), cómplices y encubridores, de momentos y locuras que quedarán como anécdotas plasmadas en el tiempo, donde la felicidad, la música, las musas y la rebeldía fueron, la notas exquisitas de mí vida.

Fernando.

AGRADECIMIENTO.

Mi agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica Social y Administrativa y a la Carrera de Derecho en cuyas aulas me formé, como también a todos mis docentes, que más que maestros, han sido amigos en mi formación.

Dirijo mi agradecimiento sincero para el Dr. Marco Antonio Muñoz Mendieta, amigo, profesional y docente universitario, que con profunda versación y bondad infinita, supo orientar y dirigir este trabajo de tesis, hasta su culminación, para el mi gratitud imperecedera.

El Autor.

TABLA DE CONTENIDOS:

Portada.

Certificación.

Autoría.

Carta de Autorización

Dedicatoria.

Agradecimiento.

Tabla de Contenidos

1. Título.

2 Resumen.

2.1. Abstract.

3. Introducción.

4. Revisión de Literatura.,

4.1. Marco Conceptual.

4.1.1. La Pena, definición, concepto.

4.1.2. Clasificación de las penas.

4.1.3. Tipos de penas.

4.1.4. Proporcionalidad de la pena.

4.1.5. La pena y su proporción.

4.1.6. Individualización de la pena.

4.2. Marco Doctrinario.

4.2.1. Teoría de la Pena

4.2.3. Teoría Retributiva.

4.2.4. Teoría de prevención general.

4.3. Marco Jurídico.

4.3.1. Análisis Constitucional.

4.3.1.1. Principio de Proporcionalidad.

4.3.1.2. Interpretación Principio de Proporcionalidad.

4.3.1.3 Interpretación Constitucional de Individualización de la Pena.-

4.3.2 Análisis en Materia Penal.-

4.3.3. Análisis en Materia Procesal Penal.-

4.3.4. La Ejecución de Penas y la Rehabilitación Social.-

4.3.5. Legislación Comparada.-

5 .Materiales y Métodos.

5.1. Metodología.

5.2. Métodos.

- 5.3. Materiales y Técnicas.

- 6. Resultados
 - 6.1. Resultados de aplicación de las encuestas.
 - 6.2. Resultados de aplicación de las entrevistas.

- 7. Discusión.
 - 7.1. Verificación de Objetivos.
 - 7.2. Contrastación de Hipótesis.
 - 7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta.

- 8. Conclusiones.

- 9. Recomendaciones.
 - 9.1. Propuesta de Reforma Legal.

- 10. Bibliografía.

- 11. Anexos.

1. TITULO:

**“LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE
LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y
PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES
CONSTITUCIONALES”**

2. RESUMEN.

El problema socio jurídico planteado en la presente tesis titulada: **“LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES”** tiene trascendental importancia, en la actualidad.

La discordancia entre las reglas penales y procesales entre los estándares constitucionales, evidencian el grave problema actual para la construcción de la pena por los Juzgados y Tribunales Penales en nuestro país, pues nos encontramos frente a un procedimiento penal obsoleto el cual debe ser modificado para garantizar la aplicación de los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el que se debería implementar ciertas herramientas y medios para que juezas y jueces cumplan con los principios fundamentales de la construcción de la pena bajo principios de proporcionalidad e individualización.

Es así, que el juzgador debe establecer hechos y responsabilidades en una sola audiencia de juzgamiento conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal, en ningún momento se discute con meticulosidad la pena a imponer, cómo lograr a través de este procedimiento la proporcionalidad e individualización de la pena, cuando no se considera quien es el acusado, a quien afecta la imposición de la pena y otros elementos más; además, la defensa se encuentra frente a situaciones realmente inquietantes durante el desarrollo del proceso,

cuando pretende desarrollar argumentos que tendrían incidencia directa en la futura y eventual graduación de la pena, la intervención del defensor no se debe limitar en el de demostrar la inocencia de su defendido y no el de presentar atenuantes pues se presume la inocencia del procesado, existe una evidente contradicción ¿por qué presentar atenuantes si se presume su inocencia? sin embargo es su obligación alegarlo conforme lo establece así el Código de Procedimiento Penal Art. 303.- Alegatos.- El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable contestará, después el defensor. Será permitida la réplica, pero concluirá siempre el defensor.

Frente a estas contradicciones entre el derecho procesal y nuestra Carta Magna, es evidente, que actualmente no se cumple con la garantía establecida en la Constitución de la República del Ecuador Art. 76. Numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. Ante tal problemática, que lesiona derechos fundamentales del procesado en el derecho adjetivo penal ecuatoriano, requiere una investigación socio-jurídica, que permita arribar a posibles soluciones teórico-jurídicas, para el eficaz cumplimiento de los derechos de protección establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

2.1. SUMMARY.

The problem of the thesis is about **“THE CONSTRUCTION OF THE PENALTY IN ECUADOR BETWEEN THE DISCORDANCE OF THE PENALTY AND PROCEDURAL RULES WITH THE CONSTITUTIONAL STANDARDS”** it has transcendental importance, actually.

The discordance between the criminal and procedural rules between constitutional standards, demonstrate the serious problem today for the construction of the judgments by the Criminal Courts in our country, because we face to an obsolete criminal procedures which must be modified to ensure the application of the established rights in the Ecuador Republic Constitution in 2008, in which it should implement certain tools and means in order to that the judges can fulfill with the fundamental principles of the penalty construction with the proportionality and individualization principles.

So, the person who judge must establish facts and responsibilities in a judgment audience as the Penalty Procedure Code, in any moment we discussed meticulously the penalty, how to get the proportionality and individualization of the penalty through this procedure of it, when we don't consider who is the judge, who affects the penalty sentencing and other elements. In addition, the defense finds with the disturbing situations during the development of the process, when it pretend to develop arguments that have direct incidence in the future and eventual graduation of the penalty, the intervention of the defender should not be limited to

prove the innocence of their clients and we do not to present mitigating it is presumed the innocence of the accused, there is an obvious contradiction ¿why we present evidence if we presume innocence? However it is their obligation to rely as it is established in the Penalty Procedure Code Art. 303- Allegations .- The Prosecutor will be heard firstly, and his case will be reduced to a clear and methodical exposition of the corresponding facts of the person who is judge and ask for the correspondent penalty, in some cases we do not find responsible of the fail the defender can answer and also the defender can end.

In front of these contradictions between the procedural law and our Constitution is clear that actually we do not fulfill with the security established in the Ecuador Republic Constitution. Article 76, Number 6. The law establishes the proper proportionality between the offenses and penalty, administrative or others.

Due to this problem that affects to the fundamental rights of the accused in the Ecuadorian penalty procedural law, it requires a socio- legal research to get possible theory-legal solutions for the effective fulfillment of the established protection rights in the Ecuador Republic Constitution.

3. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación jurídica denominado “LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES”, tiene por objetivo realizar un análisis de lo que es la pena en el Código Penal ecuatoriano. Su aplicación en el Código de Procedimiento Penal, el aspecto doctrinario de la pena. Y otros aspectos concernientes a ella.

Francesco Carnelutti, al hablar de la función penal señala: “Se puede decir sin vacilación que el delito es un mal, también lo es la pena, Algunas veces de la misma especie que el delito, vale pensar en el homicidio penado con la muerte. Puede pensarse que el segundo mal sea infligido para evitar el primero. No es preciso negar que hay algo de cierto en esta concepción, que se remonta al instituto primordial del talión. En realidad el segundo mal es capaz de compensar al primero a través de la satisfacción de la venganza. Aquí están ciertamente las raíces del Derecho Penal; pero la necesidad de venganza ha de ser minado por prestar un beneficio bastante más grande a la sociedad que al ofendido.”¹

Según lo señalado por Carnelutti, el delito es un mal al igual que la pena, algunas veces de la misma especie que el delito, la pena de muerte, por ejemplo, puede pensarse, dice el autor, que la pena vendría a compensar

¹ CARNELUTTI, Franceso, Teoría General del Delito, Clásicos del Derecho Penal, Ediciones DEL ARCO, Cuenca Ecuador, 2011, pp. 27.

el mal causado por el delito, pero la pena es una manifestación de la venganza social.

La pena tiene que ser tan grave, dice Carnelutti, “que su amenaza pueda vencer el estímulo al crimen; pero sin pasar el límite dentro del cual resulta justa su aplicación, este límite se asemeja a la justa dosis de un veneno que solo hasta cierta cantidad es un remedio, pero no más allá.”²

“El problema de la determinación de la pena está basado sobre los dos términos de la amenaza y de la aplicación. La amenaza debe ser grave, la aplicación justa. No es fácil conciliar ambos términos; para que la amenaza sea grave tiene que precisarse, es decir, la pena debe ser fija, de modo que, probado un hecho comprendido en la categoría prevista por la ley, dicha pena debe ser, sin más aplicada; para que la aplicación sea justa, debe ponderar el hecho en todas sus particularidades y como estas no pueden ser enteramente previstas, la pena ha de ser móvil, de manera que el juez pueda dosificarla conforme a aquella ponderación. En otras palabras, la gravedad de la amenaza requiere una pena legal, la justicia de la aplicación requiere una pena judicial; es decir, desde el punto de vista de la amenaza se requiere la máxima coincidencia y desde el de la aplicación, la máxima divergencia entre la pena en abstracto y la pena en concreto.”³

² CARNELUTTI, Francesco, Ob. Cit. Pp. 30.

³ Teoría General del Delito, Clásicos del Derecho Penal, Ediciones DEL ARCO, Cuenca Ecuador, 2011, pp. 31.

“La pena es una retribución legal a un acto ilegal. Es una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor, cómplice o encubridor de un delito, en más o menos proporción al mal causado por éstos.”⁴

El Informe Final de la investigación socio- jurídica propuesta, sigue el previsto en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que establece: Resumen en Castellano y traducido al idioma Inglés, Introducción, Revisión de Literatura, Materiales y Métodos, Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía y Anexos.

En primer lugar se concretará el acopio teórico, que comprende: a) Un Marco teórico con nociones generales acerca de lo que constituye la pena, definición de la pena, concepciones acerca de lo que es la pena, clasificación de la pena, clases de pena, la proporcionalidad de las penas, criterios acerca de la proporcionalidad de la pena; b) Un Marco Jurídico que comprenda: Análisis constitucional acerca de la pena, el principio de proporcionalidad, análisis del Código Penal ecuatoriano en el aspecto de las penas, el Código de Procedimiento Penal y las penas, el Código de Ejecución de Penas, la pena en el Derecho Comparado, de Colombia, Chile, Argentina y Ecuador; c) Un Marco Doctrinario, con criterios, opiniones, teorías acerca de las penas, los tratadistas y las penas.

⁴ TORRES CHAVEZ, Efraín, “BREVES COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ECUADOR”, LIBRO 1, Imprenta OFFSET, QUITO, pp. 89.

Luego se hará un análisis de acerca de la Metodología, de la investigación y dentro de ella, los métodos, materiales y técnicas que se aplicarán para su desarrollo

En segundo lugar se sistematizará la investigación de campo o acopio empírico, de acuerdo a la siguiente lógica; a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas; b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas; c) Estudio de casos; d) Dentro de la discusión se incluirá la verificación de objetivos y la contrastación de hipótesis; e) Planteamiento de las Conclusiones y Recomendaciones entre las cuales se encuentra la propuesta de reforma legal.

Es así que el presente trabajo investigativo queda a consideración de las autoridades, comunidad universitaria y del H. Tribunal de Grado, el mismo que aspiro sirva como guía a futuras generaciones de estudiantes de la Carrera de Derecho.

El Autor.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. Marco Conceptual.

4.1.1. La Pena.

“La etimología de esta voz, da razón tanto a los que ven en la pena un mal, como a aquellos que la interpretan cual expiación o medida regenerativa.”⁵

“Inmediatamente del latín *poena*, derivado a su vez del griego *poine* o *penan*, donde significa dolor, trabajo, fatiga y sufrimiento; pero esta genealogía entronca con el sanscrito *punya* cuya raíz *pu* quiere decir purificación.”⁶

En la consideración estrictamente jurídico penal, según las distintas escuelas y aún autores, así son las definiciones. Como noción unificadora, casi no subsiste otra idea que la consideración de la pena como consecuencia jurídica del delito o falta y en tanto que reacción social contra uno u otra. Sin embargo, basta mencionar el proceso y la responsabilidad civil, para probar que no todas las consecuencias jurídicas de la delincuencia constituyen penas; que si bien la reacción delictiva posee índole penal, porque inspira o apoya las medidas que el poder público organizado, adopta contra las violaciones del orden estatal

⁵ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Enciclopédico de Derecho Usual, Edición actualizada, Tomo VI P.Q. EDICION 21, Editorial Heliasta. pp. 68.

⁶ CARRARA, Francisco, “Programa de Derecho Criminal”, parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, pp. 61.

jurídico constituido, no integra actitud lícita en todo caso, porque ello llevaría a consagrar procedimientos salvajes como el de linchamiento.

Sobre la definición de pena me permito mencionar a continuación diversos criterios de importantes autores y analizarlos desde mi punto de vista personal:

- Para Francisco Carrara: “La pena es un mal que de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito, el vocablo pena posee tres distintas significaciones: La primera en sentido general, expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor; la segunda en sentido especial, que designan un mal de sufrimientos razón de un hecho doloso o imprudente, la tercera en sentido especialísimo, indica el mal que la autoridad civil impone a un reo por causa de su delito.”⁷

Adoptando este criterio, que arroja Carrara, la pena se la concebiría, como una compensación frente a un mal causado a la víctima, por parte del infractor, donde el criterio del Juzgador, plasma el tipo de pena que según su lógica, se contrapone a la lesión, de la que fue objeto la víctima.-

- Franz Von Liszt, define a la pena de la siguiente manera: “Pena no es otra cosa que, el tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha

⁷ CARRARA, Francisco, Ob. Cit. pp. 62.

cometido una acción antisocial o que representa peligrosidad social, pudiendo ser o no un sujeto y teniendo como fin la defensa social⁸

Según el concepto de Franz Vont Litz, es el tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial, teniendo como fin la defensa y la satisfacción social, caso contrario estaríamos a las puertas del caos de la sociedad.

