



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

Título:

“LA PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU APLICACIÓN EN LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN MATERIA PENAL”

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN CIENCIAS PENALES.

AUTOR:

ABG. LUIS FERNANDO PATIÑO PULLAGUARI

DIRECTOR:

DR. ANIBAL GUARNIZO JARAMILLO MG. SC.

LOJA – ECUADOR

2013

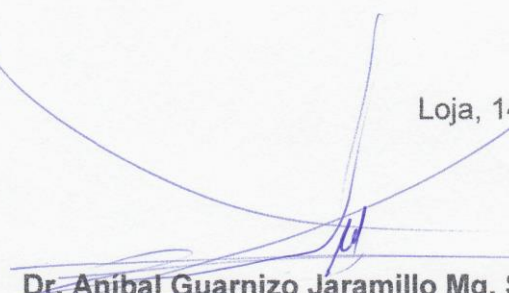
CERTIFICACIÓN

Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.
DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL AREA JURIDICA
SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE
LOJA.

CERTIFICA:

Que la presente tesis de Maestría en Ciencias Penales titulada: **“LA PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU APLICACIÓN EN LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN MATERIA PENAL”**. Elaborado por el Abg. Luis Fernando Patiño Pullaguari, ha sido desarrollada bajo mi dirección, por lo que luego de haber cumplido con los requisitos de fondo y de forma exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, se autoriza su presentación al respectivo Tribunal de Grado para los fines pertinentes.

Loja, 14 de Febrero de 2013



Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Abg. Luis Fernando Patiño Pullaguari declaro ser autor 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.

AUTORA: Luis Fernando Patiño Pullaguari

FIRMA: 

CÉDULA: 1103773741

FECHA: Loja, 30 de Septiembre de 2013

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

Yo, Abg. Luis Fernando Patiño Pullaguari declaro ser autor de la Tesis titulada: "**LA PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU APLICACIÓN EN LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN MATERIA PENAL**" Como requisito para optar al Grado de: **MAGISTER EN CIENCIAS PENALES**: 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 30 días del mes de septiembre del dos mil trece, firma el autor.

FIRMA:.....

AUTOR: Luis Fernando Patiño Pullaguari

CÉDULA: 1103773741

DIRECCIÓN: Loja, Parroquia el Valle, Av. Isidro Ayora

CORREO ELECTRÓNICO: lawyer.luisfernando@hotmail.com

TELÉFONO: CÉLULAR: 0986456650

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg Sc

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Adolfo Moreno Sánchez Mg Sc

(Presidente)

Abg. Carmen Herrera Mg Sc

(Vocal)

Dr. Pablo Guerrero Mg Sc.

(Vocal)

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedico a mi familia, en especial a mi padre señor Dr. Santos Dalecio Patiño Calero; a mi madre señora Lcda. María Carmen Pullaguari, a mis hermanas Greta, Anita y Carito, además a mi Peteta que gracias a su comprensión, apoyo y esfuerzos incansables, han sido el incentivo para mi superación y de ese modo culminar con una de las etapas primordiales de mi vida profesional.

De igual forma este trabajo tiene una dedicación especial a todas las personas que aportaron con sus conocimientos para el desarrollo de la misma, cuyos apoyos han sido constantes en la realización de mi trabajo investigativo.

Luis Fernando Patiño Pullaguari
AUTOR

AGRADECIMIENTO

Al culminar la Maestría en Ciencias Penales, quiero dejar constancia de mi profundo agradecimiento a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito las metas propuestas.

Quiero agradecer de manera especial a la Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Nivel de Postgrado, Maestría en Ciencias Penales, las cuales dan oportunidad al profesional en derecho a capacitarse profesionalmente en materia penal; a todos y cada uno de los Maestros nacionales y extranjeros, por su calidad de enseñanza y experiencia en la doctrina penal, a su ardua labor en la formación de los postulantes de magísteres en Ciencias Penales.

Dejo constancia de mi singular agradecimiento y de manera especial al señor Dr. Aníbal Guarnizo Jaramillo Mg. Sc., Director de Tesis, profesional a quien le debo mi gratitud, por la dedicación, entrega, apoyo y sabias orientaciones para dar ideas claras al impartir sus conocimientos para una mejor comprensión y desarrollo de mi tesis con éxito.

EL AUTOR

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISION DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Definición de Neoconstitucionalismo.

4.1.2 Principios Básicos del Derecho Penal.

4.1.3 La Ponderación en materia penal.

4.1.4 La Proporcionalidad de la pena.

4.1.5 La constitucionalización del ordenamiento jurídico penal

4.1.6 El principio de proporcionalidad como criterio fundamental para la constitucionalización del derecho penal.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 SITUACIÓN DOCTRINARIA DE LA PROBLEMÁTICA

4.2.2 EL Constitucionalismo en el Derecho Penal.

4.2.3 Proporcionalidad en la aplicación de la Ponderación en materia penal.

4.2.4 La Discrecionalidad del juez en la aplicación de las penas.

4.2.5 La metamorfosis del papel del Juez en el neo- constitucionalismo.

4.3 MARCO JURIDICO

4.3.1. PROBLEMÁTICA JURÍDICA

4.3.2. Análisis Constitucional de la Ponderación en materia Penal.

4.3.3. Análisis del Código Penal ecuatoriano en materia de ponderación.

4.4. LEGISLACION COMPARADA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales

5.2. Métodos

5.2.1. Técnicas

6. EXPOSICION DE RESULTADOS

6.1. Resultados de la Encuesta

6.2. Resultados de la Entrevista

6.3 ESTUDIO DE CASOS

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de Objetivos

7.1.1. Objetivo General:

7.1.2. Objetivos Específicos

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFIA

11. ANEXOS

INDICE

1. TÍTULO

**“LA PONDERACIÓN COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN EN
EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU APLICACIÓN EN LA
DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ EN MATERIA PENAL”**

2. RESUMEN

La presente Tesis se enmarca en el proceso actual que vive el Ecuador en la constitucionalización y cambio de paradigmas en la nueva corriente jurídica, en cuanto a la evolución eficaz de los derechos fundamentales, así como el sistema de Ponderación, criterios que han evolucionado con el Neoconstitucionalismo, por lo cual, el objeto de este estudio investigativo, se titula **“La ponderación como criterio de interpretación en el neoconstitucionalismo y su aplicación en la discrecionalidad del juez en materia penal”**, la investigación se orienta a la realización de un profundo estudio de carácter teórico y doctrinario en entorno a la ponderación en materia penal a fin de brindar la protección integral de los derechos fundamentales en la aplicación de la ley penal, dotando al juzgador de un lineamiento eficaz que permita cristalizar el verdadero fin de las resoluciones de la justicia, evitando la transgresión de derechos en la discrecionalidad del juez que responda a circunstancias del momento acorde a intereses superiores como es el de poder, en consecuencia bajo el criterio de ponderación en la adopción de las decisiones judiciales, no sólo el Juez de Garantías Penales tendrá reglas obligas sino los demás auxiliares de justicia como la Policía, Fiscalía, al fijar parámetros que garanticen a los operadores de justicia y a los usuarios una adecuada e indispensable administración de justicia penal que se desarrolle en el ámbito de las más elevadas aspiraciones de la sociedad que se traducen en la aplicación de una adecuada sanción.

Es por ello, que he considerado indispensable conforme a las nuevas tendencias del Derecho Penal, a la transformación Jurídica, la doctrina, la jurisprudencia y acorde a las revoluciones de carácter jurídico que vivimos en la actualidad, establecer la ponderación como una modalidad útil al servicio de la justicia, pero de mucho cuidado al momento de su aplicación de conformidad a la discrecionalidad del juzgador; que puede ser canalizada y bien utilizada con parámetros y lineamientos coercitivos que eviten la arbitrariedad, tema que con un estudio de mayor profundidad realizados por diversos tratadistas en el cual hago mención a lo largo del desarrollo de mi tesis, queda demostrado que nuestra sociedad necesita un cambio de pensamiento jurídico, que respete los derechos humanos y se haga efectiva el garantismo que la Constitución de la República nos ofrece a partir de una nueva concepción a partir de la publicación del texto de Montecristi de octubre de 2008.

De este modo estudiada la Constitución de la República del Ecuador, el Código Penal. Código de Procedimiento Penal, y analizada la encuesta realizada a 30 personas entre servidores públicos y profesionales del derecho en libre ejercicio de su profesión, se concluye que nuestra legislación adolece de insuficiencia normativa en lo que respecta a aplicación de la Ley en materia penal, de conformidad a la discrecionalidad del juzgador, lo que en muchos casos ocasiona que se cometan arbitrariedades que perjudican a los procesados, quienes incluso se encuentran amparados por tratados internacionales, suscritos por le Estado ecuatoriano, y frente a los cuales nuestro país a través de sus legisladores

debe buscar una armonía jurídica que conlleve a una adecuada y eficaz justicia.

La materia penal trata sobre un bien jurídico personal de mucha importancia para todos los seres humanos como es la libertad, la misma que se puede ver vulnerada de no existir una adecuada normativa jurídica penal que permita a nuestros jueces ser ecuanimes en la aplicación de las penas, que de una u otra manera sancionen al infractor, pero que a su vez no sea esta demasiado severa; es decir, que pague por el error cometido frente a la sociedad, pero que a su vez la sociedad no se ensañe contra este individuo a través de la aplicación de penas muy drásticas, que en vez de rehabilitar al individuo lo expongan a degradar más su personalidad. Lo cual es gravísimo para un país, que en vez de buscar soluciones sociales a fin de evitar el cometimiento de infracciones, se dedica a sancionar de manera punitiva a sus ciudadanos, a través de penas más drásticas, que no solucionan los problemas, y que más bien los agravan. Frente a este vacío jurídico propongo este trabajo investigativo, planteando un proyecto de reformas legales, al mencionado cuerpo normativo.

ABSTRACT

This thesis is part of the current process that lives in Ecuador and constitutionalization paradigm shift in the new legal power, as to the effective evolution of fundamental rights and the weighting system, criteria that have evolved over neoconstitutionalism, therefore, the purpose of this research study is titled "The weighting as interpretive in neoconstitutionalism and its application to the judge's discretion in criminal matters", the research aims at conducting a thorough study of theoretical and doctrinaire in setting the weighting in criminal matters in order to provide comprehensive protection of fundamental rights in criminal law enforcement, providing a guideline to judge effective mechanism to crystallize the true justice resolutions avoiding the violation of rights in the judge's discretion to respond to current circumstances consistent with the best interests of power and is therefore under the weight criterion in making judicial decisions, not only will Judge of Criminal but other rules compel court officers as police, prosecutor, to set parameters to ensure justice operators and users with appropriate and necessary criminal justice system is developed in the area of the highest aspirations of society result in the application of an appropriate sanction. Therefore, I have considered essential under the new trends of criminal law, the Legal transformation, doctrine, according to jurisprudence and legal revolutions we live today, setting the weighting as serving a useful modality of justice, but a lot of care at the time of application according to the discretion of the judge, that can be channeled and well used with parameters and guidelines to prevent arbitrary enforcement, subject to a further study

carried out by various writers in which I mention throughout the development of my thesis, it is demonstrated that our society needs a change of legal thought, which respects human rights and the guarantees thereof becomes effective that the Constitution offers us from a new conception from the publication of the text of Montecristi October 2008.

Thus studied the Constitution of the Republic of Ecuador, the Penal Code, Criminal Procedure Code, and analyzed the survey of 30 people between public servants and lawyers in free exercise of their profession, we conclude that our legislation is inadequately regulations regarding implementation of the Law on Criminal Matters according to the discretion of the judge, which in many cases causes any arbitrariness that harm the accused, who are even protected by international treaties, signed by him Ecuador, and against which our country through their legislators should seek legal harmony that may lead to an appropriate and effective justice.

The criminal is about a legal staff of great importance to all human beings as freedom, the same can be seen in the absence violated proper criminal legal rules allowing our judges be impartial in the application of penalties that in one way or another punishing the offender, but which itself is not too severe, that is, to pay for their mistake to society, but society turn not against this individual ensañe Through the application of drastic penalties, instead of rehabilitating the individual exposed to degrade it more personality. Which is very serious for a country, rather than social solutions to prevent the commission of offenses, is engaged in a punitive sanction its citizens through more drastic penalties, which do not solve the problems, and that rather the

worse. Against this legal vacuum propose this research work, posing a proposed legal reforms, the regulatory body said.

3. INTRODUCCIÒN

La presente tesis que pongo a vuestra consideración tiene como objetivo fundamental contribuir a la ciencia de la investigación científica, por lo que he requerido de gran esfuerzo para ayudar al enriquecimiento del acervo académico de la carrera. Comprende una propuesta de cambio a la falta de legislación respecto de la necesidad de normar eficazmente el Criterio de Ponderación, que se mantiene en el sistema jurídico punitivo vigente en el Estado Ecuatoriano. Así mismo la Investigación jurídica de la problemática planteada se inscribe dentro del Área del Derecho Procesal Penal, en dónde me propongo demostrar la necesidad de normar eficazmente el Criterio de Ponderación en nuestro país.

La acumulación de procesos, juicios sin sentencia, suspensión del proceso es el efecto negativo que conllevan las audiencias fallidas, por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico-administrativo que la controlen y prevengan en sus manifestaciones. Tomando en cuenta que el Derecho tiene un rol muy amplio como es el de contribuir a investigar, diagnosticar, asesorar, orientar, capacitar, e intervenir a favor de las personas en su acceso a los órganos de la administración de justicia, hacer respetar el debido proceso, velar porque se cumpla los principios constitucionales, de ahí la importancia de conocer eficazmente el Criterio de la Ponderación en nuestro país.

Frente a este contexto el presente trabajo se enmarca en el desarrollo de una investigación; y para poder explicar las causas y consecuencias que este fenómeno genera a la administración de justicia penal, a las víctimas y a la sociedad en general de nuestro país, misma que la realicé con un acopio teórico en el que consta el estudio de libros, revistas, doctrina, legislación comparada; así mismo un acopio empírico como la aplicación de la encuesta, la entrevista y análisis de casos, que en sus resultados han aportado con valiosos criterios que han sustentado mi tesis; y, de la síntesis que contiene un resumen de la investigación, en la cual se recrea el conocimiento consultado, la misma que la presento tanto en conclusiones, recomendaciones y una propuesta jurídica a la solución del problema. De esta manera el trabajo investigativo está estructurado en dos secciones de la siguiente manera:

Sección primera; donde consta el cuerpo del informe final de mi tesis formado por: Revisión de Literatura; Metodología aplicada; presentación de Resultados; y, la Discusión.

La Sección segunda, donde consta el trabajo de síntesis que se presenta en conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica.

Consecuentemente, me propongo como objetivo general; Realizar un estudio jurídico, teórico y doctrinal de la legislación ecuatoriana y, de manera preferente en la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal y Procedimiento Penal sobre el alcance de la discrecionalidad del Juez de

Garantías Penales en la aplicación del criterio de la Ponderación al tomar las decisiones judiciales.

Y como objetivos específicos me he planteado: Exponer los fundamentos teóricos sobre la interpretación y aplicación de las soluciones penales por parte del Órgano Jurisdiccional, a partir del análisis de los criterios de Ponderación y discrecionalidad en tan importante labor; Determinar que en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, no se ha insertado norma alguna que limite al Juez de Garantías Penales la aplicación de la Ponderación; y, Presentar propuestas de reformas al Código Procesal Penal Ecuatoriano, determinando los parámetros o límites que el Juez Penal debe atenerse al momento de la aplicación de la Ponderación como acto discrecional judicial, a efecto de garantizar un adecuado respeto a los derechos fundamentales

Como hipótesis o solución anticipada de esta cuestión, sostengo que: La Ponderación como criterio de interpretación y aplicación de las leyes penales por parte de los jueces de garantías no conoce parámetros como para garantizar un adecuado respeto a los derechos fundamentales, por lo que es necesario fijarlas a partir de la modificación al Código de Procedimiento Penal coadyuvando además a limitar la discrecionalidad judicial.

Para la realización de esta investigación empleamos el método Teórico-Jurídico, Histórico-Lógico, Derecho Comparado; y, del método científico en aplicación del deductivo e inductivo, y Como técnicas utilizamos la revisión

bibliográfica y el análisis de sentencias judiciales y la aplicación de la encuesta y entrevista.

El trabajo consta del siguiente esquema; Revisión de Literatura, en el desarrollo trataremos sobre marco conceptual, marco doctrinario y marco jurídico, el primero referido a los fundamentos teóricos generales de la Ponderación , principios básicos; y el segundo destinado a la profundización de los elementos esenciales y constitutivos de este criterio de ponderación en materia penal y el rol del juez en su aplicación mediante su discrecionalidad; el tercero nos referimos a la problemática jurídica con el análisis legal en el Derecho Constitucional como el Derecho Penal Ecuatoriano.

Como resultados de la presente investigación pretendo demostrar que hay la necesidad de incorporar en el código penal ecuatoriano el principio de ponderación en la aplicación de las penas, a efecto de que las mismas guarden una adecuada proporcionalidad, además de la fijación de un límite en los administradores de justicia en la aplicación de la Ponderación, para mejorar la laborar de los operadores de justicia y garantizar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República.

Finalmente luego de haber obtenido toda la información necesaria pongo a consideración de la Comunidad Universitaria y del H. Tribunal de Grado el Informe Final de la presente Tesis.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Definición de Neoconstitucionalismo

La definición más óptima de neoconstitucionalismo, a mi juicio, la brinda, entre varios autores, Luis Prieto Sanchís, para quien esta novísima expresión del tradicional Estado constitucional, implica; “Un cierto tipo de Estado de derecho, una teoría del derecho y una ideología que justifica o defiende la fórmula política designada, es decir, la Constitución deja de ser solo un sistema de garantías y pretende ser también un sistema de valores, una norma directiva fundamental”.¹

Por otro lado, en la misma línea de ideas puedo resaltar una clara diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente un Estado Constitucional.