- Constancio Bernardo de Quiroz; define a la Pena como: “Un mal de pasión que la ley impone por un mal de acción; o bien: un mal que la ley hace al delincuente, por el mal que él ha hecho con su delito. La pena, pues, produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce más mal que bien y la pena al contrario más bien que mal. La ley dice en una parte que la pena es galardón y acabamiento de los malos hechos, y en otra que es enmienda de hecho o escarmiento que es dado por algunos de los yerros que hicieron.”⁹

Es bastante cierto, que con la imposición de una pena al que cometió el delito, se pretende arrojarse un mal que se equipare, con el mal que produjo su acción, pero la nueva doctrina, la modernización de la sociedad y la evolución misma del derecho, me hace pensar y me atrevo a decir, que lo que busca en realidad la imposición de una pena, dentro

⁸ FRANZ VONT, List. “Tratado Derecho Penal”, Tomo Primero, Edición revisada, actualizada, y ampliada, Editorial Bela, Santiago – Chile, 2008, pp. 34.

⁹ ESCRICHE Joaquín, “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, Tomo Cuarto, Fondo de Cultura Ecuatoriana 1987, pp. 523

de nuestro territorio, no es otra cosa que rehabilitar al infractor y darle una segunda oportunidad al reinsertarlo nuevamente en la sociedad.

- En el Diccionario Jurídico de Cabanellas, se encuentra la siguiente definición: “El fin de la pena es reparar en cuanto sea posible el mal causado por el delito, quitar al delincuente la voluntad o el poder de reincidir y contener por medio del temor los designios de los que intenten imitarle.”¹⁰

La pena, considerada desde este punto de vista, se empapa de populismo y demagogia, ya que al pretender decir que al imponer una pena, se saciará o reparará el daño que cometió el infractor, es muy vana y vacía, ya que una madre, a la que le arrebatan un hijo mediante plagio, lo mínimo que desea para este sujeto de la justicia, es que se le quite la vida y nuestra legislación no contempla la pena de muerte, pero, entonces, como satisfacer la necesidad de justicia de la madre, como repararle los minutos, horas, días y a veces hasta años que sufrió por la ausencia de su hijo.

4.1.2. Clases de Pena.

Para los autores Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malare, “las penas pueden ser clasificadas conforme a su autonomía, en penas principales y accesorias; atendiendo su gravedad en penas graves menos graves y leves; y desde una perspectiva material en penas privativas de

¹⁰ CABANELLA DE TORRES, Guillermo, Ob. Cit. pp. 59.

libertad, penas pecuniarias, restrictivas de libertad y privativas de derechos.”¹¹

La clasificación de estos estudiosos del Derecho Penal, es la más acertada y ecuánime, ya que adopta las principales directrices como son: justicia, economía, social, cultural y consuetudinario, acercándose a la realidad de nuestro País. Entonces es oportuno, conocer una a una las clases que nos proponen:

- “Según su autonomía.- Son penas principales aquellas que no dependen de otras para su imposición. Dentro de tal categoría están comprendidas las penas privativas de libertad, las penas privativas de otros derechos y la multa”.¹²

- “Las penas privativas de libertad.- El origen de la pena privativa de libertad es relativamente moderna, aparece con el estado liberal, especialmente con la base de una idea humanitaria, utilitaria y resocializadora. Su humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras y en general las de carácter corporal. Su utilitarismo en aprovechar para el Estado y para regular en el mercado de trabajo la mano de obra ociosa y marginal, su resocialización consistía justamente en disciplinar campesino y al marginal para el trabajo en la fábrica.”¹³

¹¹ BUSTOS & HORMAZABAL Hernán - Lecciones de Derecho Penal. Vol. I: <http://es.scribd.com/doc/72712287/15/LAS-CLASES-DE-PENAS> . Pag. 170.

¹² BUSTOS & HORMAZABAL Hernán. Ob. Cit. pp. 171.

¹³ BUSTOS & HORMAZABAL Hernán. Ob. Cit. pp. 174.

Referirse a las penas privativas de libertad, es tomarlo desde un punto de vista netamente moderno o actual, ya que la mayoría de los países del mundo han incorporado como una clase de pena a la privación de la libertad, como una forma de poder dar al infractor un rehabilitación social durante un tiempo determinado y luego su incorporación a la sociedad para que sea un ente de bien. La privación de libertad, ha suplido en su mayoría a los maltratos o abusos de orden físico que los delincuentes eran objeto tras el cometimiento de un delito.

“Por su aplicación:

- ✓ Principal.- Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.
- ✓ Accesorio.- Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.
- ✓ Complementaria.- Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.”¹⁴

“Por la finalidad que persigue:

- ✓ Correctiva. Es aquella que procura un tratamiento re adaptador para el sujeto.
- ✓ Intimidatoria o preventiva. Es aquella con la cual se trata de intimidar o inhibir al sujeto, para que no vuelva a delinquir; funciona como prevención.

¹⁴ BUSTOS & HORMAZABAL Hernán, Ob. Cit. pp. 176.

✓ Eliminatoria. Es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).”¹⁵

4.1.3. Tipos de Pena.

-“Administrativa.- La que se aplica en virtud de la potestad disciplinaria o represiva que directamente compete al poder ejecutivo.”¹⁶

La función ejecutiva en nuestro País, a través de cualquiera de sus organismos, se encuentra frente en la facultad de emitir resolución que contenga una pena, frente al cometimiento de una infracción por parte del ciudadano.

- “Canónica.- La determinada por las autoridades de la Iglesia en materia de su competencia. Suelen tales sanciones ser de orden espiritual aunque, trasciendan a lo exterior cuando implican suspensión o privación de órdenes sagradas y del estado clerical.”¹⁷

La iglesia ha estado presente durante gran parte de la evolución de la historia humana, siendo una de las principales protagonistas, de todos los cambios sociales por los que la humanidad ha pasado; y, un arma que ha venido usando para el control de sus adeptos y seguidores es la promesa de una pena espiritual (infierno) o una recompensa al final de los días (cielo), dependiendo la conducta que se mantenga.

¹⁵ BUSTOS & HORMAZABAL Hernán, Ob. Cit. pp. 177.

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. pp. 184.

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. pp. 184.

- “Capital.- La calificación de capital, proviene de ser la más grave y, a la par, de que pueda implicar incluso la pérdida material de la cabeza, que es la decapitación por el hacha, por la guillotina y en nuestros días, la silla eléctrica o las inyecciones intravenosas letales.”¹⁸

Este tipo de pena como bien lo señala el autor, la concebimos como la pena mayor que el delincuente tiene que afrontar frente al cometimiento de una acción punible, pero es pertinente aclarar que para se dicte una pena de esta magnitud, la acción debe ser muy grotesca y de gran conmoción social, que ponga de alguna manera, una satisfacción a la víctima y un ejemplo ante la sociedad. La normativa ecuatoriana, aún no contempla en implementar la Pena Capital, pero de manera muy particular y salvado el criterio de otros, creo que para ciertos casos, donde han sido demasiado impactantes, se debería implementar esta pena, porqué, para qué darle otra oportunidad a un individuo, que no le tiemble la mano en plagiar una menor, extraerle los órganos y arrojar su cuerpo sin vida al basurero. Para que vuelva a cometer un mismo o mayor ilícito.-

- “Complementaria.- La que acompaña o sigue a otra para su mayor eficacia; como la publicación de la sentencia en las causas por calumnias o injurias, con el fin de una mayor reparación del honor ajeno lesionado; o la vigilancia por las autoridades (indudable pena por cuanto restringe la

¹⁸ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. pp. 184.

independencia personal), a la cual son sometidos ciertos delincuentes, luego de cumplir las condenas a privación de libertad.”¹⁹

Las penas complementarias, son las que se encaminan a hechos puntuales y particulares, en orden a tratar de reparar el daño causados por el delincuente a la víctima. Muchas de las veces estas penas complementarias, por ejemplo son, el pago de cierta cantidad de dinero por daños y perjuicios, o que el agresor no vuelva a acercarse a la víctima, entre otras.

- “Correccional.- Con arreglo a la severidad, cualquiera de las que sigue en gravedad a las más rigurosas o penas aflictivas. La que persigue la enmienda del delincuente, a través del tratamiento penitenciario.”²⁰

Luego de la pena Capital, tendría lugar la pena correccional, cuyo fin es netamente humanístico, de dar una segunda oportunidad al delincuente, para que funcione en el engrane de la sociedad, por lo que al ingresar a una cárcel pública es sometido a una transformación de su conducta, formándolo como ente de bien, tratando de eliminar los malos hábitos y adquiriendo conocimientos positivos, por ejemplo, en artes de la carpintería.

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. pp.185.

²⁰ CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit. pp.186.

4.1.4. Proporcionalidad de la Pena.

“El principio de proporcionalidad, que también es conocido como: proporcionalidad de injerencia, prohibición de exceso, sede razonabilidad, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales”²¹

Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción, como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales de las personas.

“El test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación supone la presencia de dos principios que, en concreto, explicitan una situación de conflicto o tensión de manera que se requiere disipar o extinguir tal alteración relacional, a fin de mantener un clima de equilibrio y armonía. Para lograr tal finalidad, se parte del enunciado que indica que: mientras más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un

²¹ CFR. AGUADO, M. “El principio de Proporcionalidad en Derecho Penal”. Consulta bibliográfica: http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad. pp. 58-59

principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la realización del otro. De manera que la ponderación supone tres pasos:

- a) Un primer paso: Constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio.
- b) El segundo, se debe proceder a comprobar la importancia de la realización del principio contrario; y,
- c) Finalmente, en un tercer paso, se debe determinar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

De forma que no se incurra en un sacrificio innecesario. Todo esto, deberá propender a encontrar una optimización equilibradora entre los principios que aparentemente habrían colisionado.”²²

En definitiva es de interés común que la sociedad llegue a ese punto de que ya no se cometan delitos, pero la realidad es otra, los índices de delincuencia aumentan día a día, por lo que los obstáculos que detengan a los hombres que cometen los delitos, deben ser más fuertes a medida que sean contrarios al bien público y a medida de los impulsos que arrastren a ellos, es decir, que debe haber proporción entre los delitos y las penas.

²² BECERRA SUÁREZ, Orlando, “Artículos sobre Derecho Constitucional y Ciencia Política, parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, p 62.

Gonzalo Quintero Olivares, respecto al principio de proporcionalidad manifiesta: “En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta). Este principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, y así lo ha recogido la Constitución de la República en su artículo 76 numeral 6, al mencionar que: La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales...”²³

Como se observa, este autor nos plantea una íntima relación que debe existir entre el hecho delictivo y la pena que el Estado retribuye al actor del ilícito, por lo que se hace evidente que la proporcionalidad se instituye como un elemento de lo que ha de ser la intervención penal, que refleja el interés de la sociedad en imponer una sanción, pena necesaria y suficiente para la represión y la prevención de los comportamientos delictivos, así como para el establecimiento de la garantía a favor del acusado de que no sufrirá un castigo que vaya más allá del mal causado.

4.1.5 La Pena y su Proporción.

“Buscar la justificación de la punibilidad e imposición de la pena, al margen del acto y su vinculación a quien lo ejecutó, puede llevar a ocultar

²³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, sentencia Nro.005-11-SCN-CC, caso Nro.0003-11-CN, 03 de Marzo de 2011, Quito -Ecuador.

bajo la convivencia social una arbitraria práctica de sancionar a hombres y no reprimir conductas.”²⁴

Entonces ante esta posición, me preguntó: ¿Qué otro medio sino la prisión o castigo para encuadrar la conducta del ser humano? Cuando la persona infringe la ley la sociedad (actualmente y por medio de las autoridades de turno) la sanciona a través de la pena, la cual puede ser de prisión, multa, arresto, etcétera; ¿De qué manera se debe computar (calcular) la imposición de la pena? La respuesta a esa pregunta es con base al daño causado o la proporción (impacto) del mismo, es entonces cuando se toma en cuenta el "principio de proporcionalidad", este principio se basa en que la pena debe ser equilibrada al daño causado por el sujeto activo, obteniendo una pena justa para ambas partes, tanto para el responsable como para el afectado, aunque sin embargo en la mayoría de las ocasiones la parte afectada nunca estará conforme con la pena que le fue impuesta a su agresor y así mismo.

Analizando un poco más a fondo este principio de proporcionalidad, encontramos en la práctica poca eficacia dentro del mismo y no por la falta de aplicación de las leyes por parte de las autoridades o por la incompetencia del gobierno, de hacer cumplir su obligación sino por su fin intrínseco. Por ejemplo: En un caso de homicidio donde el sujeto activo llamado A, produce la muerte (con toda la alevosía e intención de hacerlo y por diversos motivos) al sujeto pasivo llamado B, el Estado (a través de

²⁴ MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. “Culpa y Omisión en la teoría del delito”. Pág. 93.

las autoridades que el pueblo eligió y delegó el poder y la obligación punitiva) juzga al sujeto A y en su caso le impone por homicidio una pena privativa de la libertad en años, dependiendo las circunstancias en que se produjo el homicidio, podemos observar que hay muy poca proporción o no hay proporción exacta entre lo que hizo el sujeto A y lo que le sucedió, es decir, que mientras al sujeto B le priva de su vida el sujeto A, a este se le priva de su libertad por ciertos años, ¿Qué proporción hay?. Tampoco podemos culpar de falta de proporción a muchas otras penas, en su caso la pena de muerte, violación, homicidio, etcétera. De esta manera nos damos cuenta que los delitos más representativos dentro de la sociedad no son proporcionales.

Frente a estos delitos, por así llamarlos más representativos, deplorables o grotescos, de gran conmoción social, dando mi criterio personal, propongo que, si realmente quisiésemos tener una proporción exacta entre el daño causado y la pena impuesta por ese daño (delito) tal vez tendríamos que regresar a la Ley del Tali3n (ojo por ojo, diente por diente, donde la pena no era una venganza p3blica sino que era una venganza privada), pero quiz3s este sea un sistema que (en su tiempo) ya se conoci3, se implement3, se us3, se deterior3 y se reemplaz3 por los actuales.

4.1.6. Individualizaci3n de la Pena.

Sobre la individualizaci3n de la pena: "Existen tres clases de individualizaci3n, la que hace el Poder Legislativo, al fijar en la norma

jurídica la sanción adecuada a cada delito, de acuerdo a la violación del bien jurídico que pretende titular y que va dirigido a todos los ciudadanos (prevención general); la segunda la individualización judicial, la realizada y operada por el juez, al momento de dictar la sentencia, desentrañando entre ese mínimo y máximo que el legislador señaló, y que aplica a un individuo en especial, concretando de esta forma, cuando menos en teoría, la pena más adecuada y que se merece en justicia el sujeto que delinquiró; y finalmente la individualización ejecutiva, la que ejerce el poder ejecutivo, la administración penitenciaria al estar ejecutando la sentencia, y que se encuentra regulada en una ley, la que regula la ejecución de la pena, conteniendo entre otros temas, los beneficios legales a que tiene derecho el recluso, el interno.”²⁵

En general, el principio de individualización, en un examen para acoger en su seno criterios válidos para construir una pena unitaria, propia para cada caso y relacionarlo con el principio de culpabilidad. La imposición de los límites, que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye, un momento primordial en la delimitación de los derechos fundamentales. Pero en ocasiones, no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental.