Puedo inferir, al tenor de lo expuesto, una tendencia común a redefinir los criterios primigenios del Estado Constitucional, reposicionando tendencias definidas y orientadas hacia una nueva forma de entender el Derecho, a una reformulación de las premisas tradicionales en que el sistema de fuentes fue concebido. En el Estado neoconstitucional, variamos los supuestos de antaño de la forma del Estado, redefinimos la fórmula política hacia una

¹ ALEXY Robert, Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2004.

concepción más garantista de las demandas sobre derechos fundamentales y replanteamos la forma de resolver las controversias constitucionales.

Importante es notar que no se trata de una tendencia aislada. Por el contrario, se trata de una comunidad de ideas y no simplemente de una posición solitaria en la interpretación del Derecho. Creo que, por el principio de progresividad, corriente de la historia debe inclusive mejorar sus contenidos, haciéndolos inclusive más garantistas, reformando sus bases mismas para la consecución de la defensa plena de los derechos fundamentales. Estimo que si es así, entonces, no hay regresión.

La Constitución de la República juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva, sino también y entre otras razones, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado ecuatoriano que hace la Carta Magna.

Así, en la actualidad el derecho penal se entiende debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación

crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación.

Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la constitución, que ha llevado a importantes autores como WINFRIED HASSEMER a sostener por ejemplo que; “el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado está enmarcado en un proceso más amplio y más complejo, de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o nuevo-constitucionalismo.”²

Por tal motivo, quiero resaltar la necesidad de entender el contenido del Código Penal ecuatoriano, a partir del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el cual debe jugar un papel preponderante el desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena; en este sentido a continuación me referiré a:

1. Cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiende hacia su constitucionalización,
2. Cómo y en que consecuencia, el sistema penal ecuatoriano resulta igualmente constitucionalizado,
3. El papel que el principio de ponderación y proporcionalidad de las penas juega en la constitucionalización y el derecho penal; y,

² ARAGÓN REYES Manuel, Teoría de la constitución, Compilador Miguel Carbonell, Editorial Porrúa, México, 2005.

4. En qué queda la relación entre lo dispuesto en los cuerpos legales mencionados, teniendo en cuenta qué, el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

“El Constitucionalismo o Nuevo-constitucionalismo, entendido como .teoría del derecho, Intenta oponerse al positivismo clásico formal y se presenta como un fenómeno de posguerra, que pasando la mitad del siglo XX y teniendo como primeros referentes normativos la constitución alemana de 1949 y la española de 1978, construye un discurso que pretende identificar a la constitución, como un criterio de realización de valores propios de una moral política sobre la cual aparentemente se ha llegado a un consenso en occidente entiéndase derechos humanos y democracia., que sea realmente vinculante al legislador y que por lo tanto no deje a su arbitrio, dependiendo de las coyunturas políticas, el respeto material de los valores que integran dicha moral.”³

En la base de este intento se encuentra la desconfianza en el legislador como garante, por sí mismo, de los principios constitucionales y la consecuente insuficiencia de la ley en sentido formal, en cuanto límite efectivo al ejercicio del poder político, enseñanzas que pueden extraerse de experiencias trágicas como la del holocausto Nazi. La idea de constitución que subyace al nuevo constitucionalismo es producto de la conjunción de los conceptos propios de dos tradiciones diferentes. Por un lado, la idea

³ASENSI SABATER, José, Constitucionalismo y Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, Año1996

francesa continental de una constitución con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizada; por otro lado, la idea norteamericana de constitución garantizada pero sin contenido normativo. No es el momento para entrar a detallar ahora los pormenores de esta hipótesis, por el momento solamente es necesario afirmar que como resultado de este proceso, el nuevo-constitucionalismo propugna por una constitución que contenga una fuerte carga axiológica, en forma de normas jurídicas con poder vinculante directo, de tal manera que los diferentes operadores jurídicos se vean obligados por ellas sin depender necesariamente del desarrollo que el legislador les dé; así pues, al tener la norma constitucional obligatoriedad propia, se hace indispensable su exigibilidad judicial. Se tienen entonces constituciones normativas y garantizadas.

4.1.2 Principios Básicos del Derecho Penal.

Aunque la presente tesis no se concentra en el derecho penal, creo pertinente darles una idea básica de como trabaja esta parte del Derecho. Mucha gente tiene una idea errónea o infundada de lo que se hace en esta área del Derecho pero uno nunca sabe cuando va verse envuelto en una situación que tenga que ver con un delito. En ese momento deseará tener un buen abogado criminalista que domine el asunto a cabalidad. Por lo tanto debo señalar que hay tres piezas fundamentales en el derecho penal:

“1. El Código Penal, que es la ley que define cada una de las conductas que se pueden considerar delito, si no está codificado en este Código no es delito. (A excepción de las leyes especiales ej. Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, Ley de Armas, Ley de Transito, etc....) El Código Penal recoge otra información trascendental como lo es el tiempo de las penas y los principios generales del delito.

2. Las Reglas de Procedimiento Criminal define como se llevaran a cabo los procesos penales desde la denuncia hasta la apelación a una sentencia.

3. Las Reglas de Evidencia nos dice que, como y cuando se va a presentar la evidencia en un proceso penal, cuales pruebas no tiene valor por estar fuera de la ley o no haber sido autorizadas o presentadas a su debido tiempo”⁴

La Ley penal constituye el límite del ius puniendi del Estado y una garantía para el presunto delincuente. Como todas las leyes esta fundada en principios generales del derecho penal, su origen se encuentra en el pensamiento iunaturalista. Estos principios fundamentales determinan su estructura y su manera de obrar; se basa en la idea del respeto que el Estado lleva una esfera de libertad y autonomía de cada individuo concebido como ser humano único.

La constitución recoge ese principio del individualismo “La persona humana como centro y razón del orden jurídico y del estado. Los principios

⁴ BARRAGÁN ROMERO, Gil, “El control de constitucionalidad”, en Temas de derecho constitucional, Academia Ecuatoriana de derecho constitucional, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2003.

fundamentales del derecho penal que en la constitución transforma en garantías individuales son las siguientes:

No hay delito sin ley que la prevea.

No puede aplicarse una pena que no este establecida por la ley.

No puede aplicarse una pena, sino a consecuencia de un delito.

Cada pena ha de estar fijada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate, o no deberá imponerse. No puede condenarse a nadie sino en un juicio legal, no puede aplicarse una pena mediante juicio.”⁵

Estos principios implican el no poder aplicar una pena a un delincuente sin haberse seguido un juicio previo. El juicio debe ajustarse a leyes vigentes con anterioridad al hecho que origine la condena. Las penas solo puede imponerlas la autoridad judicial. De aquí y el principio de este juicio debe seguirse ante los tribunales previamente establecidos, se origina el siguiente: *No hay juez sin ley.

Si se volviera a enjuiciar a una persona por un hecho que ya fue materia de una Resolución firme se niega o se deteriora la seguridad del procesado, quien estaría expuesto en cualquier momento a ser privado de su libertad o sus bienes, razón por la que en caso de duda debe absolverse al reo, para que no se vean vulnerados los derechos de las personas, los cuales incluso están garantizados por la Convención Internacional y tratados internacionales de defensa de los derechos humanos.

⁵ BECARIA Cesar, De los Delitos y las Penas, Santiago de Cuba, Ediciones Gabinete, 1993.

4.1.3 La Ponderación en materia penal.

“Del latín ponderatĭo, la ponderación es el peso o la relevancia que tiene algo, es la atención, consideración y cuidado con que se dice o hace algo. Este concepto es habitual en los mercados bursátiles, donde se habla de la ponderación que tiene cada acción con respecto al índice. Dicha ponderación se determina al establecer una comparación con el volumen negociado.”⁶

Definición: “La ponderación, es la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene mayor peso en las circunstancias específicas; y por lo tanto determina la solución en cada caso concreto, es la manera de resolver estas colisiones entre principios o forma de aplicarlos.

Cuando el Juez o fiscal ponderan su función consiste en pesar los principios que concurren al caso concreto. Los principios tienen un peso en cada caso y ponderar consiste en determinar cuál es el peso específico de los principios.”⁷

Las personas siempre reflexionan sobre la idea de castigo la cual lleva en su seno las ideas de venganza y aflicción. Esta es una de las razones por la cual, aun hoy, la institución de la pena pública se sigue explicando convincentemente con aquellas teorías que mantienen, en mayor o menor

⁶ BODES TORRES Jorge, “El juez, la norma y el Debido Proceso”, Ponencia, Unión Nacional Juristas Cuba.

⁷ CABANELLAS Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L.

grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena. 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 de la pena.

Estas consideraciones de acuerdo a la investigación realizada, vienen adquiriendo ropajes jurídicos desde la introducción de la práctica del Talión, idea con antecedentes religiosos que proyectando una noción de equitativa retribución por el delito cometido vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público, se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada.

Hay aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius puniendi.

Pero, más allá de estas someras consideraciones de carácter preliminar, vale señalar que actualmente, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder beligerante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales. De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo un

cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e incluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.

Por otro lado, al invocar la prevención especial y el examen de la futura peligrosidad del individuo, el fundamento de la pena o de las medidas de seguridad sufre una inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria de la norma erosionando el principio de culpabilidad por el hecho, para alcanzar incluso la concretización de la mera inocuidad de la persona que va a ser castigada.

Ante esto, no es casual que autores como Novoa, entre nosotros, y Mir Puig en España, hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido. Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho. Se pretende con estos planteamientos que la dignidad del ser humano se vea así reforzadamente protegida a través de la observancia del imperativo kantiano de no instrumentalización humana.

Frente a este panorama y sin soslayar la consideración al desarrollo y evolución de los variados constructos doctrinales acerca de la naturaleza, sentido y fin de la pena, y que ya han sido ampliamente expuestos por la doctrina, en adelante, se examinará el principio de proporcionalidad en uno de aquellos ámbitos donde puede tener un mayor rendimiento, como lo es en el proceso de individualización judicial de la pena, excluyendo de este trabajo, algunas otras cuestiones interesantes que sólo a modo de ejemplo podría invocarse el de su operatividad en el ámbito de las medidas de seguridad.

En general, se tratará en lo sucesivo el problema de la virtualidad del principio en examen para acoger en su seno criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático, al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal. Específicamente, y luego de hacer un esbozo de su significado y alcance, se abordará el problema de su consagración constitucional, así como la relación con el principio de culpabilidad, y las posibilidades de su concreción en el ámbito de la individualización y aplicación de las penas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual toda solución jurídica es deducible de las premisas que ofrecen los hechos y de la norma jurídica aplicable; el neoconstitucionalismo, cambia esa forma de interpretación por la ponderación, que es materia del presente ensayo.

4.1.4 La Proporcionalidad de la pena.

Los profesores Politoff, Matus, y Ramírez, ubican al principio de proporcionalidad junto con el de legalidad, última ratio, el principio de lesividad y tutela de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad, dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal. Sin mencionar directamente que se trata de un principio constitucional, justifican su existencia invocando razones de lógica y de justicia material señalando que "este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hechor".⁸

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt sostiene al abordar el concepto de culpabilidad como pilar básico de un Derecho penal moderno que éste elemento limita el ejercicio del ius puniendi en tanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad. La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que: a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable. Resulta entonces necesario, trazar una línea divisoria entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad. Si bien, tanto uno como el otro pueden diferenciarse claramente en el momento de conminación legal, cuando adviene el momento de aplicación e individualización de la pena en el caso

⁸ DERSHOWITZ Alan, Rights from Wrongs, Basic Books, New York, 2005.

concreto ambos conceptos sufren una cierta difuminación y se diluyen entre sí, porque naturalmente el juez en este momento atiende no sólo a la gravedad del hecho sino que también observa la culpabilidad concreta del autor.

Como advierte Aguado Correa el principio de culpabilidad se refiere a la atribuibilidad del hecho mientras que la proporcionalidad afecta más bien al injusto. Así, los problemas de inadecuación entre la gravedad del hecho y el autor de la pena no se circunscriben a la esfera de la culpabilidad sino más bien a la de antijuricidad de la conducta. “Esto porque la culpabilidad no proporcionaría los elementos de análisis necesarios para dar luz acerca de la gravedad del hecho cometido ya que dicho principio no es más que un conjunto de condiciones que posibilitan la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor.”⁹

Además, el principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad entre crimen y castigo, aunque algunos incluyen la proporcionalidad como uno de los aspectos de la culpabilidad. Tampoco puede pretenderse la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad. El problema radica en que las dosis de injusto y de culpabilidad no coinciden siempre, su operatividad en el sistema tiene lugar en planos distintos. Una conducta de extrema gravedad puede estar acompañada de una escasa o nula culpabilidad, como el caso de la madre que mata a su hijo en un estado de plena inimputabilidad; y viceversa, como

⁹ DIEZ PICAZO, Constitución, Ley. Juez, Revista española de Derecho Constitucional

en el caso de un sujeto de situación favorable socio económicamente, y plenamente motivable por la norma, que comete un inicuo hurto falta para dar de alimento a sus hijos.

De todos modos, el Juez siempre debe examinar previamente la gravedad del injusto antes de entrar a valorar en qué medida aquello es atribuible al autor, en tanto en cuanto la culpabilidad es una categoría cuya función es amparar en su seno aquellos elementos del delito que refieren a su autor y que no pertenecen ni al tipo ni a la antijuricidad, pero que también son necesarios para el merecimiento de la pena. A mayor abundamiento, en la relación con el principio de culpabilidad, hay que señalar que con el principio de proporcionalidad se entrecruzan las exigencias vinculadas a las ideas de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales. De este modo, y desde el punto de vista retributivo, nace la necesidad de que la pena sea no inferior a la exigida por la idea de justicia y que su imposición no se traduzca en una pena más grave a la requerida por la gravedad del delito; aquí debe destacarse la opinión de Santiago Mir Puig en el sentido de que “la proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva. De este modo, aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvanece. La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la

sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan, ya que la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general. “¹⁰

Resulta entonces que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena. Generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si la misma no está orientada a un fin. La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica, implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma.

La racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo; dependiendo del fin que se estime como preponderante, el resultado final de la cuantificación puede variar sustancialmente. El problema es que en la ciencia penal no se ha llegado a soluciones totalmente firmes, por lo que se hace particularmente complejo exigir al Juez que supla dicha ausencia.

Por un lado, el principio de proporcionalidad establece la imperatividad del castigo, y por el otro, lo viene a limitar. Si bien el primer aspecto ha sido bombardeado de críticas, siendo actualmente de difícil fundamentación, el segundo aspecto, ha sobrevivido por la conveniencia político criminal que significa la mantención de una prohibición de penas desproporcionadas.

¹⁰ FERRAJOLI Luigi, Epistemología Jurídica y Garantismo, Distribuciones Fontamara, México, 2006

En fin, la idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes. Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves. Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos. En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad. En todo caso, sea retribución, prevención general o especial, en cualquiera de sus modalidades o formulaciones, o bien, una mixtura o unificación entre ellas, lo que no puede negarse es que dichos criterios deben estar sometidos siempre a los actuales principios que exigen una intervención penal dirigida a salvaguardar intereses socialmente relevantes y necesitados de prevención, es decir bajo el principio de intervención mínima.

4.1.5 La Constitucionalización del ordenamiento jurídico penal.

En el contexto de un ordenamiento jurídico constitucionalizado como el que pretende ser el ecuatoriano, con todas las características ya mencionadas, pero en especial, con el lugar preponderante que ocupan los principios y derechos fundamentales, la dogmática jurídico penal debe tomar la forma de una ciencia o dogmática lógico-axiológica, en la que al tiempo que se impone el análisis lógico de las normas de acuerdo con el derecho positivo

buscando su coherencia sistemática, también se exige indagar por su corrección desde el punto de vista axiológico, teniendo como referente las normas superiores, es decir los derechos humanos y la equidad. “En consecuencia, al incorporar normas con rango constitucional que son de textura abierta, como ocurre con los principios y derechos constitucionales; que deben tener aplicabilidad judicial y que de hecho su cumplimiento por todas las autoridades del Estado es exigible judicialmente; que adicionalmente limitan al legislador y que ni siquiera él puede disponer injustificadamente de su contenido y que se introducen en los diferentes ámbitos de la legislación orientando su interpretación; ocurre un importante e innegable cambio en la configuración de las diferentes fuentes del derecho.”¹¹

En este sentido puedo afirmar que el nuevo-constitucionalismo se ubica dentro de lo que se denomina corrientes anti formalistas, en las que se pone en duda el valor incuestionable de la ley en sentido formal como fuente única o más adecuada para la solución de casos concretos, surgiendo entonces alternativas diferentes para la organización o distribución del poder político a través de la posibilidad de definir lo jurídico, especialmente rescatándose el papel de los jueces y la jurisprudencia en su labor de interpretación y salvaguarda de la Constitución.

Y es que, si entendemos la Constitución como lo hace el constitucionalismo moderno, debemos aceptar el rol activo del Juez en la creación del derecho, a quien no se le puede negar un amplio (aunque no arbitrario) margen de

¹¹ FUNDACIÓN ESQUEL USAID, Nuevo Sistema Procesal Penal. Ecuador. 2003.

acción en la interpretación de las normas, tanto de las ordinarias -puesto que debe acceder a ellas con un sentido crítico-valorativo que le permita cumplir y respetar los principios y derechos constitucionales con su aplicación- como de las constitucionales -ya que al estar formuladas en forma de principios el juez debe acudir a herramientas hermenéuticas como la ponderación para poder derivar de ellas efectos concretos.

Negar esta posibilidad no sería nada distinto que dejar a los principios y derechos constitucionales escritos como meras expectativas sin ninguna fuerza normativa o jurídica real; simplemente su cumplimiento quedaría sujeto a la voluntad exclusiva del legislador, aceptándose acríticamente sus determinaciones, lo cual conlleva a suponerlas correctas desde el punto de vista del deber ser del derecho o a entender lo relacionado con ese deber ser, como algo ajeno a lo jurídico y propio únicamente de la moral, relacionando la validez de las normas solamente con criterio formales.

Este esquema constitucionalizado del ordenamiento jurídico debe tener consecuencias reales y palpables en las diferentes ramas del derecho, especialmente en el ámbito del derecho penal, siendo este la forma más agresiva que tiene el Estado de Derecho para ordenar el comportamiento de las personas. Pero indudablemente tal posición genera no pocos reparos, en especial tratándose del derecho penal, en donde este tipo de razonamiento parece relativizar garantías clásicas y de suma importancia, especialmente el principio de legalidad.

Sin embargo, desde el punto de vista del sistema punitivo, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado la ley sigue siendo garantía de todas las personas, puesto que la máxima, no hay pena ni delito sin ley, mantiene plena vigencia; lo que sucede es que el Juez debe dejar de ser un autómeta, estando en capacidad de realizar una interpretación constitucional válida de la norma penal que debe aplicar, para salvar mediante el recurso a los principios constitucionales, los vacíos o contradicciones a los que la ley penal puede conducir al ser aplicada ciegamente.

El principio de legalidad se mantiene incólume, pues la facultad de interpretación en cabeza del juez no le permite punir por encima o más allá de la ley, pero si le permite modular los efectos o alcance de la aplicación de la ley penal, bien sea para dejar de sancionar o para sancionar menos, siempre que el caso concreto sea susceptible de una argumentación racional con validez constitucional, que por ejemplo permita, evitar la imposición de una pena que causaría un daño injustificado. Con la constitucionalización del ordenamiento jurídico, tenemos que hablar entonces de un principio de estricta legalidad, en el que por encima del acatamiento formal e irrestricto de la ley, se busque su cumplimiento dotado de validez constitucional, es decir anclarse en firmes referentes materiales de valor encarnados en la persona humana, orientado por el principio pro-homine.

Así las cosas, la conexión entre la dogmática penal y la constitución, en los términos aquí referidos, pueden comenzarse a cimentar desde la teoría del delito a partir de tres aspectos que considero fundamentales para estos efectos, los cuales estarían dirigidos tanto al legislador como al juez.

“En primer lugar construyendo el injusto penal lo cual debería reflejarse en todas las disposiciones de la parte especial del Código, entendiendo los tipos penales como formas de limitación de la libertad general de acción y que por lo tanto únicamente serán legítimos desde el punto de vista constitucional mientras estén orientados a proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional fundamental funcional a la protección de tales derechos, lo que supone la prevalencia de un injusto objetivo determinado de manera preponderante por el desvalor de resultado de la libertad general de acción y que por lo tanto únicamente serán legítimos desde el punto de vista constitucional mientras estén orientados a .proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional fundamental funcional a la protección de tales derechos, lo que supone la prevalencia de un injusto objetivo determinado de manera preponderante por el desvalor de resultado.

En segundo lugar, rescatando el concepto de exigibilidad de otra conducta como componente esencial del concepto normativo de culpabilidad, interpretándolo con miras a realizar el principio de la dignidad humana, lo que implicaría tomarse en serio en el escenario judicial, qué tipo de comportamientos le es legítimo a un Estado democrático exigir a sus ciudadanos teniendo en cuenta las circunstancias reales en las que actúan y las necesidades y carencias a las que el mismo Estado ha contribuido, para poder formular con validez constitucional el juicio de reproche que llevará consigo la atribución de responsabilidad penal.

Y en tercer lugar, aceptar como requisitos indispensables para la imposición de la sanción penal, la orientación que en términos constitucionales imponen los principios enunciados en el Código Penal ecuatoriano, asumiendo que el juez penal dentro de sus consideraciones debería tener en cuenta siempre, la pregunta por la justificación de la sanción, en términos de su necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la constatación formal de las categorías dogmáticas que integran la estructura del delito.”¹²

4.1.6 El principio de proporcionalidad como criterio fundamental para la constitucionalización del derecho penal.

“En el Estado constitucional se incorporan los valores que legitiman externamente al ordenamiento jurídico, en forma de normas positivas con rango constitucional, bajo la modalidad de principios; en el derecho penal, algunos de estos valores constitucionales, también son formulados dentro de los propios códigos bajo el título de normas rectoras, las cuales son entonces reflejo del contenido axiológico que la constitución impone al sistema penal, como parámetros de legitimación y límite al ejercicio del ius puniendi. De aquí la importancia de los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, que orientan la aplicación de las penas y que se encuentran enunciados en nuestro Código Penal.”¹³

A mi modo de ver en este contexto, las ideas de vigencia y validez de las normas se separan, la primera haciendo referencia al cumplimiento de los requisitos formales que imponen los preceptos superiores que indican la

¹² JARAMILLO Juan, Alfredo, “La Práctica Forense y Casos Penales”, Ecuador, 2004.

¹³ KELSEN Hans, “Teoría pura del derecho”, Editorial Porrúa, México, 2007

forma de producción del derecho, la segunda, apuntando a la compatibilidad del contenido de la ley con los principios y derechos constitucionales.

Esto debe incidir necesariamente en las sentencias judiciales, en especial en materia penal, ya que el juez no debería dar cuenta solamente y de manera mecánica de las normas legales que aplica, sino que debería buscar dotar de validez constitucional su decisión a partir de la interpretación, que desde el punto vista axiológico y siguiendo las pautas fijadas por la Constitución, haga de ellas; tratándose de normas que contemplan delitos y penas, esto implica preguntarse en todos los casos, por la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad de la sanción, sin limitarse solamente a aquellos eventos en que expresamente el Código Penal parece autorizar al operador judicial a tener en cuenta la necesidad, de acuerdo con lo estipulado en el mismo Código. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que lo desarrollan.

Con relación al principio de proporcionalidad en materia penal, debemos enfatizar que adquiere una importancia mayúscula teniendo en cuenta la relación del derecho punitivo con los derechos fundamentales. Se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad, es la regla general y sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Además, en este caso, las restricciones deben ser proporcionadas.

“El principio de proporcionalidad implica que en el derecho penal de un Estado constitucionalizado, no puede haber normas que consagren delitos

sin fundamento alguno, ni tampoco penas excesivas. Dado que el Estado debe recurrir al derecho penal en tanto mecanismo último para la protección de derechos fundamentales al tiempo que con este recurso también los limita, el principio de proporcionalidad se erige como criterio que fundamenta la prohibición de exceso a través de la intervención del derecho penal en los derechos de las personas incluso para algunos también como una prohibición de protección penal deficiente de esos mismos derechos, la proporcionalidad así se convierte en el elemento discursivo con el cual se pretende darle al derecho penal el alcance indispensable para que pueda cumplir con su finalidad, causando el menor daño posible.”¹⁴

El principio de proporcionalidad no ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, sin embargo, en materia penal, se ha orientado solamente como límite de la actividad del legislador en la definición de las penas y de los delitos a partir de categorías como la anti juridicidad material, el concepto de bien jurídico y la culpabilidad, adicionalmente se ha referido a la justificación constitucional de la limitación de los derechos fundamentales en el curso del proceso penal, extrañándose la concreción del principio en materia de determinación judicial de la pena, más allá del seguimiento de las prescripciones legales.

Siguiendo la teoría externa de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, constituye el criterio constitucionalmente válido para determinar si la limitación de un derecho fundamental se encuentra

¹⁴ PRIETO SANCHÍS Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

justificada o no. “En su dimensión de prohibición de exceso, la proporcionalidad está integrada por tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

La idoneidad hace referencia a que la medida que limita un derecho fundamental, para nuestro caso la pena, debe ser idónea materialmente hablando para la consecución de un fin constitucionalmente válido; si aceptamos que el derecho penal busca la protección de bienes jurídicos los cuales deben tener un referente con relevancia constitucional, la idoneidad de la pena en el caso concreto deberá determinarse de acuerdo con los fines preventivos tal y como lo dispone el Código Penal; a su turno, la necesidad implica que no debe existir un mecanismo menos lesivo para los derechos fundamentales y que sea igualmente idóneo, aquí es importante la reflexión en torno de los subrogados penales y los mecanismos de justicia restaurativa como sustitutos de la pena privativa de la libertad; en tercer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto exige que .para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir la protección del bien jurídico) debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental, para que de este modo no se vea afectado el más grande bien jurídico que tenemos todos los ciudadanos como es la libertad tantas veces consagrada en nuestro país”¹⁵

¹⁵ PEREIRA MENAUT. “Teoría Constitucional”, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006.

La Corte constitucional de nuestro país ha dicho que es posible para el Estado limitar un derecho fundamental cuando colisiona con otro, pero que esa limitación para ser válida, debe ser proporcional, lo que podrá ser determinado si se cumplen los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales en la teoría del delito deben orientar la argumentación del juez a propósito de la anti juridicidad material de la conducta y el grado de culpabilidad, con miras a los fines que se pretende cumplir con la pena y así decidir sobre su imposición y dosificación.

Como hemos visto, la proporcionalidad a secas incluye como sub-principio la necesidad, luego la restricción que impone al juez hacer un verdadero juicio de proporcionalidad para la imposición de la sanción penal, entendiéndola como limitación grave de derechos fundamentales.

Se restringe de esta forma la posibilidad del juez de hacer un ejercicio argumentativo en torno a la proporcionalidad, al limitar la consideración de la necesidad a unos pocos casos predeterminados por el legislador; creemos que es precisamente en este escenario, en donde de acuerdo con la lógica del Estado constitucional, se hace más pertinente la argumentación pública del juez a través de la sentencia sobre la proporcionalidad y por consiguiente sobre la justificación de la sanción penal, la cual no es posible si no se permite la reflexión sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Es insuficiente la confianza ciega en la decisión previamente tomada por el legislador sobre la necesidad de la pena en todos los casos,

en donde exista una explicación dogmática formal de la ocurrencia de un delito.

“Podrá objetarse que, con esto se genera inseguridad jurídica y que constituye un quebranto del principio de legalidad de los delitos y de las penas, lo cual finalmente es una garantía también fundamental, para que la libertad no quede al arbitrio de ninguna autoridad ni siquiera a la de un juez, sin embargo hay que insistir en que esta afirmación, sin querer quitarle importancia ni mitigar el principio de legalidad, demuestra la desconfianza hacia al juez propia del estado liberal-positivista y formalista; dentro de la dinámica del Estado constitucional que exige la existencia de normas jurídicas que positivizan principios y derechos de rango constitucional, siendo estas normas de textura abierta, lo que implica un rol diferente encabeza el juez, debemos aceptar la actividad proactiva de la judicatura, constituyéndose la exigencia de argumentación constitucional, en el mejor control para salvaguardar el principio de legalidad, argumentación que gira en torno al principio de proporcionalidad el cual lleva inmerso el de necesidad; para esto es indudable que los jueces deben estar suficientemente capacitados en materia de derechos fundamentales, argumentación e interpretación jurídica, para que de esta manera puedan valorarlos o ponderarlos al momento de aplicarlos, tomando en consideración que existen derechos que prevalecen sobre otros como la libertad de las personas, que es un bien único e irreparable”¹⁶

¹⁶ MONTYESQUIEU, El espíritu de las Leyes, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.

En este orden de ideas, el análisis del principio de proporcionalidad en la imposición de las penas, no puede restringirse de antemano por el legislador como lo hace el Código Penal Ecuatoriano, limitando la referencia a la necesidad a unos pocos casos. Esto podría sugerir, que simplemente con tener en cuenta la fórmula y los criterios para la dosificación punitiva establecidos en el Código Penal, se cumple con el principio de proporcionalidad en la imposición de la pena; de ser así, lo cual para muchos puede ser lógico sobre todo si se trata de salvaguardar el principio democrático y de legalidad, queda la pregunta de cómo debe jugar la consideración en torno al caso concreto y las particularidades del agente, en la determinación de la pena.

El principio de proporcionalidad, en los términos como ha sido definido por la Corte Constitucional, exige para poderse concretar que el juez considere la realidad en la cual están siendo limitados los derechos fundamentales de una persona, de hecho el mismo Código Penal hace referencia a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir, entre otros criterios, para individualizar la sanción una vez se ha establecido el cuarto de movilidad punitiva; sin embargo para que todos estos criterios puedan ser verdaderos requisitos de motivación que el juez deba cumplir al imponer la pena, requieren tener en cuenta el caso concreto, tanto a la situación como al sujeto y el contenido del principio de proporcionalidad ya explicado, lo que impediría dejar de lado la pregunta por la necesidad.

Esto conduce necesariamente a aceptar que el principio de proporcionalidad no es relevante solamente en la actividad desplegada por el legislador, lo es también en la del juez, concretamente al momento de imposición de la sanción penal. La pregunta siguiente sería entonces: ¿qué sucede si al concretar los criterios que establece el código para la individualización de la pena, siguiendo el principio de proporcionalidad, el juez concluye que la sanción no está justificada desde el punto de vista constitucional? Las opciones son dos:

1. Imponer la pena pese a la carencia de una justificación constitucional, aunque la puede tener desde el punto de vista sistémico dogmático seguramente para mantener incólume el principio de legalidad formal o;
2. Prescindir de la pena o incluso imponerla por debajo del mínimo legal, buscando adoptar una justificación constitucional de la decisión judicial, siguiendo el principio de estricta legalidad.

Existen sentencias dictadas por la Corte Constitucional en las que hace referencia a la necesidad de la pena, afirmando que en un Estado democrático, no pueden imponerse penas que resulten desproporcionadas o inútiles desde el punto de vista de su utilidad social, pero en todo caso mantiene la postura tradicional, al suponer satisfecho el principio de proporcionalidad en la medida en que el juez se mueva únicamente entre los extremos punitivos fijados por el legislador. Insisto nuevamente, en un Estado constitucional el límite máximo es infranqueable, pero sostengo que en virtud de la aplicación constitucional de los principios de proporcionalidad

y necesidad, el límite mínimo puede ser relativizado, con el fin de evitar afectaciones injustificadas en los derechos fundamentales del condenado.

Teniendo en cuenta los problemas que surgen del análisis de la culpabilidad, tengo que reiterar entonces que el solo juicio de reproche no es suficiente para la imposición de la pena, por esto se debe recurrir a los principios que la orientan, lo cual conduce a preguntarse por sus fines. La condena será legítima siempre y cuando esté presente en su motivación la ponderación de los intereses y derechos que se ven afectados y que están en contraposición, ejercicio en el cual el principio de proporcionalidad deberá jugar un papel preponderante, como un mínimo argumentativo que ponga de presente en todos los casos la idoneidad de la medida, la proporcionalidad en sentido estricto y su necesidad; solo con estos tres criterios, es posible dotar de validez democrática y política la imposición de una sanción penal, muy seguramente sin superar los problemas que se han puesto de presente con los debates en torno a la culpabilidad y a los fines de la pena, pero si consolidando la decisión judicial con una mayor solidez y al mismo tiempo dando mayores garantías con miras al procesado, frente a quien la imposición o no de la sanción penal deberá estar motivada desde el punto de vista constitucional, de forma complementaria a la argumentación formal sobre la tipicidad, la anti juridicidad y la culpabilidad.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 SITUACION DOCTRINARIA DE LA PROBLEMÁTICA

4.2.2 EL Constitucionalismo en el Derecho Penal.

La Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, propugna que, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, circunstancia que, pone de relieve la doctrina del Neoconstitucionalismo; consecuentemente, el texto constitucional deja de ser una mera proclamación de principios y reglas, puesto que ya no se limita a establecer competencias o separar las funciones del aparato estatal, sino que, es una norma jurídica, cuyo contenido axiológico es de cumplimiento directo; y, ha sido adoptada por el Constituyente, transformándola eminentemente en un orden jurídico, democrático, plural e incluyente.

Las características primordiales del Estado constitucional de derechos y justicia, aluden a las siguientes premisas:

- a) Valor en vez de norma
- b) Ponderación en reemplazo de la subsunción, para efectos de la Interpretación.
- c) Papel preponderante de la justicia constitucional, cuyo centro decisorio es la Constitución.

Bajo los argumentos esgrimidos, y por tratarse del tema central de la presente tesis, he de expresar que, la interpretación, en el ámbito del Derecho Constitucional, debe dejar de ser conceptuada como una simple actividad cognoscitiva que pretende descubrir el sentido de la norma, toda vez que, la hermenéutica constitucional, merced a las transformaciones políticas y sociales, adquiere un papel decisivo y trascendental, tendiente no sólo a precautelar sino incluso a garantizar el progreso de los derechos fundamentales. Al respecto, la Constitución de la República, prescribe:

Art. 427. “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.- En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional.

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.- Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.¹⁷

Por su parte, el numeral 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, estatuye: Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento. Optimización de los principios constitucionales. La creación, interpretación y aplicación del derecho, deberá orientarse al cumplimiento y optimización de los principios

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, octubre de 2009.

constitucionales. Evidentemente, las Constituciones modernas, están contenidas por principios más que por reglas; de ahí que, ante el particular de que existan derechos que, podrían entrar en conflicto, es preciso acudir al método interpretativo de la ponderación y la razonabilidad, lo cual implica que, ninguno de los principios y/o normas en conflicto, pierde su validez, sino que, dentro del caso concreto, el juez constitucional, pondera los bienes jurídicos en controversia, bajo la disposición, establecida en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala:

Art. 3.- “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Ponderación, se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de un derecho o principio” ¹⁸

El profesor Guastini, se refiere al método de la ponderación así: “ponderar no significa conciliar, atemperar, o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución intermedia, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto, y que de algún modo aplique o sacrifique

¹⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales de Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones.

parcialmente a ambos.- La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio, aplicando otro”¹⁹

La ponderación se efectúa con base, en el peso que cada principio adquiere en el caso concreto, para tal efecto, es menester que las autoridades competentes, tomen en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Grado de no satisfacción o posible afectación de los principios y/o derechos.
- b) Importancia de la satisfacción del principio o derecho que se discute en sentido contrario.
- c) La trascendencia de que, la satisfacción del principio y/o derecho contrario, justifica la no satisfacción del otro.

Vale indicar que, en el Derecho Anglosajón, la ponderación de principios, se la realiza a través de lo que se denomina, que genera que uno de los principios ceda al otro, sin que ello, signifique declarar la invalidez del principio en conflicto, con lo cual queda demostrado la aplicación de la proporcionalidad al momento de la aplicación de las penas, es decir realizan una ponderación de la infracción y la sanción.