²⁵ GONZÁLEZ SALINAS, Héctor F, “Individualización de la pena”, www.criminologiaysociedad.com.pp-45

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1 Teorías de la Pena.

El punto de partida es que toda teoría puede ser defendida y sustentada hoy por hoy, por lo que debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena solo puede ser de tipo preventivo. Puesto que las normas penales solo están justificadas tienen a la protección de la libertad individual y un orden social que está a su servicio, también la pena concreta solo puede perseguir esto, es decir un fin preventivo del delito. De ello resulta además que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular, como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimas.

4.2.2. Teoría Retributiva.-

“La teoría Retributiva o de la Retribución no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil sino que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se habla aquí de una teoría absoluta, porque para ella el fin de pena es independiente desvinculado de su efecto social. La concepción de la pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: La pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda

en su duración e intensidad con la gravedad del delito que lo compense. De tras de la teoría de la retribución se encuentra el viejo histórico, principio del Tailón “ojo por ojo, diente por diente”. Describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como las hostilidades entre familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución paso a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello creaba paz”²⁶

Es teoría, me indica y de manera acertada que se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el ordenamiento jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente, es decir, que la pena, se concibe retributivamente, sólo como reacción que mira al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores. No se puede castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, ya que la dignidad humana se opone a, que el sujeto sea utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes; ahora bien, esta teoría retributiva se deriva de la necesidad de que la pena guarde una cierta proporcionalidad.

²⁶.ROXIN, Claus “DERECHO PENAL”, Tomo I, FUNDAMENTOS, LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO , Edición revisada, actualizada, y ampliada, Editorial Alemana, Alemania-Muinich, 1994, pp. 124.

4.2.3 TEORIA DE LA PREVENCION GENERAL.

“Finalmente, esta teoría penal tradicional no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación”²⁷.

También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad, por esta razón se habla de una teoría de la prevención general.

Esta doctrina al querer prevenir el delito mediante las normas penales, constituye fundamentalmente una teoría de la amenaza penal. Pero constituye así mismo, por la acción de su efecto, necesariamente una teoría de la imposición y de la ejecución de la pena, puesto que de esto depende la eficacia de su amenaza.

Se justifica así mismo por la consideración de la psicología profunda de que muchas personas solo contienen sus impulsos antijurídicos, cuando ven que aquel que se permite su satisfacción, por medios extralegales, no consigue éxito con ello, sino que sufre grandes inconvenientes.

²⁷. ROXIN, Claus “DERECHO PENAL”, Tomo I, FUNDAMENTOS, LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO , Edición revisada, actualizada, y ampliada, Editorial Alemana, Alemania-Muinich, 1994, pp. 128.

El aspecto positivo de la prevención general comúnmente busca en la conservación y el refuerzo de la confianza, en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Conforme a ello, la pena tiene la misión de mostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo, es decir lograr la seguridad jurídica.

4.3. Marco Jurídico.-

4.3.1. Análisis Constitucional.

Se considera que no es necesaria la consagración de este principio, ya que se encontraría de modo transversal en el Derecho, e incluso, formaría parte de la estructura de los derechos fundamentales, no obstante lo anterior, existen juristas que abogan por la búsqueda de consagración legislativa, tendencias que se repiten en el Derecho Comparado, que pasó por una etapa similar a la actual de nuestro país, que fue avanzando hasta la consagración expresa del principio de proporcionalidad, otorgando mayor seguridad jurídica a quienes deben fallar acerca de la observancia de este principio. En nuestro país es vidente el reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad a nivel constitucional en el Capítulo octavo, art. 76, numeral 6, donde se señala que: Derecho y Constitución de la República Ecuador Capítulo octavo art 76, numeral 6 sobre Principio de Proporcionalidad. "La ley establecerá la

debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.²⁸

Esto de suma importancia, ya que este principio es un límite efectivo en la labor legislativa- penal, que son indispensables las posibilidades y métodos existentes para la evidente probabilidad de este principio existente en la constitución.-

Como podemos observar en nuestra Constitución, quien mantiene, en nuestro ordenamiento jurídico, la primordial jerarquía, es quien manda que para sancionar penalmente al autor de un delito, al que infringió determinada Ley Penal, es necesario que se aplique el principio de proporcionalidad, por parte de las autoridades judiciales en la sanción de un delito.

4.3.1.1. Principio de Proporcionalidad.-

“El principio de proporcionalidad también se denomina principio de prohibición del exceso que se proyecta tanto sobre la teórica pena que corresponde al delito como sobre la aplicación de su correcta imposición. La proporcionalidad exige valorar entre la gravedad de la pena y el fin perseguido por la ley penal, debiéndose atender en primer lugar a la

²⁸. CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2008. Art. 76.

gravedad de la infracción cometida, la pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. La exigencia de adecuación a fin: Implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

2. La exigencia de necesidad de pena: Si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse tres requisitos: (los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al juez solo en la medida en que tiene que individualizar)

a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: Es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta (o determinación en abstracto de la pena: 10 a 15 años) como en la fijación de la pena en concreto (11 años).

b. La exigencia de fragmentariedad: Lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que

vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.

c. La exigencia de subsidiariedad: Quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento.

3. La proporcionalidad en sentido estricto: Se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena.

El principio de Proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución, aunque no lo recoja expresamente: Donde se proclama los Derechos a la libertad, el de la dignidad de la persona, etc. Se configura el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales.”²⁹.

Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o

²⁹.Consulta bibliográfica: http://es.wikipedia.org/wiki/Principio_de_proporcionalidad. El principio de proporcionalidad en materia penal cit. nota n°32, pp. 493. 7

respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedio de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos obtienen verdad, justicia y reparación. Estas consideraciones cobran mayor vigencia cuando en tratándose de la "Ley de Justicia y Paz" se advierte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos - como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones. El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse".³⁰.

A continuación se detallan las Posibilidades para encontrar la Consagración Normativa Constitucional del Principio de Proporcionalidad:

³⁰.CFR. KÜNSEMÜLLER, C. Dogmática y político-criminal de los principios limitadores del "IUS PUNIENDI", pp.10-11.

“1. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito.

2. En la Convención Americana de Derechos Humanos, en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, habiéndose pronunciado expresamente al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha estimado a las penas desproporcionadas como una violación de esa Convención, entendiéndose además, que por medio de la norma de reenvío del de la Constitución de la República, se entendería esta Convención como parte de nuestro sistema jurídico en cuanto que la soberanía se encuentra limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que supone la racionalización y limitación del ius puniendi.

3. Nuestra jurisprudencia reconoce este principio como un derecho de protección, admitiéndose el reconocimiento de derechos implícitos por la jurisdicción.

4. También dentro de las bases de la institucionalidad, de la Constitución, por medio de los principios de libertad e igualdad, la primacía de la persona humana, servicialidad del Estado y el Bien Común como su finalidad, por lo tanto, para que una pena sea coherente con este núcleo duro de la Constitución y sea ética y jurídicamente aceptable debe respetar:

a) La dignidad de la persona, es decir, no debe emplear a la persona como un medio para lograr un fin, desconociéndole a esta su carácter de fin en sí misma.

b) No puede tener por efecto excluir, al menos definitivamente, a una persona de los bienes que la sociedad le permite adquirir, ya que de este modo se excluiría el Bien Común, que incluye a todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Lo que en consecuencia hace inconstitucional cualquier tesis propia del derecho penal del enemigo.

c) Por último, que la restricción o privación del algún derecho fundamental, que afecte en alguna medida, la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, debe ser vista como un mal necesario, reservada sólo para los casos más graves de atentados contra los bienes jurídicos protegidos. Deben existir penas diferenciadas para delitos de diversa gravedad (contra la vida - contra la propiedad) además se encontraría dentro de la prohibición de aplicar diferencias arbitrarias. En cuanto a la prohibición de todo apremio ilegítimo, que no sólo se refiere a la sujeción y cumplimiento de una norma jurídica, sino que también, la conformidad de dicha norma con: El valor de la dignidad de la persona, y la justicia, es decir, requiere que un apremio sea impuesto proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo.”³¹.

³¹.CFR. KÜNSEMÜLLER, C. Ob. Cit. pp.186.

Hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado. Actualmente los problemas son otros. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales. Esto es lo que produce, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio, etcétera. Además, los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y

que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado y preponderado.

Actualmente el principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario, y su utilización se ha generalizado en casi todas las esferas jurídicas en particular, en el derecho administrativo y penal, sobretudo en nuestro medio, en la ciudad de Loja, en la que se ha convertido en un principio rector fundamental que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos y además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales de las autoridades competentes.-

4.3.1.2. Interpretación Principio de Proporcionalidad.

“El principio de proporcionalidad o prohibición del exceso propio de un Estado democrático de derecho, el poder legislativo sólo debe usarse cuando sea absolutamente necesario, mínima y proporcionadamente a la gravedad del hecho lo que la Corte señala como principio de razonabilidad de la ley penal, a fin de salvaguardar aquellos bienes más estimados socialmente e impedir el abuso mayoritario de la potestad penal. El examen de proporcionalidad de medidas legislativas ha dado ocasión de que se acuse a la jurisdicción constitucional de usurpar funciones legislativas, porque supuestamente decidir a órganos democráticamente electos. En realidad, con el principio de proporcionalidad los jueces no hacen más que aplicar un parámetro constitucional que sirve de límite al legislador, constatando si éste dio o no la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales y, por lo tanto, actúa dentro de su competencia natural para resolver la controversia al respecto. Pero quizá más importante sea la actitud judicial ante el examen de proporcionalidad. El control jurisdiccional de la constitucionalidad, desplegado en especial contra el legislador, en un principio sólo requería de los tribunales constatar la existencia de una evidente violación de la ley fundamental, dada la gran fuerza otorgada a la presunción de inconstitucionalidad; pero esta timidez no tiene cabida. La complejidad de la vida social actual y su necesaria regulación legislativa, requiere a las normas generales ser cada vez más complejas, de modo que pueden afectar a los derechos fundamentales u otros principios constitucionales, de una manera sutil e imperceptible a simple vista. Ello

exige de los jueces constitucionales un papel más activo en la protección de los derechos fundamentales y a no esperar una notoria violación constitucional que factible pero improbablemente se daría para ejercer el control a su cargo y no pecar por defecto en ello. El principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público. Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse caprichosamente.”³².

Analizando este criterio, de la Dra. Claudia González, que es netamente apegado a la doctrina constitucional, entiendo que el principio de proporcionalidad no es otra cosa, más que el producto de la esencia racional del ser humano, es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual racional el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea razonable, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional.

³². GONZÁLEZ PÉREZ, Claudia Araceli, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, Edición Especial: Biblioteca Jurídica Virtual: Guillermo Fernando Salinas; Segunda Edición: 2010.pp.78

Ahora bien, el principio que vengo haciendo mención, sirve para poner algo de claridad entre un conflicto entre normas de menor rango, una que exige o promueve la concreta intervención legislativa en los derechos fundamentales y otra que la prohíbe, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de aplicación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él, precisa el significado de las disposiciones constitucionales a las que se adscriben ambas normas, es decir a la interpretación de aquéllas, quedando en juego la sana crítica que tenga el juzgador.

4.3.1.3 Interpretación Constitucional de Individualización de la Pena.-

“Frente a la constante tensión entre arbitrio judicial y tasación legal en el proceso de individualización de la pena, y a la ausencia de una sólida teoría que la oriente, nace la necesidad de depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo”³³.

“Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia, de este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como el alma

³³. NIETZSCHE, Friedrich, Versión disponible en internet: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía_moral_\(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía_moral_(completo).pdf), [visitado el 05/03/08]; Matus, Jean Pierre, 2007, "Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), Polit. Crim. nº4, R3, p. 1-5.

de la pena, la misma que para cada caso debe ser única, individual, construida en el Tribunal Penal, ante el cometimiento del delito.”³⁴

En general, esto más bien se tratará de que en lo sucesivo el problema jurídico provocado por el delincuente y su mala acción, provoque que el juzgado construya criterios válidos para crear derecho penal cada vez más racional, individual para cada caso y sistemático, apegado a la Constitución garantizadora de derechos individuales.

4.3.2 Análisis en Materia Penal.-

“Un Derecho Penal Democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tengan los hechos que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico. Por ejemplo, hoy no sería admisible, conminar con pena de muerte a un ladrón callejero, o a un delincuente que comete abigeato. Dado que no existiría ninguna proporcionalidad entre la pena impuesta y el objeto tutelado por la norma penal. Por ello, todo debe estar construido y fundamentalmente la pena, de manera racional y lógica; Por ejemplo, la lesión al bien jurídico de la vida, mediante el homicidio, deberá tener un grado de intensidad penal más fuerte que un robo, así sea agravado. Por lo tanto, lo primero que hay que ponderar respecto al principio de proporcionalidad es: si la intervención del derecho penal resulta rentable

³⁴. NIETZSCHE, Friedrich, Ob. Cit. Pp 79

para obtener la tutela del bien jurídico; si la materia es propia del derecho penal o ésta materia puede ser protegida por otras ramas del derecho como el derecho civil, administrativo, etc. y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado.”³⁵

Es claro poder determinar, que el principio de proporcionalidad penal, califica a esta actividad como de discrecionalidad jurídicamente vinculada, ya que el juzgador con un margen más o menos amplio de libertad recorre el marco previamente establecido por el legislador, orientado por los principios que emanan de las declaraciones expresas legales o bien de los fines del Derecho Penal y la pena en general.

La Construcción de la Pena que el Juzgador debe realizar, debe hacerse desde el punto de vista de proporcionalidad e individualización, es decir en doble sentido, como un concepto de un examen que incluye a estos dos sub-principios de la Constitución.-

“Para construir una pena desde los principios de proporcionalidad e individualización, se encuentra expresamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico constitucional y penal, importantes restricciones de penas que en otros países del mundo se aplican como castigo al autos del delito; así, tenemos algunas indicaciones de lo importante de sus

³⁵. POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, Lecciones, cit. nota n°7, p. 65 y ss. En el mismo sentido, GARRIDO MONTT, MARIO, 2003, Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 198

articulados en el que se manifiesta que: Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe pena de muerte, queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción, o cualquier forma de violencia física o moral. Está prohibida la pena de infamia, la muerte civil y el confinamiento. La máxima sanción penal será treinta y cinco años de privación de libertad, sin derecho a indulto. El principio de proporcionalidad guarda estrecha relación con el valor libertad, principio de dignidad y justicia, toda vez que una pena que sea inminentemente desproporcionada, irrumpiría con la libertad y dignidad de la persona, consecuentemente sería injusta. De lo expresado se colige que estos principios estudiados como: el principio de legalidad, el principio de certeza o taxatividad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, y el principio de proporcionalidad penal, entre otros; se encuentran en la base de la construcción de un derecho penal democrático dentro del Estado Ecuatoriano; de ahí que, cuando el Estado respete y plasme estos principios configurados en normas penales, podemos hablar de un derecho penal respetuoso del individuo y de su dignidad.”³⁶.