El Tribunal Constitucional Español, respecto a la colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, en su sentencia No. 158-2003 de 15 de diciembre de 2003, se pronunció: “Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina, en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor (...). Dicha

¹⁹ MEMORIAS, XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Colombia, Editorial LEYER, 2006.

doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento jurídico juega la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático.

El valor preferente o prevalente de este derecho, ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales. De ahí que, hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor, garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos de relevancia pública, en el sentido de noticiables y a que dicha información sea veraz”.²⁰

No es propicia la oportunidad para esbozar un análisis valorativo inherente al contexto del fallo transcrito, pues, el fin de este artículo es proporcionar un ejemplo práctico de la utilización del método de la ponderación, a través de la Jurisprudencia comparada con otras legislaciones de países vecinos e incluso europeos dónde ya se aplica la ponderación desde hace varios años. La ponderación en materia constitucional debe propender a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, de ahí que, no se trata de establecer jerarquías o prelaciones entre principios, sino de conjugar desde la situación jurídica creada ambos derechos, pensando en su eficacia

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Barcelona España, Año 2005.

recíproca para decidir y dar preeminencia al que más se ajuste a la Constitución y a la vigencia del Estado constitucional de derechos.

4.2.3 Proporcionalidad en la aplicación de la Ponderación en materia penal.

Frente a la amplia tendencia a extender el arbitrio judicial en el proceso de determinación judicial de la pena, y a una todavía incipiente teoría de la individualización de la pena en sentido dogmático, nace la necesidad de responder a la pregunta de si el principio de proporcionalidad tiene la potencialidad de protagonizar un rol relevante para el despliegue de un Derecho penal racional que pueda legitimarse al menos provisoriamente en espera de otras soluciones idóneas. Para ello debemos previamente dar una visión general de nuestro sistema legal de individualización de las penas.

Criterios objetivos.

“Los aspectos objetivos del hecho punible, pueden variar desde la específica entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión (empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre la víctima, la recalcitrante tenacidad del agente, grado de energía desplegada en la actividad, o en los casos de omisión, el grado de infracción al deber, el grado de energía desplegada por el victimario, la unidad o pluralidad de víctimas, la ulterior situación de esta o

de su familia, etc.). En fin todos aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena.”²¹

Criterios subjetivos.

Se pueden categorizar aquí la calidad de los motivos determinantes, el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, aquí vale lo que en general se ha dicho en Alemania en cuanto a que "la valoración de la persona del autor se puede tomar en cuenta sobre todo en la circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí.

También, se pueden agregar las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima si y sólo si han influido directamente en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, o bien durante el proceso penal mismo. Finalmente, reitero la idea de que debe prescindirse de toda consideración a ejercicios o pronósticos de peligrosidad futura.

La medida de la pena no puede ser incrementada en función de consideraciones prospectivas, sino en función del grado de afectación social y de acuerdo al principio de ponderación.

Este enfoque tiene la característica de ser eminentemente retrospectivo, como en el modelo planteado por Hornle dentro del denominado movimiento neo proporcionalista. Una orientación a la teoría jurídica del delito que se dirija a someter la magnitud de la pena a lo que arroje la valoración sobre el

²¹ TORRES Chaves, Efraín, "Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal", Segunda Edición.

hecho cometido, y con prescindencia en la determinación judicial de la pena de toda consideración preventivo especial, y de aquellos elementos que se relacionen con la personalidad del autor. En este modelo deben prevalecer el desvalor de resultado y la afectación al bien jurídico. Esto no quiere decir que sólo se valore a la víctima y sus circunstancias sino que también se debe ponderar el hecho en su relación con el orden social. Es decir, considerar la dimensión inter subjetiva del delito.”²²

Para finalizar este apartado, cabe preguntarse qué ocurre con la vulneración de este principio y si puede el juez dejar de aplicar una pena señalada por la ley en virtud del principio de proporcionalidad. Para responder a lo primero, es claro que si el juez aplica una pena mayor que la señalada por la ley procede el recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, por tratarse de una vulneración al principio de legalidad. En cuanto a la vulneración concreta del principio de proporcionalidad, esta no tiene la autonomía necesaria para ser causal de un recurso por inconstitucionalidad, sino que debe necesariamente vincularse como hemos dicho a otros principios que sí están directamente protegidos, aunque sus criterios bien pueden servir de base para la discusión en la determinación de la pena.

A la segunda interrogante, y ante la evidente insuficiencia legal para asegurar la plena operatividad del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena, parece necesaria una reforma legal que introduzca expresamente la posibilidad de que el juez pueda

²² VIDAL PRADO, Carlos: “Derechos a la Tutela Judicial Efectiva”, en *Derecho Constitucional III*, editorial Colex, Madrid, 2003.

prescindir de la pena cuando esta sea evidentemente desproporcionada o no resulte necesaria.

Esto es lo que ocurre en Alemania, donde varias disposiciones permiten al juez, a pesar de que ya se encuentre establecido el hecho materialmente punible, atenuar o bien prescindir de la pena por consideraciones de interés público, intereses de política criminal, e incluso, por la presencia de un efectivo arrepentimiento.

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 un 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 procesal.

Siendo imposible dar una relación exhaustiva de todas estas circunstancias, en tanto en cuanto cada delito y la forma en que se despliega en la realidad puede tomar una infinidad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explicita cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del individuo, especialmente en lo que dice relación con su libertad personal.

Todo lo anterior, además de proporcionar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad a la actividad judicial posee varias ventajas. Entre ellas, puedo señalar la posibilidad de disminuir el riesgo de que el juez determine la pena única y exclusivamente en función del grado de impresión que le produjo el hecho, o que en razón de adecuar la pena a la gravedad del hecho recurran a prácticas altamente cuestionables como la recurrir a su sólo arbitrio en el momento de la calificación jurídica del hecho adoptando

decisiones de difícil sustento teórico, o bien, haciendo uso de atenuantes o eximentes incompletas de modo artificioso e incluso recurrir a la libertad de prueba dada por el Código procesal penal, con el riesgo de ser impugnada su decisión por la vía del recurso de nulidad.

Surge entonces la respuesta planteada al comienzo de esta tesis. Dada estas consideraciones, se observa claramente que la operatividad del principio de proporcionalidad tiene un rico terreno para ser desplegada, y por ende, tener plena vigencia, tal como se manifiesta en el ámbito de la proporcionalidad abstracta.

Esto se refuerza con la idea de que ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del ius puniendi.

4.2.4 La Discrecionalidad del juez en la aplicación de las penas.

No creo que pueda negarse el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que comporta el juicio de ponderación. Cada uno de los pasos o fases del proceso penal supone un llamamiento al ejercicio de valoraciones cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o decisión enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos o empíricos; cuando se interroga sobre la posible

existencia de otras intervenciones menos gravosas, tarea en la que el juez ha de asumir el papel de un diligente legislador a la búsqueda de lo más apropiado; y en fin y sobre todo, cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación coste beneficio resulta casi inevitable.

“En suma, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho, al menos la indeterminación ante que es la única que aquí interesa. Ni los jueces tampoco la sociedad comparten una moral objetiva y conocida, ni son coherentes en sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de Derecho y moral para solucionar los casos, ni, en fin, argumentan siempre racionalmente; y ello tal vez se agrave en el caso de la ponderación donde las circunstancias del caso que han de ser tomadas en consideración constituyen una variable de difícil determinación, y donde el establecimiento de una jerarquía móvil descansa irremediablemente en un juicio de valor.”²³

Lo dicho tampoco significa que la ponderación sea meramente un traje vistoso con el que se pueda encubrir la desnuda arbitrariedad judicial; que no pueda presentarse como la mecánica subsunción a partir de normas constitucionales cerradas y concluyentes no es equivalente a irracionalidad. Es una operación que se pretende controlable y ajustada a ciertos cánones, pero es una operación que quizás en su parte esencial se efectúa sin red normativa a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo.

²³ MANCERO Carrasco, Hugo, “Responsabilidad de los Jueces”, Ecuador, 2003

Del análisis minucioso realizado a nuestra Constitución, puedo deducir que la misma no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro, entraña sin duda una valoración; valoración en la que aunque no se quiera pesará la importancia que cada intérprete concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia cuantificación de costes y beneficios en el caso concreto.

El ex Tribunal Constitucional de nuestro país hoy Corte Constitucional, a propósito de un recurso de amparo en defensa de la libertad de expresión, dice que el juez no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí a motivar y razonar su decisión sobre la base del reconocimiento del conflicto. Luego la obligación en cuestión parece derivar, no tanto de una normativa constitucional que nada dice sobre el particular, esto es, que nada dice acerca de la jerarquía de los derechos en pugna, sino de una exigencia suplementaria de argumentación.

A mi juicio, la ponderación es una consecuencia de la vinculación directa y universal de los principios y derechos, y si bien no garantiza una respuesta para todo problema práctico, sí nos indica qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien en pugna.

Como dice Alexy en este mismo sentido, “las objeciones de irracionalidad o subjetivismo valen en la medida en que con ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado. Pero no valen en la medida en que de ellas se infiera que la ponderación no es un procedimiento racional o es irracional”.

“En suma, que exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el pálpito o la corazonada. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si no tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad; al igual que ocurre siempre que carecemos de una única respuesta correcta, la universalización obliga a considerar todas las circunstancias relevantes y a justificar a la vista de ellas una solución susceptible de ser asumida en el futuro por todos y, en primer lugar, por el propio juez.”²⁴

Por eso, aunque las críticas de subjetivismo no puedan ser eliminadas, tal vez sí deban matizarse. En primer lugar, porque no nos movemos en el plano de cómo se comportan efectivamente los jueces, sino de cómo deberían hacerlo; que algunos jueces revistan sus fallos bajo el manto de la ponderación no es una terapia segura que evite las aberraciones morales, las tonterías o un decisionismo vacío de toda ponderación, pero ello será así cualquiera que sea el modelo de argumentación que propugnemos. Pero,

²⁴ BODES TORRES Jorge, “El juez, la norma y el Debido Proceso”, Ponencia, Unión Nacional de Juristas de Cuba

sobre todo, en segundo lugar, me parece que una ponderación que lo sea de verdad no puede dar lugar a cualquier solución.

Como sostiene Moreso, “es precisa una reformulación ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes y esto ha de permitirnos establecer una jerarquía condicionada entre tales principios susceptible de universalización; en la medida en que consigamos aislar un conjunto de propiedades relevantes, estamos en disposición de ofrecer soluciones para todos los casos, aunque dichas soluciones puedan ser desafiadas cuando cuestionemos la adecuación del criterio por el cual hemos seleccionado las propiedades relevantes”²⁵

En resumen, cabe pensar que hay casos centrales en los que las circunstancias relevantes se repiten y que deberían dar lugar a la construcción de una regla susceptible de universalización y subsunción; aunque tampoco puede dejarse de pensar en la concurrencia de otras propiedades justificadoras capaces de producir una alteración en el orden de los principios constitucionales, los cuales deben ser respetados por todo los países en especial el nuestro que es muy respetuoso de su Constitución.

4.2.5 La metamorfosis del papel del Juez en el neo- constitucionalismo.

Puede emplearse el principio de proporcionalidad como un canon de constitucionalidad de la ley limitativa de derechos y no sólo de sus actos de

²⁵ PEREIRA MENAUT Teoría Constitucional, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006

aplicación. Se trata esta de una cuestión ciertamente polémica. La Corte Constitucional viene considerando que El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo.

Mas la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. Esta apreciación le ha servido a la Corte Constitucional para aplicar también a las leyes limitativas de los derechos (en particular las penales) el canon del principio de proporcionalidad. Parece sin embargo que la posición del legislador en el sistema constitucional democrático no se compadece bien con el empleo de ese principio como canon de constitucionalidad de sus leyes limitativas de derechos.

“El margen de libre apreciación con el que el legislador puede decidir en qué términos limita un derecho fundamental, salvadas, claro está, las exigencias de forma y fondo que la Constitución le imponga para este propósito, pugna con la posible exigencia de que además los límites que la Constitución le permite concretar o crear sean proporcionados. Tal exigencia, dicen sus críticos, supone que el legislador ya no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental a pesar de que la Constitución le habilita para ello, erigiéndose el Tribunal Constitucional en quien decide qué medidas puede adoptar el legislador al excluir otras por tenerlas por desproporcionadas. Por

otro lado la proporcionalidad es en rigor un canon de la aplicación de los límites pero no de su creación.

En fin una serie de argumentos en contra del empleo del principio de proporcionalidad para enjuiciar la constitucionalidad de la ley limitativa de derechos que no obstante también tienen sus debilidades. El principio de proporcionalidad dota de un instrumento con el que se puede medir la propia razonabilidad del control de constitucionalidad que de esas leyes haga.”²⁶

Por otro lado, se puede decir que existe una metamorfosis de los jueces penales de nuestro país en cuanto a la vinculación positiva del legislador y el contenido esencial de los derechos fundamentales, el cual reduce aquel margen de maniobra y difícilmente justifica que el legislador pueda elegir cualquier tipo de límite a los derechos por mucho que cumpla con las exigencias constitucionales de fondo y forma.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 PROBLEMÁTICA JURÍDICA.

4.3.2. Análisis Constitucional de la Ponderación en materia Penal

La Constitución de la República del Ecuador constituye la máxima norma de nuestro Estado, sobre ella ninguna otra normativa tiene mayor valor; según la doctrina se encuentra en el punto máximo de la pirámide legislativa. Siendo la norma constitucional, la ley de leyes, rige en nuestro país todas las

²⁶ MONTESQUIEU El espíritu de las Leyes, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005

actividades, incluida por supuesto lo referente a la materia penal, es por esto que iniciare este marco jurídico haciendo un análisis de la normativa pertinente contenida en la Constitución de la República.

Se debe iniciar considerando que nuestra Constitución juega un importante papel como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos susceptibles de tutela punitiva, sino también y entre otras razones, porque los principios, consagrados como norma rectora en el Código Penal, que rigen la imposición de las penas, son desarrollo claro del texto constitucional y de la doctrina que a partir de él ha venido construyendo con sus pronunciamientos la Corte Constitucional, sobre la forma que debe adquirir el derecho penal de acuerdo con la definición del Estado ecuatoriano que hace la carta Magna.

Así, en la actualidad el derecho penal se entiende debe estar perfectamente constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación.

Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la constitución, que ha llevado a importantes autores a sostener por ejemplo que el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado, está enmarcado en un proceso más amplio y más complejo, de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido

denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o nuevo constitucionalismo.

Por tal motivo, en la presente tesis quiero resaltar la necesidad de entender el contenido de los artículos del Código Penal ecuatoriano, a partir del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, en el cual debe jugar un papel preponderante el desarrollo del principio de proporcionalidad de la pena; en este sentido a continuación me referiré a:

- 1) Cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiende hacia su constitucionalización.
- 2) Cómo, en consecuencia, el sistema penal ecuatoriano resulta igualmente constitucionalizado.
- 3) El papel que el principio de proporcionalidad de las penas juega en la constitucionalización del derecho penal.

La Constitución contiene preceptos que directa o indirectamente afectan y son parte del sistema punitivo, es por ello que debe estudiarse de forma detenida la Constitución para así entender al tenor su espíritu y los principios generales que en ella se consagran, lo que diferentes estudiosos denominan el Programa Penal de la Constitución, que es entendido como el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituye el marco normativo en el seno del cual el Legislador puede y toma sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le correspondan aplicar.

Dejando en claro que los principios generales de la Constitución y determinados preceptos de la misma configuran e integran el Derecho Penal Constitucional. Estos principios generales en primer lugar tienen relación y relevancia para el sistema Penal son los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo, proporcionalidad y justicia, tal como lo disponen los Arts. 1 y 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

En segundo lugar el texto constitucional recoge preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan al Derecho Penal, principalmente tratan la proscripción de la tortura y tratos inhumanos referentes a las personas privadas de la libertad consagrado en el Art. 51, la abolición de la pena capital y demás derechos de Libertad dispuesto en el Art. 66. Y los dispuestos en los Arts. 75, 76 y 77 que constituyen un catalogo de garantías que integran el derecho de tutela judicial efectiva y a un proceso garantista consagrando expresamente la presunción de inocencia, debido proceso, principio de legalidad, celeridad, irretroactividad en materia sancionatoria, resocialización; y, la proscripción de la privación de la libertad por parte del poder sancionador.

Así como también, son parte integrante del Derecho Penal Constitucional aquellos preceptos que de manera expresa regulan los conceptos del sistema penal como por ejemplo la inmunidad parlamentaria, unidad jurisdiccional, publicidad del proceso penal, motivación de las sentencias y lo referente a la Policía Nacional.

Finalmente, en tercer lugar encontramos preceptos que constituyen el Derecho Penal Constitucional y son aquellos relacionados con la delimitación del ius puniendi, estos son los relativos a los derechos a la vida, igualdad, integridad física, honor, intimidad, libertad de asociación derecho a la huelga y a la resistencia.

Como se puede observar, el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene una clara vocación hacia su constitucionalización, proceso que afecta especialmente al derecho penal, debido a su pretensión de protección de derechos fundamentales bienes jurídicos y a su correlativa potencialidad de violación de los mismos.

En consecuencia, el respeto de los derechos fundamentales establecidos por la constitución y en los tratados internacionales hacen las veces, al mismo tiempo, de objeto, finalidad y fundamento del sistema penal por el cual deben ser respetados los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por lo anterior, en aras de una interpretación y aplicación válida desde el punto de vista constitucional de la normatividad punitiva, se debe tener muy en cuenta el papel que en un ordenamiento jurídico constitucionalizado, juegan los principios y derechos consagrados en la Carta Magna, puesto que la constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación se recogen derechos y deberes correlativos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Por ello, se produce una

pluralidad de mundos constitucionalmente posibles. La Constitución es abierta y habla con muchas voces, pero el legislador y el juez escuchan la misma voz, lo cual debe ser modificado para que nuestros jueces penales puedan regirse por un marco jurídico penal que les permita aplicar el principio de ponderación apegados a una adecuada proporcionalidad entre la pena y el tipo de infracción cometido.

Así mismo nuestra Constitución en su Art. 76 numeral 6 textualmente señala; “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.²⁷

De lo señalado puedo manifestar que en nuestra Constitución si se señala que dentro de las normas que nos rigen, en este caso la penal, debe existir una proporcionalidad entre el tipo de infracción cometida y la pena, la cual deberá guardar relación con el tipo de gravedad o de daño social, buscando siempre la protección de los derechos humanos de las personas imputadas en el cometimiento de un delito. Del análisis realizado en la presente tesis puedo deducir que en nuestro Código Penal no se estipula un adecuado procedimiento a seguir por parte de los jueces penales de nuestro país, para que pueda aplicar de buena forma el principio de proporcionalidad, garantizado incluso por los derechos humanos, lo cual obliga a nuestros jueces a recurrir a tratados internacionales ratificados por nuestro país para poder aplicar este principio, dándose también en algunos casos exceso en la

²⁷ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, Año 2009.

aplicación del mencionado principio, por lo cual creo pertinente una urgente reforma en este sentido de nuestro Código Penal.

4.3.3. Análisis del Código Penal ecuatoriano en materia de ponderación.

La pena se justifica por constituirse como el mecanismo más idóneo para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. Aplicar una pena a una persona es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad (pena privativa de libertad) e incluso puede haber casos en que se la anule totalmente (cadena perpetua).

Esto me hace pensar que 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 las personas su libertad pero, esto sólo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo. La pena al igual que el Derecho penal depende del rol que le quiera dar el Estado dentro del cual se desenvuelva.

"El Derecho Penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro Código Sustantivo Penal pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido jurídico del Derecho Penal gira entorno a la función que desempeña la pena. No obstante, las corrientes modernas de la dogmática jurídico-penal apuntan a desplazar las penas cuando ellas resultan innecesarias. 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. Con mayor precisión de contenido, este acto se define como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena".²⁸

Pues bien, 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. En efecto, 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. Estos factores se plasman normativamente en el Código penal, donde en general, se establece la pena asignada al delito, cuya cuantía puede alterarse por la presencia de circunstancias calificantes o privilegiantes especiales, o bien, por la aplicación de las reglas relativas a los concursos de delitos; las diversas etapas de desarrollo o grado de su ejecución; el grado de

²⁸ FUNDACIÓN ESQUEL USAID, Nuevo Sistema Procesal Penal. Ecuador. Año 2003.

participación del agente; para finalmente establecer la concurrencia de ciertas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. ²⁹

Creo pertinente señalar que pueden ser susceptibles de aplicación en el caso concreto otras disposiciones contenidas en leyes especiales que pueden alterar la cuantía de la pena, ya sea por la concurrencia de especiales circunstancias de atenuación o agravación, o bien, mediante la alteración de la reacción punitiva respecto de las diferentes etapas de desarrollo del delito

Luego de este proceso le corresponde al juez determinar la exacta y definitiva medida de la pena que ha de imponerse al condenado, valorando todas y cada una de las circunstancias que rodearon al hecho.

Se dice que esta actividad pertenece a una esfera de competencia exclusiva de la jurisdicción en tanto en cuanto se determina una cuantificación exacta de la reacción penal al caso concreto, le queda así al juez 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. 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

²⁹ TORRES Chaves, Efraín, "Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano", Segunda Edición. 2006.

criminal, y la gravedad del mal causado por el delito a la sociedad en relación a la sanción.

Este proceso valorativo queda entregado al juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas.

Penas que reconoce nuestra legislación penal.

Nuestro Código Penal reconoce como clases de pena:

- a. Privativas de libertad
- b. Limitativas de derechos
- d. Multa
- e) Servicio Comunitario

Penas privativas de libertad

“La privación de libertad constituye una afectación al bien jurídico libertad del agente que cometió el hecho delictivo. Esta afectación impuesta por el Estado al sujeto que ha delinquido se realiza mediante la ejecución de la pena correspondiente.”³⁰

Penas limitativas de derecho

Siguiendo la orientación político-criminal de nuestro Código Penal, que pretende recurrir a la pena privativa de libertad como última ratio, se establecen las penas limitativas de derechos como sustitutivos penales. La aplicación de estas penas implica una limitación en el ejercicio de determinados derechos económicos, políticos y civiles.

³⁰ EZAINE Chávez, Amado. Diccionario de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 1992

Las penas limitativas de derecho poseen un triple carácter:

“Son autónomos porque constituyen una especie independiente de pena, existiendo al lado de la pena privativa de libertad, la de restrictiva de libertad y la de multa. Aplicándose en el uso de la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres, en forma autónoma cuando están específicamente señaladas para cada delito. Son sustitutivas porque son aplicables como alternativa de la pena privativa de libertad. Así lo establece nuestro Código Penal respecto a la prestación de servicios a la comunidad y a la limitación de días libres.”³¹

Para que se realice la sustitución se requiere una condición objetiva, que se relacione con la cantidad de pena privativa de libertad, por lo que nuestra normativa penal exige que la sanción sustituida no sea superior a cinco años, a criterio del Juez. Además son reversibles, porque admiten reaplicación de la privativa de libertad sustituida.

Prestación de servicios a la comunidad

Dentro de la orientación de recurrir a la pena privativa de libertad, en los casos más graves, como última ratio, la prestación de servicios a la comunidad constituye una de las sanciones alternativas más interesantes que plasma nuestro Código.

³¹ BARRAGÁN ROMERO, Gil, “El control de constitucionalidad”, en Temas de derecho constitucional, Academia Ecuatoriana de derecho constitucional, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2003.

El trabajo gratuito que se obliga a prestar al condenado, según el dispositivo, deberá realizarse en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas. Si bien se hace una descripción de entidades en las cuales se prestará el servicio, dicha relación no es cerrada, pues al hacerse referencia a otras instituciones similares se posibilita el tomar en cuenta otras entidades de las indicadas expresamente, aunque de naturaleza similar; en todo caso la enumeración es ejemplificadora. Asimismo el código indica que los servicios serán asignados conforme a las aptitudes del condenado, lo que considero positivo, pues garantiza la eficacia del principio de individualización; sin embargo, considero que cuando se establece que ello será en lo posible, se altera dicha garantía.

Nuestra disposición indica que las jornadas serán de diez horas semanales, apartándose en este punto de otras disposiciones como la brasileña en que las jornadas son de ocho horas. Además, señala que se cumplirá entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual, lo que consideramos positivo, pues se tiene cuidado en no afectar el tiempo de las funciones remuneradas, dándose una compatibilidad entre el trabajo penal y el trabajo profesional. La ley también permite que se pueda autorizar al condenado que preste estos servicios en días útiles semanales, proveyéndose el caso en que el condenado no pueda hacerlo los días sábados y domingos. Nuestra norma a diferencia de otras legislaciones no ha tomado en cuenta los días feriados, no precisando la exposición de motivos el por qué de esta decisión.

Inhabilitación

“La inhabilitación de acuerdo al Código Penal al ser prevista dentro de las penas limitativas de derecho adquiere la categoría de pena principal, salvo que constituye una pena accesoria. Algunos autores consideran que estas penas tienen mayor certificado en la prevención, ya que priva al sentenciado de la práctica de ciertas actividades en que se muestra irresponsable o peligroso (prevención especial); otros, sostienen que estas penas son pasibles de crítica pues, al retirar la posibilidad de trabajo, se presenta como más aflictiva que las penas detentivas.”³²

Con ella se afecta en cierto modo a la libertad del sentenciado, en relación con la facultad de ejercitar ciertos derechos, desempeñar cargos o profesiones o ejecutar una determinada actividad. Entiendo que ha sido positivo, en cierto modo, el establecer un límite a la inhabilitación principal, pues al dársele el carácter temporal, se humaniza el rigor de las prohibiciones, dejando de lado las sanciones indeterminadas.

Pena de multa

La pena de multa consiste en la obligación impuesta al condenado, de pagar al estado una determinada suma de dinero.

La pena de multa es prevista por diversas legislaciones bajo distintos sistemas (clásico, temporal, día multa); nuestro Código Penal acoge el

³² FUNDACIÓN ESQUEL USAID, Nuevo Sistema Procesal Penal. Ecuador. 2003.

sistema de días-multa. Un sector de la doctrina considera algunas ventajas de la pena de multa como el respeto a la personalidad del condenado, preservándolo de la cárcel; el que no arranca al delincuente de su profesión, familia o demás relaciones sociales, no lo discrimina ante el público.

Por tanto, no comporta ningún peligro de contagio criminal. Además, a diferencia de la pena privativa de libertad, no acarrea gastos económicos al Estado sino que los aporta.

“Para determinar la cantidad de los días-multa el juez deberá tomar en cuenta el menor o el mayor grado de injusto, el grado de responsabilidad más o menos intenso y las demás circunstancias legales y judiciales.

En la doctrina se considera que el juez al establecer el número de días-multa no se debe dejar influenciar por el patrimonio del condenado, pues en esta fase inicial sólo se podrá tomar en consideración el grado de responsabilidad, la gravedad de la conducta y otras circunstancias.”³³

Reglas de conducta en la reserva del fallo condenatorio.

El Código Penal establece que al disponer la reserva del fallo, se impondrán reglas de conducta que conformará el periodo de prueba. Estas reglas son las mismas que las indicadas para la suspensión de la ejecución de la pena y tienen un carácter preventivo especial, es decir, educador y reintegrador.

³³ JARAMILLO Juan, Alfredo, La Práctica Forense y Casos Penales, Ecuador, 2004.

Al parecer es favorable que no se establezcan obligaciones en forma genérica que pueden suponer para el sometido a ellas, un control y una molestia adicionales que le dificulte en su normal desenvolvimiento o libertad. En este sentido, las reglas no pueden imponer al sujeto cargas inexigibles.

Las reglas señaladas en nuestro código son las siguientes:

- a. **Prohibición de frecuentar determinados lugares.-** Referido a determinados lugares que pueden ser considerados como ambientes nocivos, con la finalidad de evitar la comisión de un nuevo delito. Por ejemplo: bares, casas de juego, prostíbulos, etc.
- b. **Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez.-** Tiene como finalidad hacer efectivas las reglas de conducta impuestas y que puedan ser controladas.
- c. **Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades.-** Esta medida permite al Juez que conoce del caso, fiscalizar y orientar al agente de modo que no haga innecesaria esta institución.
- d. **Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo.-** Esta se refiere a la reparación que

debe hacer el sujeto hasta donde le sea posible. Dicha regla refuerza el deber de indemnizar los daños que impone el Derecho Civil.

e. Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito.- Con la finalidad de prevenir nuevos delitos, el Juez puede prior la tenencia de armas o de cualquier otro objeto que pudiera servirle de ocasión o estímulo para cometer nuevos delitos.

f. Las demás reglas de conducta que el Juez estime convenientes para la rehabilitación social de agente, siempre que no atenten contra la dignidad.- Aquí se consideran todas las demás reglas que no se encuentren indicadas expresamente, pero que el Juez la tome como necesarias siguiendo los criterios preventivos que mantiene este Código.

Incumplimiento de las reglas de conducta.

“Cuando el agente incumpliere las reglas de conducta impuestas, por razones atribuibles a su responsabilidad, el Juez podrá:

1. Hacerle una severa advertencia;
2. Prorrogar el régimen de prueba sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará de tres años; o,
3. Revocar el régimen de prueba.”³⁴

De lo señalado puedo manifestar que nuestra legislación penal estipula varios tipos de sanciones para los ciudadanos infractores, entre las cuales

³⁴ MANCERO Carrasco, Hugo, Responsabilidad de los Jueces, Ecuador, 2003

tenemos reclusión mayor y menor, prisión, multa y trabajo comunitario, las que se aplican según la gravedad de la infracción, dejando claro que en nuestro país no se permite tipos de penas que atenten contra los derechos humanos que les asisten a todos los ciudadanos como son pena de muerte y cadena perpetua.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.

Código Penal de Argentina

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

TITULO I

APLICACION DE LA LEY PENAL

“ARTICULO 1º.- Este código se aplicará:

1º.- Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;

2º.- Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

ARTICULO 3º.- En el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado.

ARTICULO 5 °.- En toda pena se aplicará el principio de ponderación y proporcionalidad entre la infracción y la sanción, buscando siempre la protección de los Derechos Humanos, no pudiendo aplicarse en casos de reincidencia del mismo tipo criminal.”³⁵

Dentro de la legislación penal argentina, específicamente en su Código Penal, se reconoce y garantiza el principio de ponderación al momento de emitir sentencia, lo cual ayuda a los infractores a recibir una sanción más proporcional entre el tipo de delito cometido y la sanción impuesta.

Código Penal de Chile

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO III

De la aplicación de la ley penal en el tiempo

“Artículo 8: Todo delito o contravención será sancionado con arreglo a las leyes vigentes en el momento de su perpetración. Sin embargo, se aplicará retroactivamente y de oficio toda ley posterior más favorable hasta el momento en que se agote cualquier efecto jurídico del delito o de la condena.

Si entre el momento del delito y este agotamiento se sucedieren más de dos leyes, siempre se aplicará la más benigna. No se excluyen de este régimen las leyes temporales ni las excepcionales.

³⁵ CODIGO PENAL ARGENTINO, Publicación del Honorable Congreso Nacional, Año2008.

Se aplicara el principio de ponderación para determinar la proporcionalidad entre la infracción y el tipo de pena impuesta, no debiendo extra limitarse el juzgador en la aplicación de este principio.

ARTICULO 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;
- 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.”³⁶

El Código Penal chileno al igual que el nuestro también reconoce el induvio pro reo, es decir la pena más favorable para el infractor, pero a diferencia de nuestra legislación penal la chilena ya determina casos exactos de

³⁶ CODIGO PENAL CHILENO, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Santiago de Chile, Año 2009.

ponderación, quedando incluso a criterio del juez si otorga otras medidas con las cuales deberá pagar su pena el infractor, esta ponderación puede darse en virtud de la edad, del estado de salud, de embarazo, de enfermedades catastróficas, e incluso cuando se encuentra bajo el cuidado del infractor una persona con discapacidad. Lo cual a mi modo de ver es muy bueno porque se precautela el bien jurídico máspreciado del ser humano como es la libertad, que en muchas de nuestras legislaciones latinoamericanas y del resto del mundo se ve afectado de manera drástica, con penas de cadena perpetua e incluso hasta la pena de muerte.

Código Penal de los Estados Unidos de México

LIBRO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo I

“Art. 5 Ponderación y Sanción.- Todo infractor tiene derecho a que el juez o Tribunal Penal que lo juzgue, aplique a su condena el principio de ponderación, tomando en consideración el hecho de no haber cometido antes el mismo tipo penal.

Art. 6 Límites de la ponderación en la aplicación de las penas.- Los Jueces o Tribunales al momento de sentenciar deberán aplicar el principio de ponderación a favor del imputado, sin ir más allá del mínimo de la pena impuesta, caso contrario serán sancionados civil y penalmente.

El Código Penal Mexicano es una muestra clara de la utilización del principio de ponderación en la aplicación proporcional de las penas impuestas, ya que conmina la juez a recurrir necesariamente a este principio al momento de sentenciar, con la salvedad de que el sentenciado no sea reincidente en el cometimiento de ese tipo penal, de igual manera pone limite a la aplicación de este principio, señalando que no podrá ir más allá del mínimo de la pena estipulada para ese tipo de delito, señalando incluso sanciones civiles y penales al juez o jueces que no acaten lo estipulado.”³⁷

³⁷ CODIGO PENAL DE MEXICO, Distribuciones Fontamara, Año 2010.

5 MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES

Para la realización de la presente tesis utilicé el material humano correspondiente a los encuestados, entrevistados y por supuesto el autor de la presente, así como materiales tales como:

- a) Materiales de escritorio como son: esféro, papel bond, etc.
- b) Materiales electrónicos como computadoras, internet, impresora, etc.

5.2 MÉTODOS

Para el desarrollo del proceso investigativo, fue indispensable partir de la observación, ordenación, clasificación y utilización de una metodología crítica participativa, que permitió interrelacionar a las personas involucradas con el objeto de estudio mediante la utilización de diferentes Métodos y Técnicas, como son:

Método Científico.- Se aplicó para desarrollar la investigación formulada de manera lógica, y lograr la adquisición, organización y expresión de conocimientos en la parte teórica práctica, hasta la obtención conclusiones y recomendaciones que me puedan ayudar a encontrar la solución a esta problemática jurídica y social.

Método Inductivo.- Estuvo dirigido al estudio de casos particulares, lo cual me permitió arribar a las conclusiones que explicaron los conceptos estudiados a lo largo de la investigación que son de mucha ayuda para el desarrollo de la presente tesis; la cual busca dar solución a un problema jurídico que esta perjudicando a la sociedad en general.

Método Deductivo.- Se lo utilizó para obtener conclusiones particulares de la realidad general, siendo aplicado principalmente en lo referente a la propuesta de la tesis al aplicar la encuesta y la entrevista.

Teórico-Jurídico: Se lo utilizó para exponer los fundamentos generales sobre el tema seleccionado, así como los conceptos fundamentales que integran la misma.

Histórico-Lógico: Estuvo encaminado al análisis de los principales antecedentes históricos y legales sobre el presente tema investigativo, haciendo especial referencia a la Constitución de la República del Ecuador como al sistema penal ecuatoriano.

Derecho Comparado: Aplicado para conocer y evaluar las principales regulaciones que existen y ofrecen las diversas legislaciones del mundo en lo referente al criterio de Ponderación.

Método Sintético.- A través de este método se pudo sintetizar la información para llegar a la elaboración de las conclusiones y recomendaciones.

5.2.1 TÉCNICAS

Técnica de la entrevista.- La cual la desarrolle de una manera directa a tres personas entre jueces, ex jueces penales y profesionales del Derecho en libre ejercicio de la profesión, conocedores de la temática, para así obtener información sobre la problemática planteada en la presente tesis.

Técnica de la encuesta.- La realice a través de un formulario de preguntas, que luego aplique a 30 personas entre servidores públicos de la función judicial y abogados en libre ejercicio, los que proporcionaron información de la problemática de estudio planteada en la presente tesis.