Nuestro Código Penal Ecuatoriano, implanta un sistema que mantiene consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente. Si el sujeto es imputable se aplica la pena

³⁶. MIR PUIG, Santiago, "PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y FINES DEL DERECHO PENAL", cit. nota n° 38, p. 90. Año 2011.

y, si el sujeto adolece de algún trastorno casual de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad. Sin embargo sobre el cual es la naturaleza de la pena o porque o para que se impone, es cuestión de amplios debates que se han dado a través de nuestra historia en materia Penal, como un Estado o República. Todo sistema social incluso toda relación humana, necesita los instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros, todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social.

En el Derecho Penal Ecuatoriano, como en el de otros países, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el estado es el único que utiliza las penas como un medio de control social legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional e individual. La pena es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona, en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre su

libertad, pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada comportamiento del individuo.

Es así que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Código Penal Ecuatoriano, aún vigente, incluidas sus respectivas reformas, durante el caminar del tiempo, fue elaborado y concebido desde el seno del Estado, específicamente desde la función legislativa, donde dan a las penas una normativa que a continuación cito:

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

Penas peculiares del delito:

- 1.- Reclusión mayor;
- 2.- Reclusión menor;
- 3.- Prisión de ocho días a cinco años;
- 4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;
- 5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad;
- 6.- Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,
- 7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

Penas peculiares de la contravención:

Las penas peculiares del delito son en primer lugar las penas de reclusión mayor se divide en :

Ordinaria de cuatro a ocho años, y de ocho a doce años;

Extraordinaria de doce a dieciséis años; y,

Especial de dieciséis a veinticinco años;

La reclusión menor se divide en ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años, y en extraordinaria de nueve a doce años.

1.- Prisión de uno a siete días.

2.- Multa.

Penas comunes a todas las infracciones:

1.- Multas.

2.- Comiso Especial.”³⁷.

Según lo establece el Código Penal Ecuatoriano, las penas aplicables a las infracciones, son peculiares del delito: Reclusión Mayor, Reclusión Menor; prisión de ocho días a cinco años; Interdicción de ciertos derechos civiles y políticos; sujeción a la vigilancia de la autoridad; privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; incapacidad perpetua para el desempeño de cargo público.

³⁷. CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.pp9 0

“Art. 52.- Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.”³⁸.

Según señala la ley penal toda sentencia condenatoria lleva implícita la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de los responsables del cometimiento del delito, de aquellos contra los que se ejercitado acusación particular.

“Art. 56.- Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena. La interdicción surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria, y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.

Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o el de concurrencia de varios delitos que merezcan pena de reclusión, quedarán también sujetos a interdicción.

El nombramiento del correspondiente guardador se hará conforme a las reglas del Código Civil para la curaduría del disipador.”³⁹

³⁸. IBID. Pp 90

³⁹. CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008. pp. 92

Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo. Es decir, la suspensión de los derechos de ciudadanía mientras dure el tiempo de la pena, priva al condenado la capacidad de disponer de sus bienes, es decir viene a ser una especie de disminución de la capacidad legal, una *capitis-diminutio*.

“Art. 57.- No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta y cinco años. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.

Si hallándose ya en reclusión cumplierse sesenta y cinco años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior.

Lo mismo podrán resolver los jueces respecto de las personas débiles o enfermas”⁴⁰.

Aquí existe una especie de contradicción, pues se manifiesta que al mayor de sesenta y cinco años no se aplicará pena de reclusión, el tiempo de la condena lo cumplirá en un establecimiento destinado a prisión correccional, esto no se cumple pues no existen centros de prisión,

⁴⁰. CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008. pp. 93

los condenados a reclusión y a prisión cumplen la condena en los mismos Centros de Rehabilitación Social.

4.3.3. Análisis en Materia Procesal Penal.-

La individualización judicial de la pena, es el proceso mediante el cual el juzgador establece la clase y medida de la pena frente a quien ha intervenido en un hecho punible, ya sea como autor, cómplice o encubridor, en el caso concreto.

Se trata de una compleja actividad que combina reglas contenidas tanto en la parte general como especial del Código Penal, así como en otras disposiciones que pueden concurrir en virtud de leyes especiales y que aun deja ver, por la acuciosidad de dichas reglas, la tradicional desconfianza del legislador hacia el arbitrio judicial. Nuestro sistema de determinación de la pena vigente, tiene un carácter legal y relativo. El poder legislativo ha establecido un marco general abstracto observando ciertas directrices en clave político criminal para determinar las consecuencias jurídicas aplicables a cada uno de los delitos y la forma en que éstas deben ser sometidas a una graduación, actividad en la que el juez tiene el rol exclusivo y excluyente.

El Código de Procedimiento Penal Art. 303 : “El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica

de los hechos imputados al acusado; de las pruebas rendidas durante la audiencia y de las que constan en el proceso, con el análisis que creyere conveniente hacer, pudiendo manifestar al tribunal de garantías penales el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes; determinará si el acusado es autor, cómplice o encubridor y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable. Cuando haya acusador particular, hablará después del fiscal. En su exposición observará las normas establecidas en el inciso anterior y concluirá solicitando las penas y el pago de las indemnizaciones civiles que crea procedentes. Contestará, después el defensor. Será permitida la réplica, pero concluirá siempre el defensor. Y, Art. 304.- Conclusión del debate.- Una vez que concluya de hablar el acusado o su defensor, el presidente declarará cerrado el debate. ”⁴¹

Los jueces, tienen ahora un cierto margen de discrecionalidad que puede variar en su extensión tanto en su faz cuantitativa como cualitativa, ya sea por la existencia de una pluralidad de penas posibles de imponer o por la posibilidad de sustituirla. El Código Penal, indica que dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

⁴¹. CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, Actualizado a marzo de 2011.pp.87

De esta forma al interior de cada grado previamente establecido, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito. Este proceso valorativo queda entregado al juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas. Se sostiene que los límites operativos en el proceso de individualización en dicho espacio de discrecionalidad relativa, estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue, prevención general, especial, merecimiento y necesidad de la pena. Este juicio de valoración debe incluirse como objeto la culpabilidad del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las eventuales consecuencias que le acarrearán la pena en su vida posterior; asimismo, debe apreciar bajo su propio criterio la entidad de la lesión o peligro que ha sufrido el bien jurídico respectivo, y luego los otros efectos perjudiciales que directamente emanen del delito, sin perjuicio de los que hayan sido ya considerados por el legislador al describir el tipo penal.

Nuestro sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial, aunque es verdad que el espacio de juego para el juez puede significarle a la persona castigada varios años de diferencia. Para balancear mejor el equilibrio, no necesariamente debiera existir una ampliación de ese espacio de juego o una mayor discrecionalidad judicial,

tanto en la selección como en la determinación de la pena en vista a conducir a una mayor moderación en el rigor de la misma, sino que dicha discrecionalidad debería ser guiada por pautas o criterios generales como los señalados, que permitan al juez, en una instancia donde realiza una actividad político criminal de primera magnitud, hacerse cargo del raciocinio utilizado para llegar a la individualización de la pena, lo que estaría en armonía con lo que dispone el Código Procesal Penal que al facultar a los tribunales para apreciar la prueba con libertad, les impone las limitaciones que emanan de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. De todos modos, el juez debe hacerse cargo de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer. Una ausencia de motivación en este punto constituye una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, y motivo absoluto de nulidad en virtud del Código Procesal Penal.

La finalidad real de las penas, debe ser el no permitir que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este "reo", para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar.

4.3.4 La Ejecución de Penas y la Rehabilitación Social.-

Los reclusos al igual que cualquier otra persona en el vínculo de la humanidad, tienen derechos y deberes. Toda persona privada de libertad

tiene derecho a la comunicación y visita de familiares, a declarar ante la autoridad judicial sobre el trato que recibe en la penitenciaría, la atención de sus necesidades educativas, laborales, culturales, alimenticias y recreativas. Esta facultad debe aplicarse a todos los individuos para que sea una ética universal es decir, un código moral que se aplique a todas las personas, en este caso a los internos, si una persona restringe a otro individuo de hacer lo mismo, entonces no hay equidad en sus derechos, los derechos son igualados entre todas las personas, sean estas personas privadas o no privadas de la libertad. Es por esto que a continuación se detallan los derechos y deberes del interno:

✓ “Trabajo penitenciario: El trabajo penitenciario está considerado como uno de los elementos fundamentales de tratamiento del interno, constituye decisivamente en su proceso de resocialización.”⁴²

Sus condiciones son en lo posible similares al trabajo en libertad. No tiene carácter afflictivo ni es aplicado como medida disciplinaria, ni atenta contra la dignidad del interno. El trabajo que realizan los internos procesados tiene carácter voluntario. Las normas y directivas regulan la planificación, organización, métodos, horarios, medidas preventivas de ingreso y seguridad del trabajo penitenciario. Las actividades que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son en los talleres laborales en donde se vienen ejecutando pequeños proyectos de inversión. Y los propios medios del interno o de sus familiares y Entidades

⁴². CUESTA ARZAMENDI, "LA RESOCIALIZACIÓN: OBJETIVO DE LA INTERVENCIÓN PENITENCIARIA", Papers d'estudis i formació, núm.12, diciembre 1993, pp.9 Celia Lira Ubidia, Universidad San Martín de Porres – Lima.

públicas o privadas a través de la administración penitenciaria. Talleres Carpintería, zapatería, tejido a máquina, electrónica, mecánica automotriz, soldadura y forja, sastrería, hidroponía, confecciones, cerámica y telares. Principales actividades Agricultura, confección de carteras, taller de cosmetología, artesanía, juguetería y otros.

- “Educación penitenciaria: En los establecimientos penitenciarios a nivel nacional se promueve la Educación del interno en cumplimiento al Código Penal para la formación profesional o capacitación ocupacional. El interno analfabeto participa obligatoriamente en los programas de alfabetización y educación primaria de adultos. El servicio educativo se presta a través de Centros de Educación Ocupacional, Primaria y Secundaria de adultos, programas de alfabetización y educación a distancia en concordancia con los dispositivos vigentes en la materia de educación. El interno que no tenga profesión u oficio conocido está obligado al aprendizaje técnico, de acuerdo a la aptitud, interés y vocación.”⁴³

Es importante que se promueva la educación artística, la formación moral cívica y las prácticas deportivas de los internos. La Redención de la pena por la educación, es un beneficio Penitenciario que permite reducir el tiempo de pena al interno que desempeña una actividad educativa, bajo el control de la Administración Penitenciaria. Este beneficio fomenta el

⁴³. CUESTA ARZAMENDI, Ob. Cite. pp.11.

interés del interno por la educación, en consecuencia la educación cumple un rol despenalizador dentro de la ejecución Penal.

- “Salud Penitenciaria: En el Tratamiento de la Población Penal De acuerdo al Código Penal, el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La administración penitenciaria, proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud de la población penal.”⁴⁴

- “Asistencia Social: El área de asistencia social desarrolla acciones necesarias que permiten mantener las relaciones del interno con su familia. Por esa razón su trabajo consiste en: Detectar, diagnosticar, investigar y analizar los problemas sociales del binomio interno-familia.”⁴⁵

Que nuestro país implemente realmente una asistencia social, para ayudar a que la familia acepte, que uno de sus miembros se encuentra purgando una pena, para mi parecer sería un gran paso en el desarrollo de la sociedad, ya que intervenir brindando orientación y tratamiento a los problemas sociales del binomio interno-familia, a través de la consejería familiar, planificación, programación y promoción de acciones sociales,

⁴⁴. CUESTA ARZAMENDI, Ob. Cite. pp.12.

⁴⁵. CUESTA ARZAMENDI, Ob. Cite. pp.12.

fomentaría un entorno de amor, comprensión y ternura, donde unos a otros de apoyasen.

4.3.5. Legislación Comparada.-

En diferentes países se está adoptando la modalidad de construir la pena desde los principios de Proporcionalidad e Individualización, es así que:

- Código Penal de Chile.

“Art. 18. Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

Art. 19. El perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado.

Art. 20. No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal atribuciones gubernativas.”⁴⁶

2. De la clasificación de las penas:

“Art. 21. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

Penas de crímenes

Presidio perpetuo calificado.

Presidio perpetuo.

Reclusión perpetua.

Presidio mayor.

⁴⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO: <http://www.procedimientopenalchileno.blogspot.com>.

Reclusión mayor.

Relegación perpetua.

Confinamiento mayor.

Extrañamiento mayor.

Relegación mayor.

Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares.

Inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular.

Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares.

Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular.

✓ Penas de simples delitos

Presidio menor.

Reclusión menor.

Confinamiento menor.

Extrañamiento menor.

Delegación menor.

Destierro.

Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas.

Suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.

Inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

✓ Penas de las faltas.

Prisión.

Inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

Suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal.

✓ Penas comunes a las tres clases anteriores

Multa.

Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

Penas accesorias de los crímenes y simples delitos

Incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, en conformidad al Reglamento carcelario.”⁴⁷

✓ **LEGISLACION DE ARGENTINA.**

“ARTÍCULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

ARTÍCULO 6º.- La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.”⁴⁸

“ARTICULO 9º.- La pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos.

ARTÍCULO 10.- Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria:

a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;

⁴⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO: <http://www.procedimientopenalchileno.blogspot.com>.

⁴⁸ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARGENTIN: <http://www.procedimientopenalargentino.blogspot.com>.

- b) El interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d) El interno mayor de setenta (70) años;
- e) La mujer embarazada;
- f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo.”⁴⁹

✓ **LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

“DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA CONDUCTA PUNIBLE

CAPITULO PRIMERO

De las penas, sus clases y sus efectos

Artículo 34. De las penas. Las penas que se pueden imponer con arreglo a éste código son principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales.