Estudio de casos.- Esta técnica me permitió conocer que en nuestros Códigos Sustantivo y Adjetivo Penal, no existe una ponderación como criterio de interpretación en la discrecionalidad del juez en materia penal.

6 EXPOSICIÓN DE RESULTADOS

6.1 Resultados de la Encuesta.

En la investigación de campo aplique, en primer lugar la encuesta que fue dirigida a profesionales del derecho y servidores públicos de la función judicial en la ciudad de Loja, jueces y ex jueces de lo penal en un total de treinta encuestados, con el fin de obtener opiniones valiosas para la elaboración de la presente tesis.

Pregunta N°. 1:

¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

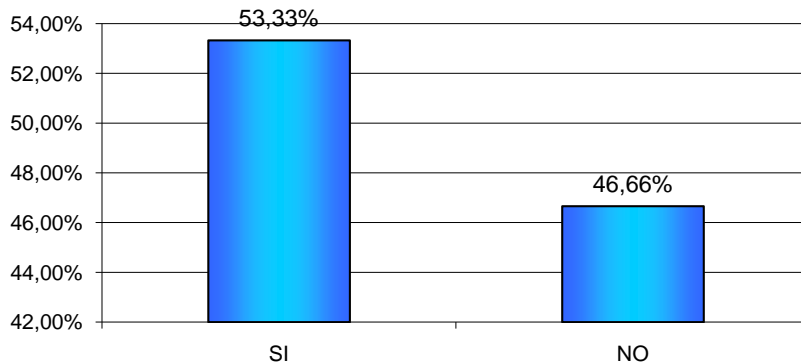
Cuadro N° 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
relevancia que tiene algo	16	53.33 %
consideración y cuidado con que se hace algo.	14	46.66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Ab. Luis Patiño.

Gráfico Nro.1



Interpretación:

De los treinta encuestados el 53.33% manifiesta que la ponderación en materia penal es la relevancia que tiene algo; es decir, la importancia que debería dar el juez a los derechos del imputado, en virtud de que no se aplique una pena en demasía, sino que más bien se debe establecer un termino medio de la sanción, que por un lado aplique la Ley al infractor, y que también no se abuse del poder del Estado sobre la libertad de ese ciudadano.

Así mismo existe un 46.66% de los encuestados que manifiestan que la ponderación en materia penal es la consideración y cuidado con que se hace algo, es decir, que los jueces penales de nuestro país deberían tener mucho cuidado o ser muy prolijos al momento de aplicar una pena a un infractor, ya que dentro del proceso esta inmerso el derecho fundamental de todo

ciudadano como es el derecho a la libertad, que se podría ver afectado por una mala decisión judicial.

Análisis:

De los resultados obtenidos en esta pregunta, puedo manifestar que la ponderación en materia penal es la relevancia que tiene un asunto, es decir, la consideración y cuidado con que se hace algo, que en esta caso es la adecuada aplicación de una sanción penal ha una persona que ha infringido la misma, sanción que debe ser acorde al delito cometido y apegado siempre al inducto pro- reo, esto debido a que en materia penal siempre se ve involucrada la libertad de las personas.

Pregunta N°. 2:

¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

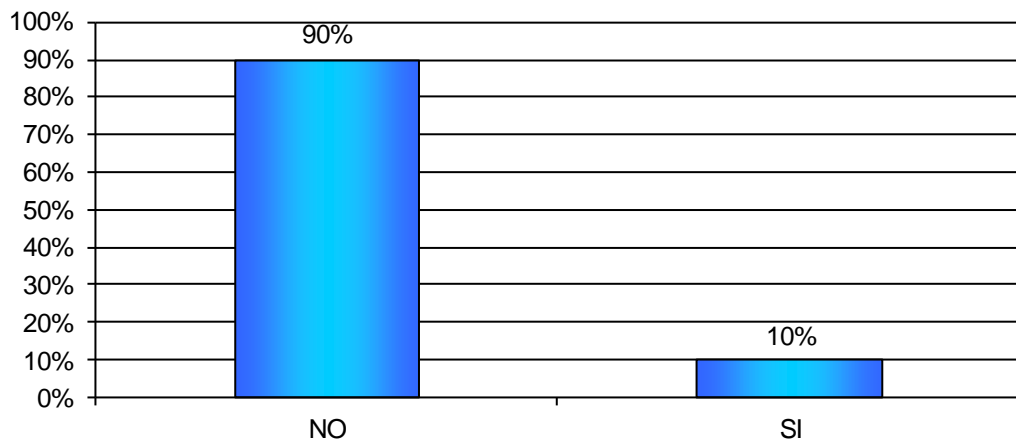
Cuadro N° 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	27	90%
SI	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Ab. Luis Patiño.

Gráfico Nro. 2



Interpretación:

De los treinta encuestados el 90% manifiesta que los jueces penales de nuestro país no aplican adecuadamente la ponderación, esto debido a que dentro de nuestras leyes penales no se establece un procedimiento adecuado que permita al juez aplicar correctamente la ponderación en beneficio del sentenciado, el cual a pesar de haber infringido alguna la ley, todavía conserva derechos inalienables de las personas que deben ser considerados al momento de dictar sentencia.

Así mismo existe un 10% de los encuestados que contestan positivamente, es decir que consideran que actualmente los jueces penales de nuestro país si aplican el principio de ponderación al emitir sus sentencias, es decir, que tratan que las sentencias sean lo más favorables a los procesados, esto debido al principio de que siempre la ley debe precautelar la libertad antes que la sanción.

Análisis:

De los resultados obtenidos en esta pregunta, puedo manifestar que la mayor parte de los encuestados creen que los jueces penales de nuestro país no están aplicando adecuadamente la ponderación al momento de emitir sus sentencias, esto debido a que no existe un adecuado procedimiento para la ejecución del mismo, dejando al libre albedrío de los juzgadores que muchas de la veces solo se ciñen a lo que estrictamente establece la ley y no obran en beneficio del procesado, ya que ningún caso es igual a otro por muy parecidos que sean.

Pregunta N° 3:

¿Según su criterio, la normativa actual prevista en nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

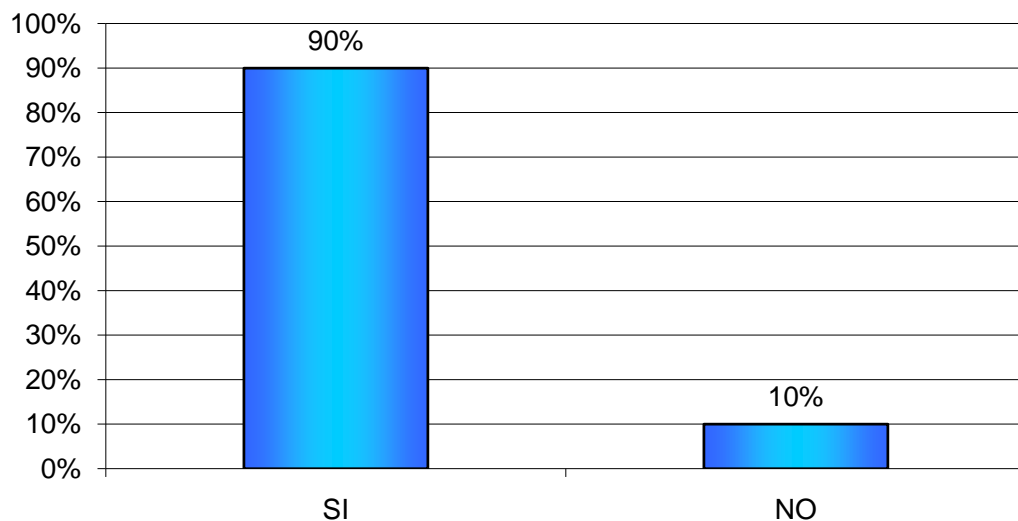
CUADRO N° 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	27	90 %
SI	3	10 %
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Ab. Luis Patiño.

GRÁFICO Nro.4



Interpretación:

De los treinta encuestados el 90 % contestan negativamente, es decir, piensan que la normativa actual prevista en nuestros Códigos Sustantivo y Adjetivo penal no responde adecuadamente a una regulación de la ponderación, para su aplicación por parte de los jueces de lo penal, lo cual perjudica al procesado que bien pudiera ser beneficiado con una adecuada aplicación de la ponderación al momento de ser sentenciado.

Así mismo existe un 10 % de los encuestados que contestan positivamente, es decir que piensan que la normativa actual vigente tanto en nuestros Códigos Sustantivo y Adjetivo Penal, si permiten al juez aplicar una adecuada ponderación al momento de dictar las sentencias, y que más bien esto depende de cada persona y su forma de pensar para de una u otra manera beneficiar al procesado.

Análisis:

Analizando los resultados obtenidos, podemos concluir que si bien en nuestro país se ha avanzado muchísimo con la actual Constitución en materia de ponderación, todavía no se establece claramente un procedimiento o articulado dentro de nuestros códigos penales, los cuales no están acorde a la realidad social de nuestro país, siendo los únicos y más perjudicados los ciudadanos que son sentenciados, dónde muchas de la veces se atenta contra la el derecho a la libertad de los mismos.

Pregunta N° 4:

¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

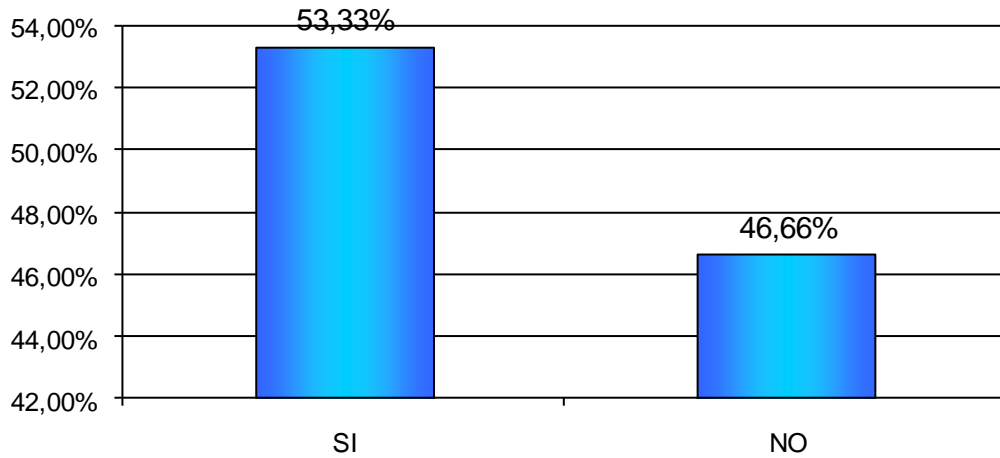
Cuadro Nro. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	16	53.33 %
NO	14	46.66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Ab. Luis Patiño.

GRÁFICO Nro. 4



Interpretación:

De los treinta encuestados el 53.33 % manifiesta que si debe establecer una normativa específica que permita a los jueces penales aplicar una adecuada ponderación al dictar las sentencias, la cual de una u otra manera ayude al procesado al momento de ser sentenciado, para que no se vulnere uno de los más elementales derechos que tiene el ser humano como es, el derecho a la libertad.

Así mismo existe un 46.66 % de encuestados que contestan negativamente, es decir que consideran que no se necesita establecer una normativa que permita a los jueces penales aplicar una adecuada ponderación al dictar las sentencias, sino que más bien dentro de las leyes penales ya existentes se debe crear un articulado que permita al juzgador aplicar la ponderación a favor o beneficio del procesado, con lo cual se estaría precautelando el

derecho a la libertad de las personas, el mismo que es consagrado incluso a nivel internacional.

Análisis:

Existe un criterio dividido de los encuestados en esta pregunta, debido a que existe prácticamente un empate en cuanto las personas que piensan que si debería establecer una normativa específica que permita a los jueces penales aplicar una adecuada ponderación al dictar las sentencias, pero así mismo existe otro porcentaje de encuestados que opinan que no se necesita establecer una normativa que permita a los jueces penales aplicar una adecuada ponderación al dictar las sentencias, sino que más bien dentro de las leyes penales ya existentes se debe crear un articulado que permita al juzgador aplicar la ponderación a favor o beneficio del procesado.

Pregunta N° 5:

¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia.

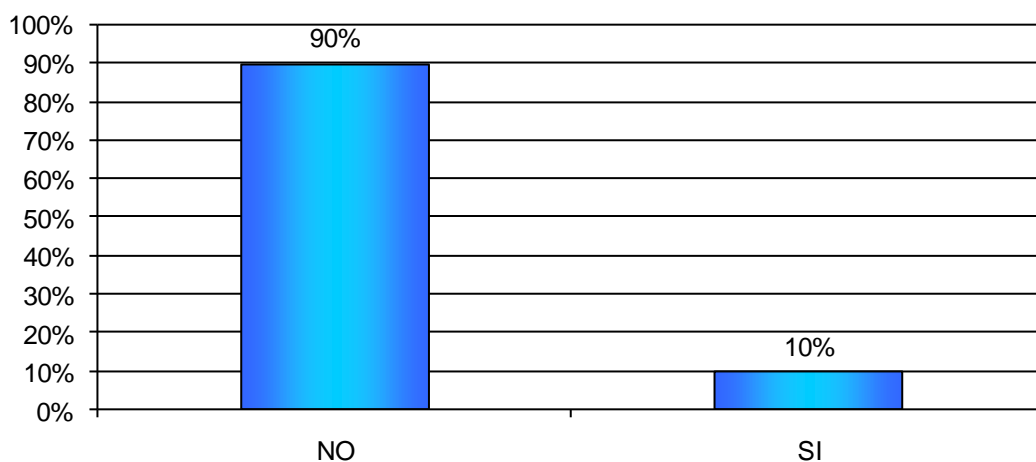
CUADRO N°5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho.

Autor: Ab. Luis Patiño.

GRÁFICO Nro.5



Interpretación:

De los treinta encuestados el 90% contesta afirmativamente, es decir que creen que es necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación en esta materia al momento de juzgar a los ciudadanos infractores.

Así mismo existe un 10 % de los encuestados que contestan negativamente, es decir que piensan que existe suficiente normativa legal para aplicar la ponderación en materia penal, y manifiestan que lo único que se debería crear es conciencia en los jueces para que utilicen la sana crítica al momento de juzgar a un ciudadano infractor.

Análisis:

De acuerdo con los resultados, es necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar

correctamente la ponderación en esta materia, como en efecto hemos visto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo, se requiere de una normativa amplia y específica que permita ejercitar derechos menoscabados de los ciudadanos de nuestro país.

6.2 Resultados de la Entrevista:

En cumplimiento de lo establecido en la Metodología del Proyecto de Tesis, aplique la técnica de la entrevista a tres personas entre los cuales están profesionales del Derecho, ex -funcionarios y funcionarios de la Función Judicial de la ciudad de Loja, previamente seleccionados y consultados para que acepten colaborar con la presente tesis. La entrevista la realice mediante el uso de una grabadora, en forma oral, preguntando con un cuestionario.

PRIMERA ENTREVISTA:

ENTREVISTADO: Doctor Bairon Proaño.

PROFESIÓN: Doctor en Jurisprudencia y Abogado

INSTITUCIÓN: Juez de Garantías Penales de la ciudad de Loja.

Primera Pregunta

¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

Respuesta:

Pienso que la ponderación en materia penal es la facultad o el poder de discernimiento que tenemos los jueces de lo penal de poder aplicar las sentencias apegados a derecho pero también acorde a nuestro criterio profesional en beneficio del procesado, para que de este modo no se vea afectado el derecho a la libertad con el que contamos todos y cada uno de los seres humanos, lo cual muchas de la veces se ve afectado debido a la aplicación o al poder inquisidor de nuestras leyes penales que no permiten al juez pensar con libertad, si no que más bien lo inducen a aplicar a raja tabla lo ya establecido como delito.

Análisis:

El entrevistado manifiesta que de acuerdo a su criterio y de lo que ha podido observar durante el ejercicio de su profesión y como juez de garantías

penales, es que, nuestras leyes son muy estrictas lo cual no permite al juez aplicar a su libre albedrío la ponderación en materia penal, y de darse una reforma con respecto a este tema ayudaría muchísimo a los ciudadanos infractores a beneficiarse de medidas o sanciones que no afecten en demasía su libertad, ya que no todos los casos son iguales pueden ser parecidos pero nunca iguales, casos en los cuales incluso el juez debería aplicar la sana crítica para sentenciar sin perjuicio del infractor, es decir respetando el principal bien jurídico que tiene el ser humano como es su libertad.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

Respuesta:

Pienso que en la actualidad la mayoría de jueces de lo penal de nuestro país no aplican adecuadamente la ponderación a favor del ciudadano infractor, esto debido a que como ya dije anteriormente las leyes penales son sumamente estrictas y no permiten al juzgador que vaya más allá de la sanción o la pena que ya se encuentra estipulada; es decir, no le da la suficiente libertad como para que pueda pensar a su libre albedrío y luego de un análisis minucioso pueda llegar a establecer una adecuada sanción al imputado por el cometimiento de un delito, con lo cual no se respeta el derecho a sus derechos humanos en especial el de libertad.

Análisis:

De acuerdo a la opinión del entrevistado manifiesta que actualmente los jueces de lo penal no pueden actuar con libertad al momento de dictar las sentencias, esto debido a que nuestras leyes penales son demasiado estrictas y no permiten la libre ponderación del juzgador, el cual tiene que actuar o sancionar de conformidad a lo que se estipula en nuestros códigos penales y sin poder ni siquiera llegar a determinar su opinión con respecto al caso, sino que más bien deben actuar como simples ejecutores de las penas ya establecidas sin poder hacer nada al respecto, lo cual también sucede en la materia de tránsito, donde incluso es más estricto la ejecución de las penas.

Tercera Pregunta

¿Según su criterio, la normativa actual prevista tanto en nuestra Constitución como en el código sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

Respuesta:

La normativa actual prevista en nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal no responde adecuadamente a una regulación de la ponderación de los jueces en materia penal, razón por la cual muchos juzgadores por no decir la mayoría no aplican este principio a favor del procesado o imputado, sino que más bien se rigen conforme lo estipulado en la ley, sin mirar otras

circunstancias que pueden influir dentro del proceso, que muy bien pudieran ser consideradas en beneficio del infractor.