En los eventos de delitos culposos o con pena si no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge,

⁴⁹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARGENTINO,
<http://www.procedimientopenalargentino.blogspot.com>.

compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Artículo 35. Penas principales. Son penas privativas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

Artículo 36. Penas sustitutivas. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.”⁵⁰

El derecho procesal penal Colombiano sobre la individualización de la pena, tenemos: Artículo 447. Individualización de la pena y sentencia.- “Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a la condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a

⁵⁰ CÓDIGO DE PENAL COLOMBIANO,: <http://www.codigopenalcolombiano.blogspot.com>.

cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición. Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral.”⁵¹

Como podemos palpar, en los países latinoamericanos, que tienen una mayor índice de delincuencia y comisión de delitos, como son Colombia, Argentina y Chile, tienen similitudes importantes con nuestra legislación penal, ya que todas coinciden en las penas privativas de libertad, lo que si se diferencian son en los tiempos que estas se aplican.

⁵¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO
<http://www.procedimientopenalcolombiano.blogspot.com>.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Metodología

La realización de la presente investigación socio-jurídica se fundamenta de manera documental, bibliográfica y de campo, como se trata de una investigación de carácter jurídico utilicé la Constitución de la República del Ecuador en relación a las penas y su principio de proporcionalidad, la el Código Penal ecuatoriano, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, así como los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación jurídica requiere.

5.2. Métodos

En cuanto a los métodos, para desarrollar el presente trabajo de investigación socio-jurídica, me apoyé en el método Científico, como que es el camino adecuado que me permitió llegar al conocimiento de la problemática referida a la aplicación de las penas, a la aplicación de la proporción que debe existir entre la pena y la infracción cometida, situación que en la actualidad no se la toma en cuenta.

El método científico, es el instrumento adecuado que permite llegar al conocimiento de los fenómenos jurídicos que se suscitan, como es el de la no aplicación de la proporción entre la pena aplicada y la infracción cometida, y que va en perjuicio directo de las personas imputadas por el cometimiento del delito.

5.3. Materiales y Técnicas.-

Utilicé procedimientos de observación, análisis, síntesis, investigaciones en páginas de internet, en la investigación propuesta, auxiliándome de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico como la encuesta, la entrevista.

La investigación de campo la concreté a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática dentro de la aplicación de las penas en el Código Penal y de Procedimiento Penal, abogados en libre ejercicio, jueces de Garantías Penales, Fiscales, y personas que han sufrido condena, esto, previo a un muestreo poblacional de treinta personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas. En las dos técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores. Los resultados de la investigación empírica se los presenté en centogramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron de base para la verificación de objetivos e hipótesis como para determinar las conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS.

6.1. Resultados de la Aplicación de las Encuestas.

De acuerdo al proyecto presentado y aprobado por las Autoridades de la Carrera de Derecho, he aplicado un total de 30 encuestas a un grupo de profesionales, egresados y estudiantes de Derecho, cuyas preguntas fueron las siguientes:

CUESTIONARIO.

Primera Pregunta.:

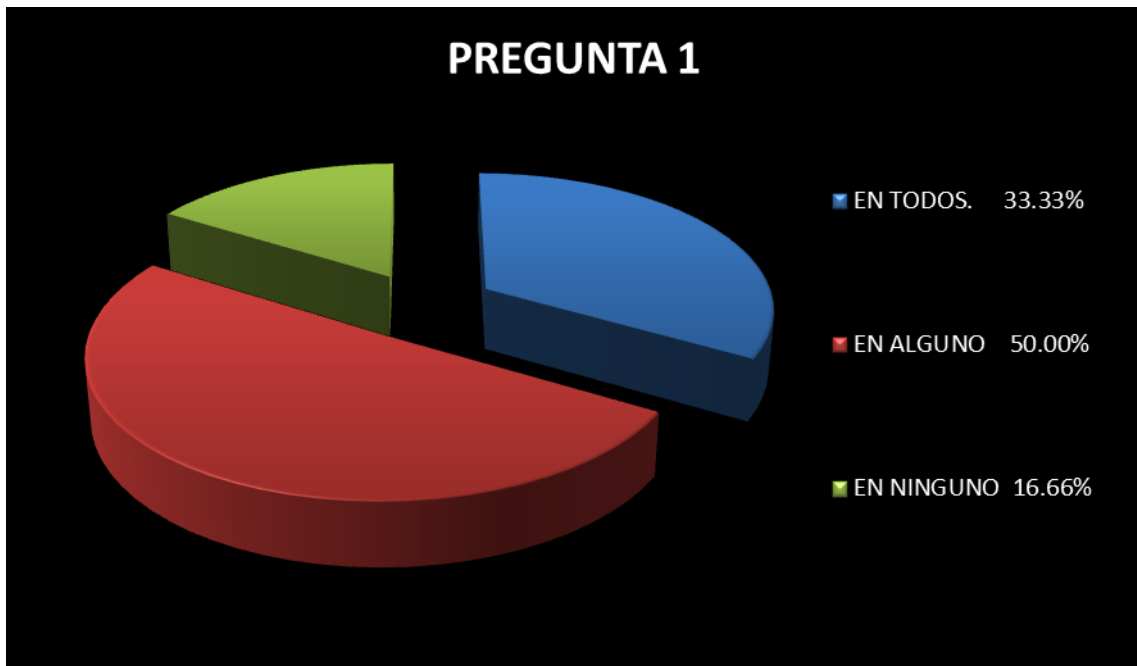
Considera usted, que en el sistema judicial del Ecuador, en especial en los juzgados y tribunales penales, para sentenciar a una persona toman en cuenta el principio de proporcionalidad en:

CUADRO 1

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE.
EN TODOS	10.	33.33%
EN ALGUNOS	15	50 00%
EN NINGUNO	05	16.66%
TOTAL	30	99.99%

Fuente: Abogados, egresados y estudiantes de derecho.

Autor: Guillermo Fernando Salinas Ludeña.



Interpretación:

De treinta abogados, egresados y estudiantes de Derecho encuestados, diez de ellos, que corresponden al 33.33%, responden que se aplica en todos los casos que han tenido conocimiento o que han formado parte, como Abogados, en el caso de los profesionales; mientras que quince de los solicitados, que corresponde al 50%, responden que el principio de proporcionalidad solo se aplica en algunos casos, puesto que al no estar normado, los Jueces pasan por sobre estos al momento de imponer una pena, al autor del delito; y, tan sólo cinco encuestados que representan el 16.66% , manifiesta que no se aplica en ninguno de los casos .

Análisis.

La mayoría de encuestados está de acuerdo o piensa que en los juzgados y tribunales penales de los Distritos Judiciales se aplica en ciertos casos el principio de proporcionalidad de las penas, según el criterio emitido, los jueces para sentenciar, se fundamentan en otras circunstancias, para ellos pesan otras consideraciones de tipo subjetivo, aplican las normas penales en forma literal, sin tomar en cuenta la gravedad o no del delito, las circunstancias que lo produjeron, la personalidad del autor, no toman en cuenta las circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad, en ocasiones a un delito de hurto se lo asimila a robo agravado aumentando la pena y agravando la situación del imputado; diez encuestados consideran que solamente se lo aplica en determinados casos, a criterio de los juzgadores, que se basan en los dictados de la sana crítica, y en el criterio discrecional del que gozan; cinco piensan que no se lo toma en cuenta jamás al momento de elaborar una sentencia e imponer una pena.

Segunda Pregunta.

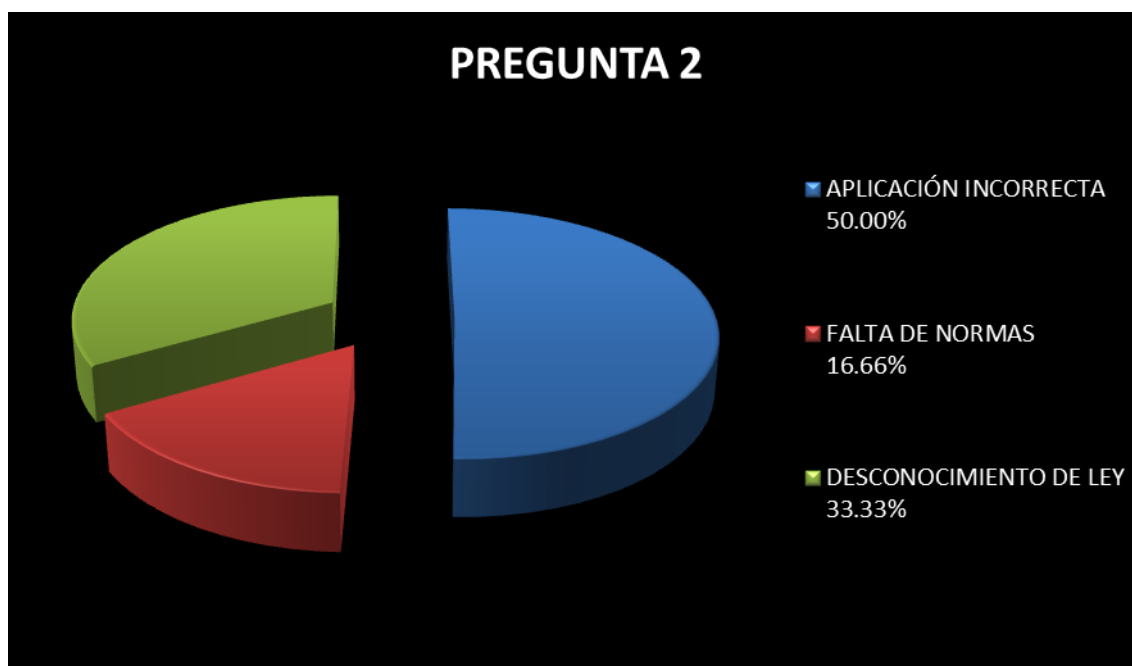
¿Qué causas considera usted influyen en la decisión de los juzgadores, para la no aplicación correcta de la proporcionalidad de las penas?:

CUADRO 2.

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE.
APLICACIÓN INCORRECTA	15	50,00%
FALTA DE NORMAS	05	16.66%
DESCONOCIMIENTO DE LEY	10	33.33%
TOTAL.	30	99.99%

Fuente: Abogados, egresados y estudiantes de derecho.

Autor: Guillermo Fernando Salinas Ludeña.



Interpretación:

De treinta encuestados, quince personas, que corresponde al 50% del universo, consideran que una de las causas, es la aplicación incorrecta de

la Ley Penal; cinco personas, que corresponde al 16.66%, responden que se debe a la falta de Normas; y, diez de los encuestados, esto es, el 33.33%, responden que se debe al desconocimiento de la ley por parte de los juzgadores.

Análisis.-

Las repuestas dadas a las preguntas, me permiten extraer la teoría que una de las causas principales que determinan la no aplicación correcta del principio de proporcionalidad se debe a que los juzgadores no aplican en forma correcta este principio de proporcionalidad de las penas, imponen una pena de acuerdo a la verdad material que arroja el proceso penal y no la verdad histórica que puede variar sustancialmente la resolución, aplican la ley en un sentido literal, si bien en materia penal se prohíbe la interpretación extensiva, no prohíbe una interpretación a favor del imputado, es decir la aplicación del principio del indubio pro reo. Así mismo 10 encuestados, en cambio consideran que una de las causas, es cierto desconocimiento de la Ley por parte de los juzgadores; cinco encuestados creen que se debe a falta o claridad de las normas penales. Personalmente pienso que la causa principal radica en una conjugación de las causas enunciadas, todas las causas concurren a la no aplicación del principio de proporcionalidad.

Tercera Pregunta.

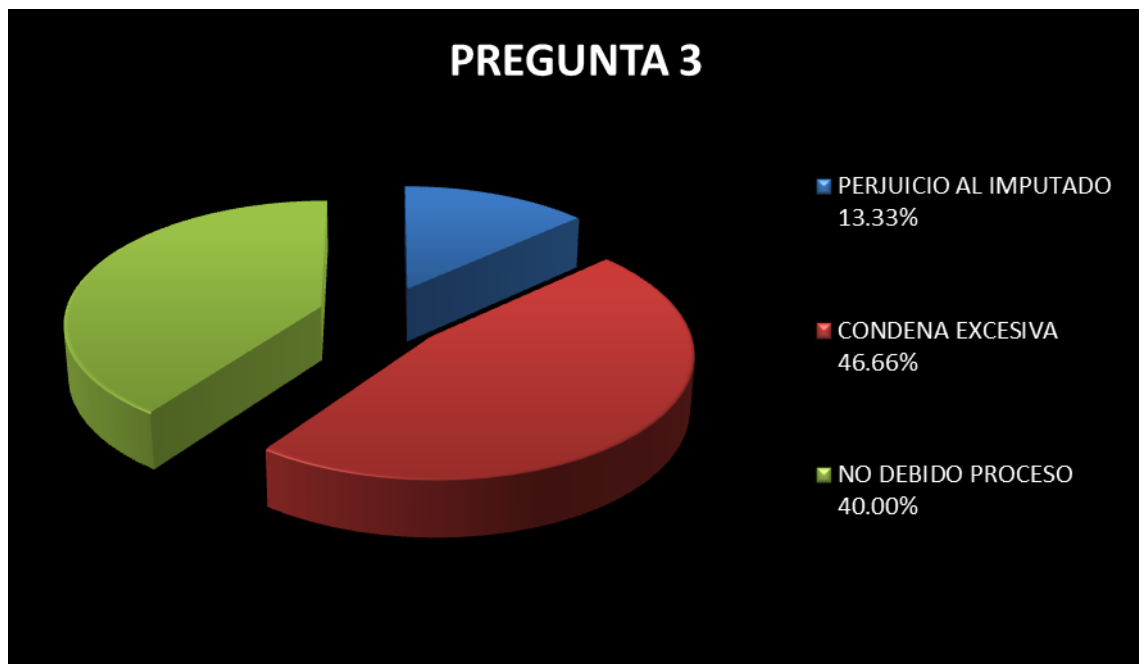
A su criterio que consecuencias jurídicas devienen de la mala o de la no aplicación del principio de proporcionalidad de las penas:

CUADRO 3.

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
PERJUICIO AL IMPUTADO	4	13.33%
CONDENA EXCESIVA	14	46.66%
NO DEBIDO PROCESO	12	40.00%
TOTAL	30	99.99%

Fuente: Abogados, egresados y estudiantes de derecho.

Autor: Guillermo Fernando Salinas Ludeña.



Interpretación.-

De treinta encuestadas, entre abogados, estudiantes, egresados de Derecho, cuatro de ellos, que equivale al 13.33% del universo, manifiesta, que se perjudica al acusado o imputado; catorce consideran que genera una condena excesiva desproporcionada, lo que representa el mayor valor, esto es el 46.66%; así mismo doce encuestados, que son en porcentaje el 40.00%, en cambio consideran se debe a la violación del debido proceso.

Análisis.

El 46.66% de los encuestados consideran que una de las principales consecuencias jurídicas de la no aplicación del principio de proporcionalidad en la construcción o imposición de una pena, genera que en el Ecuador existan penas excesivas, que no son proporcionales a la gravedad del delito, que lesionan los derechos que estos ciudadanos también poseen, a pesar de ser autores de un delito. De distinta forma, pero con una fuerte concatenación, el 40.00%, mantuvo una posición que se evidencia cada vez más en los procesos penales violaciones al debido proceso; y, tan sólo el 13.33% del universo de los encuestados mantiene un posición final, es decir que en definitiva a quien más se perjudica es directamente al individuo poseedor de la pena.

Cuarta Pregunta.

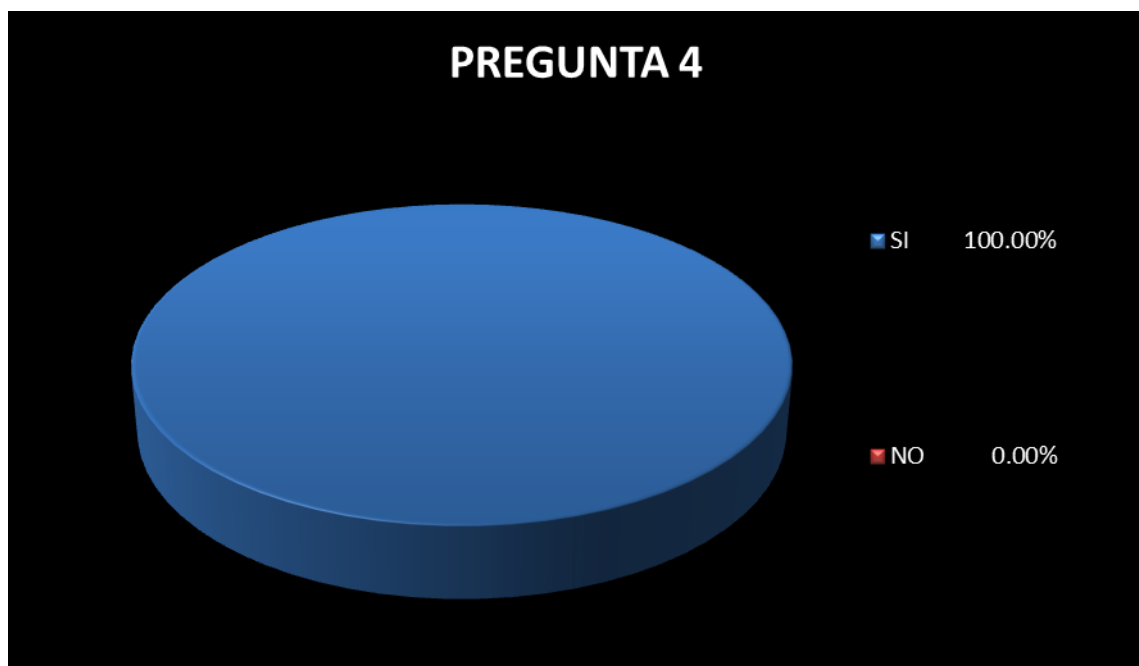
Considera, ¿Qué el Código Penal Ecuatoriano, adolece de insuficiencia jurídica y en cierta medida se contrapone con lo prescrito en la Constitución con relación a la debida proporción entre delito y pena aplicada?

CUADRO 4.

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100.00%
NO	05	0.00%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: Abogados, egresados y estudiantes de derecho.

Autor: Guillermo Fernando Salinas Ludeña.



Interpretación.

Todos los treinta encuestados, esto es el 100.00%, coincidieron en la pregunta que antecede.

Análisis.

Aquí todo los encuestados se encontraron en el criterio, que efectivamente el Código Penal Ecuatoriano, adolece de insuficiencia jurídica al no contener normas que establezcan con precisión la proporcionalidad entre la pena y la infracción cometida, por lo que los jueces en materia penal así como los tribunales penales, al momento de sentenciar no toman en cuenta este principio, y sancionan de acuerdo con su criterio, además porque existe contradicción entre lo que dispone la Constitución con respecto a la proporcionalidad de las penas y el delito cometido.

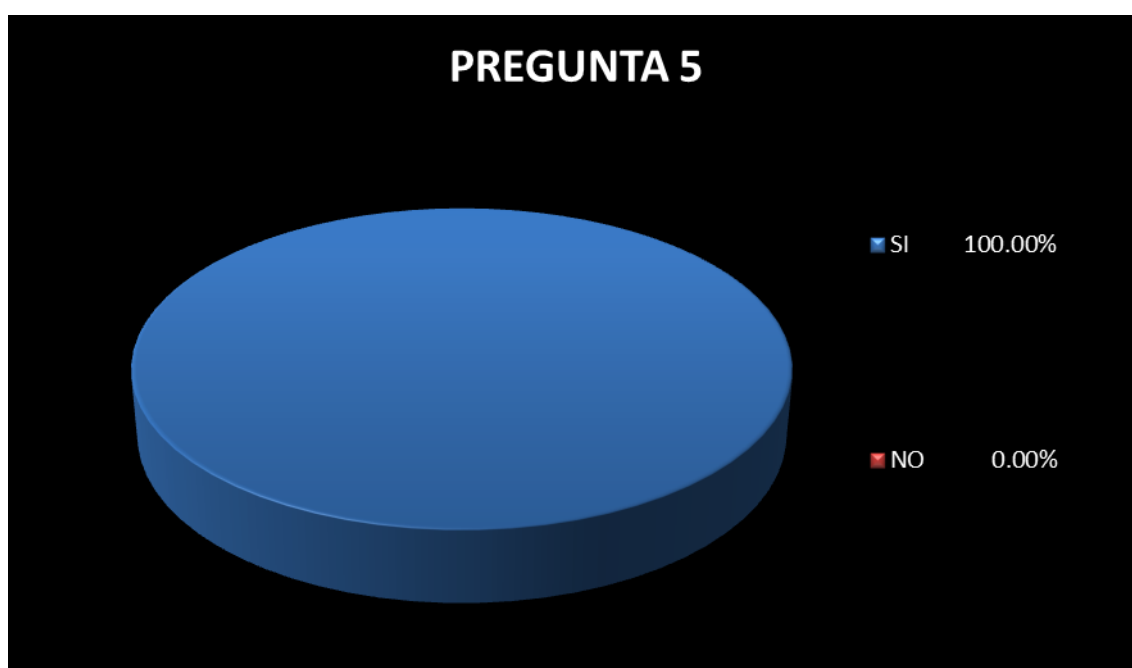
Quinta Pregunta.

Considera necesario reformar el Código Penal Ecuatoriano, incorporando en su normativa el principio de proporcionalidad entre infracción y pena, en forma tal que guarde concordancia con lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador?

CUADRO 5.

VARIABLES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100.00%
NO	05	0.00%
TOTAL	30	100.00%

Fuente: Abogados, egresados y estudiantes de derecho.



Interpretación.

Nuevamente los treinta encuestados, esto es el 100.00%, coincidieron en la respuesta de la pregunta que precede.

Análisis.

Todos los encuestados, se unieron a la idea en que se debe reformar el Código Penal Ecuatoriano incorporando disposiciones que normen el

principio de proporcionalidad entre el delito y la pena aplicada, y que guarde concordancia con lo estipulado en la Constitución, que en el Art. 76, numeral seis, habla de este principio que deberá ser aplicado por los juzgadores en materia penal, esta reforma vendría a mejorar la justicia penal y la situación de los imputados, frente a la severidad y caduca justicia.

6.2. Resultado de las Entrevistas.

En concordancia con el proyecto de tesis presentado y aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho del Área Jurídica Social y Administrativa, de la Universidad Nacional de Loja, he aplicado diez entrevistas a un selecto grupo de profesionales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, especializados en el área penal, para obtener criterios veraces y acordes al tema.

El cuestionario se realizó bajo las siguientes preguntas:

Primera Pregunta:

¿Qué criterio tiene la prueba de la sana crítica propia del sistema acusatorio, es valedero para la sentencia proporcional?

Respuesta: Todos los diez entrevistados manifiestan estar acorde con el sistema de prueba de la sana crítica, en razón de que para valorar la prueba se debe tener en cuenta la experiencia y la libre valoración del juzgador. Además acotaron, que para alcanzar una debida

proporcionalidad en la imposición de la pena, no se debe olvidar las bondades de la prueba tasada que es una guía para que el juzgador obtenga una mayor convicción al momento de emitir su criterio final. Así mismo, manifestaron, que sería bueno valerse por la prueba de la sana crítica que por medio de este recibirían la sentencia que corresponde de acuerdo al delito, ya que muchas de las veces por falta de pruebas no sentencian lo proporcional que merecen los antisociales.

Segunda Pregunta:

¿Considera usted que con las Leyes Penales y Procesales Penales vigentes en nuestro Estado, los Jueces cumplen con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado?

Respuesta: Todo el universo de los entrevistados fueron concordantes y consideran que los jueces no cumplen con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado en razón de que las actuales leyes en materia penal, no les atribuyen mayores facultades para intervenir en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal; por cuanto, el fiscal es quien dirige la investigación a su libre criterio, muchas veces pasando por solemnidades sustanciales, para poder descubrir la verdad, es decir lesionado algunos derechos de los procesados. Además, aportaron un criterio que el juez actual, basándose en la nueva Constitución, que el orden jerárquico, es la abanderada, tendría los medios jurídicos para cumplir con mayor eficiencia su papel de controlador y garantista.

Tercera Pregunta.-

¿Considera usted que el Juez Penal debe tener una mayor participación en la indagación previa e instrucción Fiscal para así imponer sentencia proporcional según el delito?

Respuesta: Nuevamente todos los entrevistados tuvieron coincidencia en sus respuestas, manifestaron que la participación del Juez en la indagación previa e instrucción fiscal es de vital importancia para garantizar los derechos del imputado y agraviado; es por ello, que se hace necesario atribuirle mayores facultades para intervenir de manera directa en la investigación. Además, al juez penal se le debe atribuir facultades claras y normadas para intervenir en la investigación y no se debe olvidar que el fiscal es quien inicia dicha investigación, pero que el juez es quien impone la pena, es decir puede haber una división de criterios. Muy distinto si ambos Fiscal y Juez, de la mano llevan el curso de la investigación.-

Cuarta Pregunta.-

Considera usted, ¿Qué la proporción de penas según el delito ha sido justo y equitativa hasta la actualidad?

Respuesta: Los entrevistados manifestaron al unísono que se hace todo lo posible como las leyes penales ecuatorianas lo establecen para hacer cumplir este principio, pero jamás toman en cuenta lo que manda la Constitución, es decir que los legalistas y la proporción de la pena muchas de las veces no ha sido equitativa según el delito que han

cometido y más aún no ha sido ingrediente en la construcción de una pena, muchas veces amparados en la falta de pruebas, que a su criterio, no se ha cumplido a cabalidad el de la proporción de penas como debe ser.

Quinta Pregunta:

¿Considera necesario reformar el Código Penal ecuatoriano, incorporando en su normativa el principio de proporcionalidad entre infracción y pena, en forma tal que guarde concordancia con lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador?

Respuesta.

Si, debería reformarse el Código Penal incorporando el principio de proporcionalidad entre la infracción y la pena, pues al momento la Constitución de la República señala que en toda sentencia condenatoria existirá proporción entre la pena y la infracción cometida, el Código Penal, no contempla este principio, es importante que exista a fin de que los imputados no sean perjudicados y se respete las garantías del debido proceso.

7. DISCUSIÓN.-

7.1 Verificación de Objetivos.

Para el estudio de la presente problemática me he planteado un Objetivo General y tres Específicos que a continuación los detallo, procediendo a la verificación de los mismos, en base a la doctrina y acopio empírico desarrollado durante la presente tesis:

✓ Objetivo General:

Realizar un estudio doctrinario y jurídico sobre la proporcionalidad e individualización de la pena.

Este objetivo ha sido cumplido a partir del Marco Conceptual, dentro del cual se analizaron los diferentes conceptos de la pena, su evolución histórica, la clasificación de las penas, la proporcionalidad de las penas, la individualización de la pena; en el Marco Jurídico, con un análisis de la Constitución en relación con el tema de las penas; análisis del Código Penal ecuatoriano, en el Capítulo de las Penas; dentro del Marco Doctrinario, con criterios, opiniones, concepciones de la pena; en cuanto al Derecho Comparado; análisis de la legislación Penal de Colombia, Argentina y Ecuador en materia de las penas. También se pudo realizar este objetivo general, a través de la aplicación de encuestas, entrevistas.

✓ Objetivos Específicos:

- **Estudiar la imposición de la pena en nuestro Código Procesal Penal y en el Derecho Penal Comparado.**

Este objetivo ha sido cumplido al estudiar el Código Penal ecuatoriano en lo relacionado a la aplicación de las penas y la aplicación del principio de proporcionalidad, esto desde el punto de vista del Ecuador y de la Legislación Comparada.

- **Demostrar la necesidad del Derecho Procesal Penal Ecuatoriano de establecer medios para cumplir con la garantía de proporcionalidad e individualización de la pena, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.**

Este objetivo ha sido desarrollado dentro de la Investigación de Campo o investigación empírica, se ha determinado a través de las encuestas y entrevistas, la necesidad de que se establezca el principio de proporcionalidad y de individualización de las penas.

- **Concretar una propuesta jurídica que incorpore al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, medios que coadyuven a la construcción de la pena.**

Este objetivo también ha sido cumplido en la Propuesta de Reforma Legal del Código Penal ecuatoriano, que a continuación detallare y pondré a consideración del pueblo ecuatoriano, a través del presente trabajo de investigación.-

7.2 Contrastación de Hipótesis.

La discordancia entre las reglas penales y procesales entre los estándares constitucionales constituye un problema para la construcción de la pena en nuestro país.

La discordancia que existe entre las normas penales y procesales penales y lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el principio de proporcionalidad e individualización de la pena, deriva en una serie de problemas en la administración de justicia en materia penal, y especialmente en lo relacionado con la situación jurídica de los imputados, del no cumplimiento de las garantías del debido proceso, y de que las penas no están en relación con la infracción cometida.

7.3. Fundamentación Jurídica de la Propuesta.

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la imposición de una pena, en el sentido de restricción de derechos del responsable. La pena constituye el medio para sancionar aquella conducta típica antijurídica.