Análisis:

El entrevistado piensa que nuestras leyes actuales no responden adecuadamente a una regulación de la ponderación de los jueces en materia penal, lo cual perjudica directamente al ciudadano infractor, que debe someterse a lo estrictamente estipulado en las mismas, sin que el juzgador pueda hacer nada al respecto, lo cual a su criterio debería cambiarse para estar acorde al derecho penal internacional, el cual busca ante todo proteger adecuadamente el derecho a la libertad que tiene todos y cada uno de los seres humanos de cualquier lugar del mundo, ha pesar de haber cometido una infracción, por la que deba ser sancionado.

Cuarta Pregunta

¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

Respuesta:

La normativa actual prevista en nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal es muy rígida, pero más bien creo pertinente que debería establecerse o estipularse dentro de estas mismas leyes un adecuado procedimiento que permita al juzgador poder aplicar de una manera eficiente la ponderación en materia penal, sin que por este hecho deje de sancionar al ciudadano

infractor de las leyes, que de una u otra manera debe ser castigado por la falta cometida, pero que con la ponderación se verían beneficiado, ya que no todos los casos son iguales entonces porque sancionarlos con la misma pena.

Análisis:

De acuerdo al criterio del entrevistado, la normativa penal actual de nuestro país no establece la ponderación de los jueces al momento de la aplicación de la pena a través de la sentencia, razón por la cual cree pertinente estipular dentro de estas leyes un adecuado procedimiento que respalde o sirva de guía a los jueces de lo penal para que puedan aplicar correctamente el principio de la ponderación en materia penal.

Quinta Pregunta

¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia?

Respuesta:

El entrevistado piensa que si es necesario introducir reformas a nuestra Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación en esta materia; esto debido a que en la actualidad la normativa prevista en cada una de estas leyes no garantiza al imputado que el juez pueda aplicar correctamente el principio de

ponderación que vaya en su beneficio, además con esto también tendrían un respaldo los jueces para poder sentenciar conforme a Ley, pero siempre respetando el derecho del ciudadano infractor a que no se vea vulnerada su libertad.

SEGUNDA ENTREVISTA:

ENTREVISTADO: Dr. Pablo Narváez Cano

PROFESIÓN: Doctor en Jurisprudencia y Abogado

INSTITUCIÓN: Juez de Tribunal de Garantías Penales de la ciudad de Loja

Primera Pregunta

¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

Respuesta:

La ponderación en materia penal es aquella discreción que hacemos los jueces para poder aplicar y discernir los diferentes delitos y sus componentes particulares y así poder dictar las sentencias apegados a derecho pero también acorde a los Derechos Fundamentales en beneficio del enjuiciado, es decir nosotros o en mi caso en particular pondero el daño y la afectación en un delito cometido indudablemente hay que regirnos al principio de legalidad para que nuestro actuar se encuentre amparado caso contrario nos acarrearía a sanciones administrativas, económicas e incluso penales. Todos los ciudadanos buscan que no se vean afectados sus

derechos y entre ellos el primordial como lo es el derecho a la libertad bien jurídico fundamental protegido y a la vez privado en el cometimiento de una u otro delito que generalmente es la pena que se aplica en la mayoría de delitos de interés social.

Análisis:

El entrevistado manifiesta que de acuerdo al ejercicio de su profesión y como Juez de Tribunal penal, a ponderado hasta donde él estime que la Ley lo permita puesto que el principio de legalidad no lo hace extender es sus decisiones por temor a ser sancionado y además porque nuestras leyes penales son muy estrictas lo cual no permite al juez aplicar a su libre albedrío la ponderación en materia penal, y de darse una reforma con respecto a este tema ayudaría muchísimo a los ciudadanos infractores a beneficiarse de medidas o sanciones que no afecten en demasía su libertad, ya que no todos los casos son iguales pueden ser parecidos pero nunca iguales, casos en los cuales incluso el juez debería aplicar la sana crítica para sentenciar sin perjuicio del infractor.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

Respuesta:

Existe en la actualidad un poco de confusión porque hay unos jueces que si ponderamos cuidándonos de no caer en un problema que vaya a derivar en

la anulación del proceso o que tengamos responsabilidades por nuestro trabajo cometido, además existen otros jueces que se exageran en su discrecionalidad aplicando la ponderación y la mayoría no la aplica simplemente se rige por el espíritu de la Ley por cuanto no tenemos garantías para poder aplicar como tengo conocimiento que lo realizan en otros países claro con una cultura jurídica avanzada, con ello puedo decir que los jueces de lo penal de nuestro país no podemos aplicar adecuadamente la ponderación porque vivimos bajo un marco jurídico penal plenamente establecido y que lleva muchos años rigiéndonos al contrario de la nueva Constitución de la República que garantiza la plena vigencia de los Derechos Fundamentales con los cuales debe actualizarse el Código Penal a la Constitución .

Análisis:

De acuerdo a la opinión del entrevistado manifiesta que los jueces de lo penal no pueden actuar con libertad al momento de dictar las sentencias, inclusive hay quienes en un bajo porcentaje lo aplican pero los demás no lo hacen adecuadamente por la razón de que nuestras leyes penales son demasiado estrictas y no permiten la libre ponderación del juzgador, el cual tiene que actuar o sancionar de conformidad a lo que se estipula en nuestros códigos penales y sin poder ni siquiera llegar a determinar su opinión con respecto al caso, sino que más bien deben actuar como simples ejecutores de la penas ya establecidas sin poder hacer nada al respecto, lo cual

también sucede en la materia de tránsito, donde incluso es más estricto la ejecución de las penas.

Tercera Pregunta

¿Según su criterio, la normativa actual prevista tanto en nuestra Constitución como en el código sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

Respuesta:

Actualmente la normativa prevista en nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal no responde adecuadamente a una regulación de la ponderación de los jueces en materia penal, y ni siquiera lo nombran razón por la cual no existe la oportunidad de que los juzgadores apliquen este principio y se pueda de alguna manera respetar los derechos fundamentales que son de igual valor, respeto y peso, dejando en claro que la sanción debe existir pero cada caso y sus circunstancias son distintas tiene sus particularidades es allí y frente a otros derechos se debe actuar bajo la base de la ponderación, para no afectar aún más un u otro derecho que haya sido trasgredido.

Análisis:

De acuerdo al criterio del entrevistado, manifiesta que efectivamente ni el Código Penal ni el Código de Procedimiento Penal en actual vigencia no responden adecuadamente a una regulación de la ponderación de los jueces en materia penal, lo cual perjudica directamente al ciudadano infractor, que

debe someterse a lo estrictamente estipulado en las mismas, sin que el juzgador pueda hacer nada al respecto, lo cual a su criterio debería cambiarse para estar acorde al derecho penal internacional, el cual busca ante todo proteger adecuadamente el derecho a la libertad que tiene todos y cada uno de los seres humanos de cualquier lugar del mundo, ha pesar de haber cometido una infracción, por la que deba ser sancionado.

Cuarta Pregunta

¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

Respuesta:

Nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal tiene una normativa muy rígida con respecto a la aplicación de las penas, razón por la que creo pertinente que se establezca o se estipule dentro de estas mismas leyes un adecuado procedimiento que permita al juzgador poder aplicar de una manera eficiente la ponderación en materia penal, sin que por este hecho deje de sancionar al infractor de las leyes, que de una u otra manera debe ser castigado por la falta cometida, pero que con la ponderación se verían beneficiado, ya que no todos los casos son iguales entonces porque sancionarlos con la misma pena.

Análisis:

De acuerdo al criterio del entrevistado, la normativa penal actual de nuestro país no establece la ponderación de los jueces al momento de la aplicación

de la pena a través de la sentencia, razón por la cual cree pertinente estipular dentro de estas leyes un adecuado procedimiento que respalde o sirva de guía a los jueces de lo penal para que puedan aplicar correctamente el principio de la ponderación en materia penal.

Quinta Pregunta

¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia?

Respuesta:

Considero que si es necesario introducir reformas a nuestra Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación en esta materia; esto debido a que en la actualidad la normativa prevista en cada una de estas leyes no garantiza al imputado que el juez pueda aplicar correctamente el principio de ponderación que vaya en su beneficio, además con esto también tendrían un respaldo los jueces para poder sentenciar conforme a Ley, pero siempre respetando el derecho del ciudadano infractor a que no se vea vulnerada su libertad.

TERCERA ENTREVISTA:

ENTREVISTADO: Dr. Jaime Valladares

PROFESIÓN: Doctor en Jurisprudencia y Abogado

INSTITUCIÓN: Secretario de Fiscalía de la ciudad de Loja

Primera Pregunta

¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

Respuesta:

La ponderación en materia penal es la prudencia que tiene los jueces de lo penal de poder decidir en qué medida fue afectado un derecho y bajo qué criterios se debe aplicar una sanción; es evidente que nuestra política criminal se ve envuelta en varias teorías que se los ve reflejados en las diferentes reformas introducidas en el Código Penal y de Procedimiento Penal, pero no existe una postura definida que nos permita a ciencia cierta bajo que tendencias el Estado persigue los delitos bajo que satisfacción si es de las víctimas o del propio Estado, con ello quiero decir que como Fiscalía se persigue los diferentes delitos públicos y muchos de ellos a criterio o bajo la Ponderación del Fiscal se inicia una instrucción, se abstiene de acusar pero generalmente se dicta una acusación, es así que los jueces son quienes tienen el poder de ponderar pero deben estar cobijados por la Ley, sino es así, vamos a estar como siempre en dilaciones de los procesos y responsabilidades por la discrecionalidad del juez en materia Penal.

Análisis:

El entrevistado manifiesta que de acuerdo al ejercicio de su profesión y como Secretario de Fiscales, debe haber una ponderación en materia penal

siempre guiados y protegidos por las leyes y no como en la actualidad que tenemos nuestros códigos penales solo en reformas una tras otra pero que el espíritu de la Ley sigue intacta y esa es que se debe regir bajo el tenor de las leyes que en la actualidad son rígidas y no dispone ni prescribe la aplicación de la ponderación en materia penal, y de darse una reforma con respecto a este tema ayudaría muchísimo tanto a los administradores de justicia como a los ciudadanos inmersos en el cometimiento de una infracción.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

Respuesta:

En la actualidad los jueces de lo penal de nuestro país no pueden aplicar adecuadamente la ponderación por no existir una norma específica que los proteja toda vez que pueden ser denunciados e incluso pueden perder sus trabajos, existen algunos casos que son de conocimiento público y que han generado conmoción social y se los etiquetan a aquellos jueces porque actuaron bajo el criterio de Ponderación, pero si nuestra constitución abre este nuevo rumbo para la aplicación de la ponderación por cuanto los derechos colisionados tienen el mismo valor y peso más aun en la decisión judicial, en no hay la suficiente libertad como para que el Juez pueda aplicar una adecuada ponderación bajo el análisis concienzudo pueda llegar ha

establecer una adecuada sanción al imputado por el cometimiento de un delito, y así mismo no puede llegar a establecer una adecuada ponderación.

Análisis:

De acuerdo a la opinión del entrevistado manifiesta que actualmente los jueces de lo penal no pueden actuar con libertad al momento de dictar las sentencias, esto debido a que nuestras leyes penales son demasiado estrictas y no permiten la libre ponderación del juzgador, el cual tiene que actuar o sancionar de conformidad a lo que se estipula en nuestros códigos penales y sin poder ni siquiera llegar a determinar su opinión con respecto al caso, sino que más bien deben actuar como simples ejecutores de las penas ya establecidas sin poder hacer nada al respecto, lo cual también sucede en la materia de tránsito, donde incluso es más estricto la ejecución de las penas.

Tercera Pregunta

¿Según su criterio, la normativa actual prevista tanto en nuestra Constitución como en el código sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

Respuesta:

El ordenamiento penal no está acorde, ni responde ni, nos habla de la Ponderación en materia penal, en lo que podemos encontrar este principio

es en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional, más no en el ámbito penal entonces no podemos hablar de una aplicación porque la Ley no lo permite por, es por ello que los juzgadores no aplican este principio que deben conocerlo por cuanto se implementan nuevos sistemas o nos adecuamos a determinadas filosofías del Derecho, pero lo más común es regirse a lo establecido por la Ley, sin mirar otras circunstancias que pueden influir dentro del proceso.

Análisis:

De acuerdo al criterio del entrevistado, efectivamente manifiesta que nuestras leyes actuales no responden adecuadamente a una regulación de la ponderación de los jueces en materia penal, lo cual perjudica directamente en la decisión al emitir una sanción por la violación de un derecho fundamental, pues al no estar regulado ni adecuada la ponderación, el Juez debe someterse estrictamente a la Ley, sin que el juzgador pueda hacer nada al respecto.

Cuarta Pregunta

¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

Respuesta:

Nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal tiene una normativa muy rígida con respecto a la aplicación de las penas, razón por la que creo pertinente

que se establezca o se estipule dentro de estas mismas leyes un adecuado procedimiento que permita al juzgador poder aplicar de una manera eficiente la ponderación en materia penal, sin que por este hecho deje de sancionar al ciudadano infractor de las leyes, que de una u otra manera debe ser castigado por la falta cometida, pero que con la ponderación se verían beneficiado, ya que no todos los casos son iguales entonces porque sancionarlos con la misma pena.

Análisis:

De acuerdo al criterio del entrevistado, la normativa penal actual de nuestro país no establece la ponderación de los jueces al momento de la aplicación de la pena a través de la sentencia, razón por la cual cree pertinente estipular dentro de estas leyes un adecuado procedimiento que respalde o sirva de guía a los jueces de lo penal para que puedan aplicar correctamente el principio de la ponderación en materia penal.

Quinta Pregunta

¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia?

Respuesta:

Considero que si es necesario introducir reformas a nuestra Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar

correctamente la ponderación en esta materia; esto debido a que en la actualidad la normativa prevista en cada una de estas leyes no garantiza al imputado que el juez pueda aplicar correctamente el principio de ponderación que vaya en su beneficio, además con esto también tendrían un respaldo los jueces para poder sentenciar conforme a Ley, pero siempre respetando el derecho del ciudadano infractor a que no se vea vulnerada su libertad.

6.3 ESTUDIO DE CASOS

PRIMER CASO

DATOS REFERENCIALES.

JUICIO PENAL: TRIBUNAL NOVENO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA

DELITO: Posesión ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

TRIBUNAL NOVENO DE GARANTIAS PENALES DE PICHINCHA.- Quito, 8 de Febrero de 2011.-Las 11h00.- VISTOS: El señor Juez Decimo Segundo de Garantías Penales de Pichincha, el dos de julio del dos mil diez, a las 09h46, fundamentado en el Art 232 del Código de Procedimiento Penal, dicto auto de llamamiento a juicio en contra de JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA Y OSCAR STALIN ORTIZ SALGADO, por considerarles autores del delito de tenencia ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tipificado y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el

Art. 42 del Código Penal; auto que fue consultado, y la Segunda Sala de lo Penal, confirmo el auto subido en grado, en lo que se refiere al acusado JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA; no así con relación a OSCAR STALIN ORTIZ SALGADO, a quién se le extinguió la acción penal seguida en su contra.- Ejecutoriado el referido auto y remitido el proceso a la oficina de sorteos de este distrito judicial; correspondió su conocimiento a este Tribunal, por lo que la Presidencia luego de avocar conocimiento y cumplir con todas las prescripciones legales, señalo día y hora para que se lleve a cabo la Audiencia Pública de Juzgamiento Oral del acusado y habiendo llegado el indicado momento en la forma que determina la Ley, se evacuaron las pruebas que las partes consideraron convenientes a sus intereses, y por encontrarse el proceso en estado de resolver, previamente se considera: PRIMERO: En la sustanciación de la causa no se han omitido solemnidades sustanciales y además se han observado durante su tramitación las normas del debido proceso establecidas en la Constitución de la República, razón por la que se declara su validez. SEGUNDO: El Tribunal es competente para sustanciar el juicio y dictaminar sentencia en el presente proceso de acción penal pública instaurado en contra del acusado, por así disponerlo en el Art. 28, numeral 1 del Código de Procedimiento Penal. TERCERO: La materialidad o existencia de la infracción, así como la responsabilidad del acusado JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA, en el presente caso, se encuentran comprobadas conforme a derecho con las siguientes pruebas presentadas por la Fiscalía, en la Audiencia Pública de Juzgamiento: 1) Con el acuerdo probatorio, relativo al informe pericial químico suscrito por las