Tanto el delito como la pena se encuentran estrechamente ligadas, ya que como lo determinó la investigación las Leyes penales son aquellas que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena, las mismas que han sido clasificadas según el tipo de infracción al que son aplicables. Entonces, para que la pena no sea violencia de uno o de

muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.

Pero actualmente existe un problema evidente en la construcción de la pena en el Ecuador, pues nuestro sistema penal en una misma audiencia de juzgamiento, la jueza o juez debe analizar tanto elementos que establezcan la existencia del hecho como la responsabilidad o no del acusado o procesado, además la de construir e imponer una pena, nos encontramos frente a un procedimiento en el que se debe evaluar no solo los elementos que prueben las posiciones de las partes, sino, que al mismo tiempo, se indiquen las atenuantes y agravantes, significando un problema grave para la defensa al caer en una contradicción ¿por qué presentar atenuantes si se presume la inocencia del procesado?. Para la construcción de la Pena el Tribunal Penal tiene una tarifa de sanciones siendo la de mayor trascendencia la privación de la libertad, a la que se le pueden añadir pecuniarias, administrativas, interdictorias, civiles. Sin embargo, por estar la audiencia de juzgamiento dedicada precisamente a juzgar los hechos y a los presuntos responsables, no hay tiempo a discutir con meticulosidad: Quién es el acusado? Qué pena es la necesaria? (no si es necesario punir) En qué grado se requiere la pena? (respecto del acto y del sancionado) A quiénes afectará la pena? Qué obligaciones asumirá el Estado al punir, tanto frente al condenado como a terceros que dependen de él?.

Otro de los aspectos que considero importante y que se pudo determinar con la investigación sobre el tema de la construcción de la pena desde los principios de proporcionalidad e individualización, es que este no se encuentra normado dentro de las Leyes penales y procesales.-

Al no existir un procedimiento adecuado para la construcción de la pena así como medios y herramientas para facilitar el trabajo de los Juzgados y Tribunales en nuestro país es evidente que los derechos de protección del acusado o procesado detallados en la Constitución de la República son vulnerados de ahí la importancia del presente proyecto investigativo.

8. CONCLUSIONES.

- Tras haber culminado la labor de investigación, análisis, comprensión, síntesis y redacción de este trabajo; he llegado a concluir reconociendo que el principio de proporcionalidad, es indispensable en el orden a la búsqueda de soluciones concretas y satisfactorias de proporcionalidad equitativa en sentencia penal, ya permite indagar a fondo el proceso, para así dialogar y reconocer el procedimiento en el marco de los Derechos de la Humanidad, la que es compatible en la plena eficacia del proceso, con el respeto de la persona en el estado de derecho.

- En el principio de proporcionalidad, se da la proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados. Esto implica que el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello deben tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuada.

- Para el principio de proporcionalidad es satisfactorio reconocer el proceso penal, la cual brinda la misma importancia a las garantías de defensa que se deben al imputado por su dignidad humana, y para esto los jueces antes deben tomar conciencia, conocer e indagar y saber bien sobre los casos a los que fueron selectos para así poder sentenciar con proporcionalidad de justicia, y que las garantías de eficacia de la

investigación se deban a los demás individuos no imputados, en procura de su seguridad física y jurídica.

- Es ventajoso saber que para la proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación, constituyen principios que deben incorporarse a nuestra legislación penal, junto al de la legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.
- En el principio de proporcionalidad, existe la calidad del proceso, por el que se debe cumplir la proporcionalidad en sentencia penal, y es a la vez ecuánime que abarca el respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes, y así mismo eficaz en cuanto a proporcionalidad y celeridad del proceso investigativo del ámbito penal.
- La pena es un mal que de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito.
- El principio de proporcionalidad de la pena, conocido también como prohibición de exceso, es decir que el juez o tribunal, tienen que aplicarla en proporción al delito, no pueden excederse, , tiene que ser proporcional;
- La proporcionalidad permite medir, controlar, se trata de una medida hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad de la intervención del juez o tribunal, la no intervención de los poderes públicos en la justicia como sucede hoy.

9. RECOMENDACIONES.

- Se recomienda en especial a los del ámbito jurisdiccional, velar por los actos de Proporción de sentencias que queden sujetos a una jurisdicción territorial ecuatoriano, así mismo poseer una igualdad de ánimo, un sentimiento que nos obliga a actuar de acuerdo con el deber de la conciencia, más que por los mandatos de la justicia o de la ley, siempre y cuando sea equitativo y justo.
- Se recomienda que la Asamblea Nacional Constituyente adopte más medidas legislativas para administrar las sentencias penales, necesarias para prevenir la desproporción de delitos y penas.
- Que las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del infractor, y poner a disposición tribunales especializados en materia penal, con cobertura en todas las regiones del territorio, que cuenten con jueces y otros operadores especializados en derecho para hacer justicia.
- Se recomienda la equidad para adoptar medidas y evitar la desproporción, que significa la aplicación de la justicia en sentido proporcional justo, y teniendo uso de razón para poder entrar a casos concretos que se obtenga, tratando igual a los iguales y en forma desigual a los que no se encuentran en igualdad de circunstancia.

- Se recomienda mantener una área legal transparente y libre de pesares, eliminando la corrupción, ya que actualmente nuestro país cursa por momentos totalmente difíciles, no solo en el ámbito de la administración de justicia, sino también en desestabilidad de poder del Estado, y que depende de este para el progreso de cada ciudadano, caso contrario surge pobrezas, falta de fuentes de trabajo, etc. de ahí que se suscitan la incrementación de delincuencia, baja economía e inseguridad para todo un país, como es Ecuador, por ende debe existir proporcionalidad en sentencia penal que sea equitativo en justicia tanto para las víctimas y para los reos.

- Q
ue el Consejo Nacional de la Judicatura, como ente orientador del sistema judicial en el Ecuador, debería auspiciar reformas y proponerlas a la Asamblea Nacional, a fin de que el Código Penal ecuatoriano, adopte en forma obligatoria el principio de proporcionalidad entre las penas y las infracciones cometidas.

9.1. Propuesta de Reforma Legal.



PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO PENAL ECUATORIANO.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO.

Que, La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76, numeral seis, establece que: ***La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.***

Que, dicho mandato constitucional, en ocasiones se cumple, en otras no, y en algunas se lo interpreta mal.

Que, el principio de proporcionalidad, obedece básicamente a una interpretación constitucional, que debe ser obligatoria para quien ejerce las funciones de Juez de Garantías Penales.

Que, el Código Penal ecuatoriano, adolece de insuficiencia jurídica al no desarrollar en forma adecuada el principio constitucional de proporcionalidad de las penas.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República en el Art. 120, numeral seis, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO PENAL ECUATORIANO

Art. 1. Luego del RT. 4 del Código Penal ecuatoriano, agréguese un inciso que diga: **Para la aplicación de la pena, en forma obligatoria y fundamentada los jueces penal aplicarán el principio universal de proporción entre la pena a aplicarse y la infracción cometida, en aplicación del principio del indubio-pro-reo”**

Esta Ley Reformatoria al Código Penal ecuatoriano, entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, a los días del mes de del año 2014.

f) Presidente de la Asamblea Nacional

f) Secretario General.

10. Bibliografía:

- CARNELUTTI, FRANCESCO, Teoría General del Delito, Clásicos del Derecho Penal, Ediciones DEL ARCO, Cuenca Ecuador, 2011, pp. 27.
- TORRES CHAVEZ, Efraín, BREVES COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ECUADOR, LIBRO 1, Imprenta OFFSET, QUITO, PP.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”, Edición actualizada , Tomo VI P.Q. EDICION 21, Editorial Heliasta.
- CARRARA, Francisco, “PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL”, parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, p 62.
- ESCRICHE Joaquín, “DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA”, Tomo Cuarto, Fondo de Cultura Ecuatoriana 1987, pág. 523.
- BECERRA SUÁREZ, Orlando, “ARTÍCULOS SOBRE DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIENCIA POLÍTICA”, parte general, volumen I, Editorial Temis, Bogotá, p 62.
- CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, sentencia Nro.005-11-SCN-CC, caso Nro.0003-11-CN, 03 de Marzo de 2011, Quito -Ecuador.

- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. "CULPA Y OMISIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO". Pág. 93.
- SINKLER DANILO DE PAZ CARRILLO, "La Imposición Individual de la Pena en la Ciudad de Guatemala", Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Junio del 2009, pag. 43-44.
- GONZÁLEZ SALINAS, Héctor F, "Individualización de la pena", www.criminologiaysociedad.com.
- ROXIN, Claus "DERECHO PENAL", Tomo I, FUNDAMENTOS, LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO, Alemania-Muinich, 1994.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Claudia Araceli, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, Edición Especial: Biblioteca Jurídica Virtual: Guillermo Fernando Salinas; Segunda Edición: 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich, Versión disponible en internet: [http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía de la moral \(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía%20de%20la%20moral%20(completo).pdf), [visitado el 05/03/08]; Matus, Jean Pierre, 2007, "Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), fascículos 1 y 2." Polit. Crim. nº4, R3, p. 1-5.

- POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, Lecciones, cit. nota n°7, p. 65 y ss. En el mismo sentido, GARRIDO MONTT, MARIO, 2003, Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial

- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.

- CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.

- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, Actualizado a marzo de 2011.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, procedimientopenalcolombiano.blogspot.com, Art. 447.

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARGENTINO, procedimientopenalargentino.blogspot.com,

11. Anexos.

Anexo # 1



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA

Distinguido:

Profesional, egresado y estudiante de Derecho:

Me dirijo a Ud. para solicitarle de la manera más comedida emita su criterio sobre la siguiente temática: “LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES” que requiero para fines de mi investigación académica de pregrado en jurisprudencia.

CUESTIONARIO:

Primera Pregunta.:

Considera usted, que en el sistema judicial del Ecuador, en especial en los juzgados y tribunales penales, para sentenciar a una persona toman en cuenta el principio de proporcionalidad en:

En todos los proceso penales ()

En algunos casos. ()

En ningún caso ()

Segunda Pregunta.

¿Qué causas considera usted influyen en la decisión de los juzgadores, para la no aplicación correcta de la proporcionalidad de las penas?:

Aplicación incorrecta de la Ley Penal ()

Falta de normas ()

Desconocimiento de la Ley ()

Tercera Pregunta.

A su criterio que consecuencias jurídicas devienen de la mala o de la no aplicación del principio de proporcionalidad de las penas:

Perjuicio al imputado ()

Condena excesiva ()

No aplicación del debido proceso ()

Cuarta Pregunta.

Considera, ¿Qué el Código Penal Ecuatoriano, adolece de insuficiencia jurídica y en cierta medida se contrapone con lo prescrito en la

Constitución con relación a la debida proporción entre delito y pena aplicada?

SI ()

NO ()

Quinta Pregunta.

Considera necesario reformar el Código Penal Ecuatoriano, incorporando en su normativa el principio de proporcionalidad entre infracción y pena, en forma tal que guarde concordancia con lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador?

Si ()

NO ()

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Anexo # 2



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

Distinguido:

Profesional, egresado y estudiante de Derecho:

Me dirijo a Ud. para solicitarle de la manera más comedida emita su criterio sobre la siguiente temática: “LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES” que requiero para fines de mi investigación académica de pregrado en jurisprudencia.

CUESTIONARIO:

Primera Pregunta:

¿Qué criterio tiene la prueba de la sana crítica propia del sistema acusatorio, es valedero para la sentencia proporcional?

Segunda Pregunta:

¿Considera usted que con las Leyes Penales y Procesales Penales vigentes en nuestro Estado, los Jueces cumplen con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado?

Tercera Pregunta.-

¿Considera usted que el Juez Penal debe tener una mayor participación en la indagación previa e instrucción Fiscal para así imponer sentencia proporcional según el delito?

Cuarta Pregunta.-

Considera usted, ¿Qué la proporción de penas según el delito ha sido justo y equitativa hasta la actualidad?

Quinta Pregunta:

¿Considera necesario reformar el Código Penal ecuatoriano, incorporando en su normativa el principio de proporcionalidad entre infracción y pena, en forma tal que guarde concordancia con lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS PARA OPTAR POR EL
GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA

TITULO:

**“LA CONSTRUCCIÓN DE LA PENA EN EL ECUADOR ENTRE LA
DISCORDANCIA DE LAS REGLAS PENALES Y PROCESALES
CON LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES ”**

POSTULANTE:

GUILLERMO FERNANDO SALINAS LUDEÑA

LOJA – ECUADOR

2013



1. TITULO.

“La Construcción de la Pena en el Ecuador entre la discordancia de las Reglas Penales y Procesales con los estándares Constitucionales”

2. PROBLEMÁTICA

La discordancia entre las reglas penales y procesales entre los estándares constitucionales, evidencian el grave problema actual para la construcción de la pena por los Juzgados y Tribunales Penales en nuestro país, pues nos encontramos frente a un procedimiento penal obsoleto el cual debe ser modificado para garantizar la aplicación de los derechos establecidos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en el que se debería implementar ciertas herramientas y medios para que juezas y jueces cumplan con los principios fundamentales de la construcción de la pena bajo principios de proporcionalidad e individualización.

Es así, que el juzgador debe establecer hechos y responsabilidades en una sola audiencia de juzgamiento conforme lo establece el Código de Procedimiento Penal, en ningún momento se discute con meticulosidad la pena a imponer, cómo lograr a través de este procedimiento la proporcionalidad e individualización de la pena, cuando no se considera

quien es el acusado, a quien afecta la imposición de la pena y otros elementos más; además, la defensa se encuentra frente a situaciones realmente inquietantes durante el desarrollo del proceso cuando pretende desarrollar argumentos que tendrían incidencia directa en la futura y eventual graduación de la pena, la intervención del defensor no se debe limitar en el de demostrar la inocencia de su defendido y no el de presentar atenuantes pues se presume la inocencia del procesado, existe una evidente contradicción ¿por qué presentar atenuantes si se presume su inocencia? sin embargo es su obligación alegarlo conforme lo establece así el Código de Procedimiento Penal Art. 303.- Alegatos.- El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado..... y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable..... Contestará, después el defensor. Será permitida la réplica, pero concluirá siempre el defensor.

Frente a estas contradicciones entre el derecho procesal y nuestra Carta Magna es evidente que actualmente no se cumple con la garantía establecida en la Constitución de la República del Ecuador Art. 76. Numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Ante tal problemática que lesiona derechos fundamentales del procesado en el derecho adjetivo penal ecuatoriano requiere una

investigación socio-jurídica que permita arribar a posibles soluciones teórico-jurídicas para el eficaz cumplimiento de los derechos de protección establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

3. JUSTIFICACIÓN.

La investigación jurídica de la problemática se inscribe, dentro del Derecho Público; por lo tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, Sustantivo y Adjetivo para optar por el Grado de Abogado.

Socio-jurídicamente este proyecto investigativo tiene como objeto proponer ciertas herramientas o medios para que la construcción de la pena se sujete a principios de proporcionalidad e individualización y además el de facilitar el trabajo de juezas y jueces en el Ecuador.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de investigación es significativo, por cuanto la Constitución de la República del Ecuador garantiza el acceso a la justicia de todas(os) los ecuatorianas y extranjeros que habitan en nuestro territorio, según lo establecido en los siguientes artículos: Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso

gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedara en indefensión; Art. 76. Numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza; y, Art. 169 del mencionado cuerpo legal manifiesta: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagraran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios para la construcción de la pena.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, cuento con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico sobre la eficacia de incorporar herramientas y medios para la construcción de la pena en nuestro país.

4. OBJETIVOS:

4.1. General

Realizar un estudio doctrinario y jurídico sobre la proporcionalidad e individualización de la pena.

4.2. Específicos:

4.2.1. Estudiar la imposición de la pena en nuestro Código Procesal Penal y en el Derecho Penal Comparado.

4.2.2. Demostrar la necesidad del Derecho Procesal Penal Ecuatoriano de establecer medios para cumplir con la garantía de proporcionalidad e individualización de la pena, establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

4.2.3. Concretar una propuesta jurídica que incorpore al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, medios que coadyuven a la construcción de la pena.

5. HIPÓTESIS.

La discordancia entre las reglas penales y procesales entre los estándares constitucionales constituyen un problema para la construcción de la pena en nuestro país.

6. MARCO TEÓRICO.

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "restricción de derechos del responsable". La pena constituye el medio para sancionar aquella conducta típica antijurídica.

Guillermo Cabanellas define la pena como: "Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados."¹

Tanto el delito como la pena se encuentran estrechamente ligadas el Art. 1, del Código Penal establece: "Leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena."²; el Art. 51 del Código Penal, clasifica las penas, según el tipo de infracción al que son aplicables: Penas peculiares del delito; Penas peculiares de la contravención; Penas comunes a ambos tipos de infracción.

"Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la

¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Decimoséptima Edición, Buenos Aires- Argentina, 2005. Pág. 300.

² CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008, Art.1.

menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.”³

Pero actualmente existe un problema evidente en la construcción de la pena en el Ecuador, pues nuestro sistema penal en una misma audiencia de juzgamiento, la jueza o juez debe analizar tanto elementos que establezcan la existencia del hecho como la responsabilidad o no del acusado o procesado, además la de construir e imponer una pena, nos encontramos frente a un procedimiento en el que se debe evaluar no solo los elementos que prueben las posiciones de las partes, sino, que al mismo tiempo, se indiquen las atenuantes y agravantes, significando un problema grave para la defensa al caer en una contradicción ¿por qué presentar atenuantes si se presume la inocencia del procesado?, de conformidad lo establece el Código de Procedimiento Penal Art. 303 : “El Fiscal será oído primeramente, y su alegato se reducirá a una exposición clara y metódica de los hechos imputados al acusado; de las pruebas rendidas durante la audiencia y de las que constan en el proceso, con el análisis que creyere conveniente hacer, pudiendo manifestar al tribunal de garantías penales el valor procesal de las circunstancias alegadas por las partes; determinará si el acusado es autor, cómplice o encubridor y pedirá la imposición de la pena correspondiente, en caso de encontrarle responsable. Cuando haya acusador particular, hablará después del fiscal. En su exposición observará las normas establecidas en el inciso

³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 1997, “Dogmática constitucional”, Editorial Universidad de Talca, Pág.184.

anterior y concluirá solicitando las penas y el pago de las indemnizaciones civiles que crea procedentes. Contestará, después el defensor. Será permitida la réplica, pero concluirá siempre el defensor. Y, Art. 304.- Conclusión del debate.- Una vez que concluya de hablar el acusado o su defensor, el presidente declarará cerrado el debate. ”⁴

“Para la construcción de la Pena el Tribunal Penal tiene una tarifa de sanciones siendo la de mayor trascendencia la privación de la libertad, a la que se le pueden añadir pecuniarias, administrativas, interdictorias, civiles. Sin embargo, por estar la audiencia de juzgamiento dedicada precisamente a juzgar los hechos y a los presuntos responsables, no hay tiempo a discutir con meticulosidad: Quién es el acusado? Qué pena es la necesaria? (no si es necesario punir) En qué grado se requiere la pena? (respecto del acto y del sancionado) A quiénes afectará la pena? Qué obligaciones asumirá el Estado al punir, tanto frente al condenado como a terceros que dependen de él?”⁵

Esta situación existe a pesar de lo que determina la Constitución de la República del Ecuador: 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: Numeral 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las

⁴ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, Actualizado a marzo de 2011, Art.303.

⁵ Dr. ROBALINO VILLAFUERTE, Vicente, “Audiencia para el diseño de la pena”, Revista Ensayos Penales, Sala Penal, Corte Nacional de Justicia Ecuador, Marzo 2013, pág. 31.

infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁶; y, Art.77.- “En todo proceso penal en que se haya privado de

la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.”⁷

La construcción de la pena se consideran o se deberían considerar la proporcionalidad e individualización, temas que a continuación detallo: sobre la proporcionalidad de la pena la Corte Nacional nos dice:

“El célebre filósofo italiano Cesare Beccaria, en su Tratado de los Delitos y las Penas, afirmaba ya en 1764: “que no solamente es interés común que no se cometan delitos, sino que sean más raros en proporción con el mal que causan a la sociedad, por consiguiente, los obstáculos que detengan a los hombres de los delitos, deben ser más fuertes a medida que sean contrarios al bien público y a medida de los impulsos que

⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito - Ecuador, 2008, Art. 76.

⁷ IBIDEM, Art. 77.

arrastran a ellos, es decir, que debe haber proporción entre los delitos y las penas.

Igualmente manifestaba que: si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles; si entre los motivos que empujan a los hombres hasta las obras más sublimes, el invisible Legislador puso el premio y la pena, de la inexacta distribución del uno y de la otra nacerá la tanto menos observada contradicción cuando más común es, de que las penas deben castigar los delitos que hayan hecho nacer. Si una pena igual se impone a dos delitos que ofenden a la sociedad desigualmente, los hombres no encontrarán obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si con ello va unida una mayor ventaja.

Kant sostenía, en la teoría del retribucionismo, que la pena retribuye el mal causado por el delito y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho.

Como se observa, ya en aquellos tiempos se establecía la íntima relación que debe existir entre el hecho delictivo y la pena que el Estado retribuye al actor del ilícito, por lo que se hace evidente que la proporcionalidad se instituye como un elemento de lo que ha de ser la intervención penal, que refleja el interés de la sociedad en imponer una sanción, pena necesaria y suficiente para la represión y la prevención de los comportamientos delictivos, así como para el establecimiento de la

garantía a favor del acusado de que no sufrirá un castigo que vaya más allá del mal causado.

Gonzalo Quintero Olivares, respecto al principio de proporcionalidad manifiesta: En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).

Este principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente ligado al principio de legalidad, y así lo ha recogido la Constitución de la República en su artículo 76 numeral 6, al mencionar que: La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales...”⁸

Sobre la individualización de la pena: “Existen tres clases de individualización, la que hace el Poder Legislativo, al fijar en la norma jurídica la sanción adecuada a cada delito, de acuerdo a la violación del bien jurídico que pretende titular y que va dirigido a todos los ciudadanos (prevención general); la segunda la individualización judicial, la realizada y operada por el juez, al momento de dictar la sentencia, desentrañando entre ese mínimo y máximo que el legislador señaló, y que aplica a un

⁸ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, sentencia Nro.005-11-SCN-CC, caso Nro.0003-11-CN, 03 de Marzo de 2011, Quito -Ecuador.

individuo en especial, concretando de esta forma, cuando menos en teoría, la pena más adecuada y que se merece en justicia el sujeto que delinquiró; y finalmente la individualización ejecutiva, la que ejerce el poder ejecutivo, la administración penitenciaria al estar ejecutando la sentencia, y que se encuentra regulada en una ley, la que regula la ejecución de la pena, conteniendo entre otros temas, los beneficios legales a que tiene derecho el recluso, el interno.”⁹

El derecho procesal penal Colombiano sobre la individualización de la pena, tenemos: Artículo 447. Individualización de la pena y sentencia.- “Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a la condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución, pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

⁹ GONZÁLEZ SALINAS, Héctor F, “Individualización de la pena”, www.criminologiaysociedad.com.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral.”¹⁰

Al no existir un procedimiento adecuado para la construcción de la pena así como medios y herramientas para facilitar el trabajo de los Juzgados y Tribunales en nuestro país es evidente que los derechos de protección del acusado o procesado detallados en la Constitución de la república son vulnerados de ahí la importancia del presente proyecto investigativo.

7. METODOLOGÍA

7.1. Métodos

En el proceso de investigación socio-jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. Es válida la concreción del método científico hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídica propuesta; pues, partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática

¹⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, procedimientopenalcolombiano.blogspot.com, Art. 447.

de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar; en el presente caso me propongo realizar una investigación socio-jurídica, que se concreta en una investigación del Derecho, tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, relativo al efecto social que cumple la norma o a la carencia de ésta en determinadas relaciones sociales o interindividuales. De modo concreto procurare establecer la importancia de modificar nuestro Código Procesal penal con la finalidad de aplicar las garantías establecidas en nuestra Constitución y el de incorporar ciertas herramientas con la finalidad que la construcción de la pena sea una realidad y no una mera expectativa.

7. 2. Procedimientos y Técnicas

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos

judiciales reforzará la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos diez personas para las encuestas y cinco personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis general.

Los resultados de la investigación empírica se presentaran en tablas, barras o gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis así como el desarrollo de las respectivas conclusiones y recomendaciones.

7. 3. Esquema Provisional del Informe

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducción al inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

✓ Acopio Teórico;

a) Marco Conceptual; La Pena, Clases de Pena, Tipos de Pena, Proporcionalidad de la pena, Individualización de la Pena.

b) Marco Jurídico- procesal penal; Constitucional, legal y derecho comparado.

c) Criterios Doctrinarios; Consulta de autores nacionales y extranjeros.

✓ Acopio Empírico;

a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas; y,

b) Presentación y análisis de los resultados de las entrevistas.

✓ Síntesis de la Investigación Jurídica;

a) Indicadores de verificación de los objetivos,

b) Contrastación de las hipótesis,

c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.

d) Deducción de conclusiones,

e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

8. CRONOGRAMA

MESES Y SEMANAS ACTIVIDADES	2013																			
	Mayo				Junio				Julio				Agosto				Sept.			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio	x																			
Elaboración del Proyecto de Investigación	x																			
Investigación Bibliográfica		x																		
Investigación de Campo					x															
Confrontación de los Resultados de la Investigación con los los Objetivos e Hipótesis												x	x							
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica																	x			
Redacción del Informe Final, Revisión y Corrección																			x	
Presentación y Socialización de los Informes Finales (tesis)																				x

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1.- Recursos Humanos:

- **Director de Tesis** : Por designarse
- **Entrevistados** : 5 profesionales concedores de la problemática.
- **Encuestados** : 10 personas seleccionadas por muestreo
- **Proponente del Proyecto:** Guillermo Fernando Salinas Ludeña.

9.2.- Recursos Materiales

Valor USD.	
• Material de oficina	\$ 60
• Bibliografía especializada (Libros, revistas, etc.)	\$ 200
• Elaboración del Proyecto	\$ 130
• Reproducción de los ejemplares del borrador	\$ 150
• Elaboración y reproducción de la tesis de grado	\$ 500
• Gastos Varios	\$ 250
Total	\$ 1.290.00

9.3.-Financiamiento:

El presupuesto de los gastos que ocasionará la presente investigación, asciende a MIL DOSCIENTOS NOVENTA DOLARES AMERICANOS, los que serán cancelados con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA.

CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heliasta, Decimoquinta Edición, Buenos Aires- Argentina, 2001.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Decimoséptima Edición, Buenos Aires- Argentina, 2005.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.

CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2008.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, Actualizado a marzo de 2011.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO, procedimientopenalcolombiano.blogspot.com, Art. 447.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, sentencia Nro.005-11-SCN-CC, caso Nro.0003-11-CN, 03 de Marzo de 2011, Quito -Ecuador.

DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL, Editorial Universidad de Talca,
NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 1997

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA, González Salinas, Héctor F,
www.criminologiaysociedad.com.

REVISTA ENSAYOS PENALES, Corte Nacional de Justicia
Ecuador, Sala Penal, Marzo 2013.

INDICE

Portada	i
Certificación	ii
Autoría.	iii
Carta de Autorización	iv
Dedicatoria.	v
Agradecimiento.	vi
1. Título.	1
2. Resumen.	2
2.1. Abstract.	4
3. Introducción.	6
4. Revisión de Literatura.	10
4.1. Marco Conceptual.	10
4.1.1. La Pena, definición, concepto.	10
4.1.2. Clasificación de las penas.	13
4.1.3. Tipos de penas.	16
4.1.4. Proporcionalidad de la pena.	19
4.1.5. La pena y su proporción.	21

4.1.6. Individualización de la pena.	23
4.2. Marco Doctrinario.	25
4.2.1. Teoría de la Pena.	25
4.2.2. Teoría Retributiva.	25
4.2.3. Teoría de prevención general.	27
4.3. Marco Jurídico.	28
4.3.1. Análisis Constitucional.	28
4.3.1.1. Principio de Proporcionalidad.	29
4.3.1.2. Interpretación Principio de Proporcionalidad.	37
4.3.1.3. Interpretación Constitucional de Individualización de la Pena.	39
4.3.2. Análisis en Materia Penal.-	40
4.3.3. Análisis en Materia Procesal Penal.-	48
4.3.4 La Ejecución de Penas y la Rehabilitación Social.-	51
4.3.5. Legislación Comparada.-	55
5. Materiales y Métodos.	63
5.1. Metodología.	63
5.2. Métodos.	63
5.3. Materiales y Técnicas.	64

6. Resultados	65
6.1. Resultados de aplicación de las encuestas.	65
6.2. Resultados de aplicación de las entrevistas.	75
7. Discusión.	79
7.1. Verificación de Objetivos.	79
7.2. Contrastación de Hipótesis.	81
7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta.	81
8. Conclusiones.	84
9. Recomendaciones.	86
9.1. Propuesta de Reforma Legal.	88
10. Bibliografía.	90
11. Anexos.	93
Índice	119