Dras. Guillermina Gallo Zeas y Mariana Torres Salazar, del que se desprende que las muestras corresponden a marihuana; 2) Con el testimonio propio de la Subteniente de Policía Mariela Vanessa Gallardo Inga, quién luego de rendir el juramento de Ley, manifestó que el 17 de Marzo del 2010 se encontraba circulando por el sector del Comité del Pueblo, específicamente en la calle Mestanza, en donde observó que dos jóvenes (JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA y STALIN ORTIZ SALGADO) estaban realizando cruces de manos; por lo que se procedió a detenerles y registrarles, encontrando en poder del acusado, unos sobres de papel y fundas con una sustancia verdosa, presumiblemente droga posteriormente ingresaron a su domicilio, donde se encontró más fundas con sustancias verdosas, las que al ser sometidas a las respectivas pruebas de campo dieron positivo para marihuana; también se encontró varios sobres de papel cuaderno, en cuyo interior se observó una sustancia amarillenta la misma que al ser sometida a las respectivas pruebas de campo dio positivo para cocaína, una arma que utiliza la policía y unos papelitos pequeños donde estaban escritos diferentes números telefónicos; 3) con el testimonio propio del Sargento Segundo de Policía Segundo Telmo Jiménez Falconí, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que realizó el acta de verificación y pesaje de la sustancia aprehendida en la presente causa, conjuntamente con la subteniente de policía Vanessa Gallardo Inga y el señor Agente Fiscal; que la sustancia dio un peso bruto total de 313gramos de marihuana y 49 gramos de cocaína; 4) con el testimonio propio del Cabo Segundo de Policía Hugo Giovanni Tipantuña Chancusi, quien luego de

rendir el juramento de ley, manifestó que realizó el informe de inspección ocular técnica, para lo cual fotografió varias fundas plásticas, en cuyo interior observo una sustancia color verdosa y otra color amarillenta, también fotografió billetes con la denominación de un dólar.- La señora Agente Fiscal como prueba documental introdujo en legal y debida forma al expediente: a) Acta de verificación y pesaje de la sustancia aprehendida; b) Informe químico de la sustancia realizado por las Dras Marina Torres y Guillermina Gallo; c) Acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización, practicada el 10 de mayo de 2010 por el juez Duodécimo de garantías penales de Pichincha, secretario de dicha judicatura y el delegado del secretario ejecutivo del CONSEP, en la que se puso de manifiesto la destrucción de 51.05 gramos de pasta y base de cocaína; y 324.04 gramos de marihuana (peso neto), en lo que tiene relación al acusado JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA, dando de esta manera cumplimiento a los Arts. 14 numeral 15 y 121 de la ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; d) certificado de antecedentes penales del acusado, documento que fue objetado por la defensa, lo cual tiene asidero legal, por cuanto se lo desestima. Finalmente, como prueba material, la señora Agente Fiscal presentó diez y seis papeles en los que constan diferentes números telefónicos.- CUARTO.- La defensa del acusado, en orden a desvanecer su responsabilidad penal, presento las siguientes pruebas: 1) El testimonio del acusado JUAN CARLOS CARLOSAMA CRUSIRIRA, quien bajo juramento, de forma libre, voluntaria y aviva voz, manifesto que el 17 de marzo 2010, le pagaron en su trabajo, dinero con el cual, compro droga para su consumo;

posteriormente, mientras se encontrando bicicleta se encontró con un conocido de nombres STALIN ORTIZ, con quien empezaron a conversar, en esos momentos, sonó su teléfono celular, por lo que le pidió a su conocido que sostuviera la bicicleta, acto seguido, llegó la policía y les trasladaron al cuartel del comité del pueblo. Agregó que después les llevaron al lugar en el cual comúnmente consumían droga (domicilio de STALIN ORTIZ); ahí los policías encontraron droga; que lo único que le encontraron en su poder fue 10 gramos de marihuana y 9 gramos de cocaína; en relación a los papeles con números telefónicos, manifestó que eran teléfonos de clientes, a quienes les hace tatuajes; que consume droga desde hace dos años atrás; 2) El testimonio del doctor Guillermo del Castillo, perito médico psicólogo, quien luego de rendir el juramento de ley, manifestó que el 6 de abril del 2010, realizó el examen psicológico y psiquiátrico a Juan Cariosama, en el cual observó que se trata de una persona con inteligencia normal, inestable emocionalmente, con predominio de su interés personal y con características antisociales; concluye que el acusado consume alcohol y marihuana y base de cocaína cuatro o cinco días a la semana; que 50 gramos de cocaína y 313 gramos de marihuana es excesivo para el consumo inmediato.- Como prueba documental la defensa del acusado introdujo al proceso en legal y debida forma, lo siguiente: a) certificados de antecedentes penales otorgados por los tribunales de garantías penales de Pichincha, en los que se determina que, a excepción de este tribunal, el acusado no tiene causa penal en su contra, ni ha recibido sentencia condenatoria; y, b) certificados otorgados por el centro de detención provisional de Quito y por el centro de

rehabilitación social de varones, de los que se desprende que el acusado entre otras cosas, ha mantenido una excelente conducta durante el tiempo que ha permanecido privado de su libertad. QUINTO.- Pruebas de cargo y de descargo que analizadas en su conjunto y a la luz de la sana crítica, confieren a este Tribunal juzgador la certeza de que el acusado Juan Carlosama, es responsable del delito que motiva este enjuiciamiento, toda vez que se ha demostrado el nexo causal entre la infracción cometida y la responsabilidad penal del procesado, quién adecuo su conducta en el delito de tenencia y posesión de sustancias ilícitas, contemplado en el Art. 62 de la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, que en su parte pertinente, señala que son responsables de este ilícito: “ quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito deducible de una o más circunstancias sustancias estupefacientes o psicotrópicas en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes de cualquier título, o que este bajo su dependencia o control”; en la especie, se demostró con el acuerdo probatorio al que arribaron los sujetos procesales(informe pericial químico) y con la prueba testimonial y documental actuada durante la audiencia de juzgamiento la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del acusado. En este sentido, el testimonio de la subteniente Mariela Gallardo Inga, fue definitivo para establecer que el 17 de marzo de 2010 en el sector del comité del pueblo observo que dos jóvenes (Stalin Ortiz y Juan Carlosama) realizaban cruce de manos por lo que procedieron a registrarles

encontrando en poder del acusado encontrando en poder del acusado, unos sobres de papel y fundas con una sustancia verdosa, presumiblemente droga posteriormente ingresaron a su domicilio, donde se encontró más fundas con sustancias verdosas, las que al ser sometidas a las respectivas pruebas de campo dieron positivo para marihuana; también se encontró varios sobres de papel cuaderno, en cuyo interior se observó una sustancia amarillenta la misma que al ser sometida a las respectivas pruebas de campo dio positivo para cocaína, respectivamente, lo cual guarda concordancia con los testimonios del Sargento Telmo Jiménez Falconí (Acta de verificación y pesaje de la sustancia aprehendida) y del Cabo Hugo Tipantuña Chacuci(Informe de inspección ocular técnica). Además, con el acta de destrucción de sustancias sujetas a fiscalización , se puso de manifiesto la destrucción de 51.05 gramos de pasta y base de cocaína y 324.04 gramos de marihuana(peso neto).- No obstante lo anterior, en el caso su-judice, le corresponde al Tribunal aplicar una pena proporcional, como lo establece el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República vigente, ya que el Código Penal y la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, aplicables al caso, constituyen normas de inferior jerarquía, y tanto la Constitución de la República, como los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por los estados, deben prevalecer, como lo determina el Art. 424 de la Constitución de la República en concordancia con los Arts. 426 y 427 ibídem en el contexto de estas disposiciones normativas, “los derechos consagrados en la Constitución y los Instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y

aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.....”, normas imperativas, que le obligan al Tribunal de garantías penales ha aplicar estas, aunque las partes no las invoquen expresamente, tomando en cuenta, que cada juicio penal tiene sus connotaciones y particularidades propias, que deben ser analizadas bajo estas premisas para tratar de equilibrar el hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, pues debe analizarse la proporcionalidad en su contexto, valorando y aplicando los principios constitucionales y los de derechos humanos, si la norma legal genera un resultado y una pena injusta. En este sentido, le corresponde al juzgador realizar una ponderación, con la finalidad que no se vulneren derechos y se impongan a los responsables de un infracción la pena más justa, a ello puede inclusive inobservar normas legales que contravengan normas constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos, pues el juez penal, como garantista del debido proceso y de los derechos humanos debe aplicar las normas jerárquicamente superiores cuando exista conflicto entre normas de distinta jerarquía. La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del estado en el ejercicio de los derechos humanos, es decir, es una garantía interpretativa de los derechos humanos que en un caso concreto y específico requieren de una interpretación adecuada conocida como ponderación, a través de la cual, se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos que tienen igual jerarquía normativa; el principio de proporcionalidad obliga al Tribunal a

imponer una pena que no puede ser mayor al daño producido por la infracción, principio aplicable al caso, tomando en cuenta los motivos y las circunstancias que rodearon el delito.- En esta línea la Corte Interamericana de derechos humanos es enfática al resaltar la relación de proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la respuesta estatal, cuando señala que “ en cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el actor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos”. Es así que, autores como Roxin, formula la insignificancia como causa de atipicidad, siempre teniendo en cuenta tanto el principio de mínima intervención, cuanto de proporcionalidad entre la infracción y la pena, principios que deben ser aplicados por los juzgadores, adecuando el sentido de las normas a la interpretación que más favorezca a la protección de los derechos humanos, superando el caduco paradigma de Montesquieu del juez como boca de la ley.- Por las consideraciones expuestas, de conformidad a los artículos 9, 11 numerales 1 y 3, 76 numeral 6, 424, 425, 426 y 427 de la constitución de la república; ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional, en sus Arts. 2 numerales 1 y 2, 3 numerales 2, 3 y 8; código orgánico de la función judicial en sus Arts. 5 y 6; y, tratados internacionales de derechos humanos, se aplica al caso sub-júdice, la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción, la mínima intervención y necesidad de la pena en aplicación a lo expuesto en los Arts.

304-A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, el tribunal noveno de garantías penales de Pichincha, declara Juan Carlos Carlosama Crusirira, con cédula de ciudadanía N° 1722120704, ecuatoriano, nacido en Quito de 21 años de edad, soltero, de instrucción secundaria, de ocupación bodeguero, domiciliado antes de su detención en las calles Ramón Jiménez y Carlos de Salas, casa N° 2335, privado de su libertad en el centro de rehabilitación social de varones de Quito N° 3, AUTOR, responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 62 de la ley de sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal, pero como en el presente caso se aplica la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, se inobserva la pena de reclusión mayor ordinaria prevista en dicho Artículo, por ser demasiado excesiva y atentatoria a los derechos humanos, y en su lugar- en base a las normas constitucionales, legales y de los tratados internacionales antes referidas – se le impone la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MENOR ORDINARIA y multa de treinta salarios mínimos vitales generales, que deberá ser cancelada hasta antes que se cumpla la pena impuesta, además se ordena el COMISO ESPECIAL de las evidencias que constan en el parte de detención, con excepción de sus documentos personales, de conformidad con el Art. 83 de la ley de sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, para tal efecto, ofíciase a la secretaria ejecutiva del CONSEP.- La pena privativa de libertad la cumplirá el sentenciado conforme

al código de ejecución de penas y rehabilitación social, esto es, en el respectivo centro de rehabilitación social de varones de Quito, debiendo descontársele todo el tiempo que hubiere permanecido detenido por esta causa. Se confirma la prohibición de enajenar de los bienes de propiedad del sentenciado, medida que fue dispuesta por el Juez A-quo, para lo cual se oficiara al señor registrador de la propiedad del cantón Quito.- Consúltese esta sentencia a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y notifíquese al señor Procurador General del Estado.- Cúmplase y notifíquese.-

F) DR. MARCO RODRIGUEZ RUIZ. PRESIDENTE; DR. CESAR URRUTIA FLORES Y DR. PATRICIO VACA NIETO, JUECES.

LO QUE COMUNICO PARA LOS FINES DE LEY.-

Dr. Roberto Llumiquinga.- Secretario

COMENTARIO.

Del caso analizado puedo manifestar que de manera histórica el Derecho Penal ha sido visto como un poder restrictivo, represivo, es por ello que hoy en día existe un amplio consenso en delimitar los fines punitivos del Estado a través de la Constitución, ya que este Poder se realiza mediante normas y decisiones jurídicas, que tanto el Legislador, que es quién las elabora, como el Juez que las aplica están vinculados por las prescripciones de la Constitución, siendo esta vinculación garantizada por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es la Corte Constitucional. Por lo que los principios rectores del sistema penal no deben

ser considerados como límites superficiales del *Ius Puniendi* sino más bien como principios constituyentes del Derecho Penal.

El presente caso es un claro ejemplo de la Ponderación realizada por los jueces del Tribunal de Garantías Penales de la Provincia de Pichincha y que efectivamente no se rigieron a la pena estipulada en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sino acudieron a otra pena que ni siquiera es la mínima para este tipo de delitos, beneficiando al culpable con pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria por ponderar los Jueces que la que estipula la ley de estupefacientes es demasiada exagerada y atentatoria a los derechos humanos.

Debo concluir que hay pocos jueces que realizan la ponderación y se la debe reglar a fin de que los jueces penales tengan una disposición y puedan ponderar y dar a cada circunstancia del delito una adecuada sanción; encontrándose amparados los administradores de justicia y también evitar cualquier abuso en cuanto a la aplicación de dicho principio que no deja de ser una herramienta para la administración de justicia.

SEGUNDO CASO

DATOS REFERENCIALES.

JUICIO PENAL: TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES DE LOJA.

DELITO: Posesión ilegal de sustancias estupefacientes y psicotrópicas

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA. - TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES. Loja, miércoles 12 de junio del 2013, las 14h58.

VISTOS: ANTECEDENTES.- Por sorteo llega al Tribunal, el auto de llamamiento a juicio pronunciado dentro del proceso penal No. 380-12, por el señor Juez Octavo Multicompetente de Loja, con sede en Gonzanamá, del 14 de enero del 2013, en contra del acusado ANGEL SALVADOR CHUQUIMARCA GAONA, quien acogiendo el pronunciamiento fiscal y por considerar de que se ha probado la materialidad de la infracción y de que existen serias presunciones de que el acusado es responsable del delito previsto y sancionado en el Art. 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en lo posterior, LSES. Por celebrada la audiencia oral, pública y contradictoria de Juzgamiento, corresponde pronunciar sentencia, por lo que para hacerlo se considera: PRIMERO: El Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja, tiene facultades jurisdiccionales conforme al numeral 5to, del Art. 17 y numeral 1, del Art. 18, del Código de Procedimiento Penal, en lo posterior CPP; y, por el sorteo de ley y lo previsto en el numeral 1ero, de los Arts. 21 y 28 del CPP, en relación con lo establecido en el numeral 1, del Art. 227 del Código Orgánico de la Función Judicial, en lo posterior COFJ, este Tribunal como Juez pluripersonal es competente, tanto por los miembros que lo conforman, el tiempo, el territorio y la materia.- SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- El proceso es válido al haberse observado las reglas del debido proceso y las garantías básicas constitucionales en la tramitación de la causa, se declara su validez.- TERCERO: IDENTIDAD DEL ACUSADO.- En la audiencia el acusado se

identifica como: ANGEL SALVADOR CHUQUIMARCA GAONA, con cedula de ciudadanía No. 1.6AA07563-2, de 69 años de edad, ecuatoriano, agricultor, con educación primaria, domiciliado en el barrio la Fragua, la parroquia el Ingenio, del Cantón Espíndola, de la Provincia de Loja, sin más datos de filiación que se puedan aportar.- CUARTO: DERECHOS DEL ACUSADO.- Declarado abierto el juicio, el Tribunal informó al acusado, los cargos que intenta probar la fiscalía y que pesan en su contra, de la gravedad y las consecuencias que se pueden derivar en su contra de hallarlo culpable, se le hizo conocer sus derechos constitucionales, a ser juzgado ante Juez natural e imparcial por lo que se le indicó que se encuentra ante el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Loja, en lo posterior, él Tribunal; que tiene derecho a la defensa que ha venido ejerciendo, por lo que podrá contestar o no las preguntas que se le formulen previa consulta a su abogado; que su testimonio es medio de defensa y prueba a su favor, pero de hallarlo culpable dará prueba contra él, que lo que diga puede y será considerado por el Tribunal al momento de resolver; Y, que en virtud del principio de inmediación, contradicción concentración y unidad dispositiva de la prueba se le advirtió esté atento a las actuaciones y exposiciones que se presentarán en el desarrollo de la audiencia.- QUINTO: HIPOTESIS DE ADECUACION TIPICA DEL TIPO PENAL.- La teoría inicial de fiscalía representada por la Dra. Lucía Sangurima Erraez, en síntesis se puede colegir: El iter crimines, deviene del parte policial informativo suscrito por el Teniente Juan Carlos Vizcaíno y Cabo Juan Carios Shagñay, por el que se conoce que el día 9 de Noviembre del 2012, en operativo de

interdicción de carreteras, a la altura del sitio San Vicente, del Cantón Gonzanamá, a eso de las 10H30, se detuvo la marcha del automotor de placas LAH-559, perteneciente a la Cooperativa de Transportes Unión Cariamanga, al abrir las bodegas del vehículo se encontró un saquillo de fibra , que en su interior tenía un bote plástico con frutas y en el fondo del mismo un paquete envuelto en cinta de embalaje, que contenía sustancia blanquecina de posible cocaína y que al ser consultado el controlador resultó ser dueño de ese bulto el señor Ángel Salvador Chuquimarca Gaona, y luego de los análisis de campo resultó ser base de cocaína por lo que fue puesto a órdenes de la autoridad competente.- Anuncia que presenta prueba testimonial y documental.- SEXTO: HIPOTESIS DE EXCLUSIÓN DEL TIPO PENAL.- El acusado a través de su abogado, expone su teoría inicial, que puede ser sintetizada así: Que encontrándose de salida del sector el Ingenio, del Cantón Amaluza, una persona del sitio se le acercó y le solicitó que lleve como encargo la evidencia que capturó la policía donde se encontraba la sustancia estupefaciente. Indica además que (sic) si bien no se ha logrado desvirtuar la inocencia de mi defendido no comprende porque razón no se hizo un operativo para lograr determinar el lugar a donde se iba a dejar esa droga, y que se considere la edad del acusado en relación a lo tipificado en el Art. 57 del Código Penal. Anuncia que presentará prueba documental y documental.- SEPTIMO.- De los datos consignados en la audiencia oral pública de juzgamiento, cuyo momento corresponde presentarlos para establecer tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad o inocencia del acusado, según lo prevé el Art. 250 del Código de

Procedimiento Penal, en relación con los artículos 79, 83, 85, 86, 252, 312 y 304-A *Ibíd*em, se observa: PRUEBA INCULPATORIA A CARGO DE LA FISCALÍA.- 1.1 La Fiscalía y abogado del acusado, exponen que a fin de dar por demostrados ciertos hechos y dar por demostrada la materialidad de la infracción, han llegado a conciliar los siguientes acuerdos probatorios: Pericia de análisis químico, practicada por el Sr. Dr. José Requelme Torres, que en sus conclusiones resalta que la sustancia analizada da positivo para base de cocaína; prueba de campo de identificación preliminar homologada, practicada por el Sargento Johnson Amari Méndez, que da positivo para cocaína; acta de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia estupefaciente incautada; acta de entrega recepción de evidencias al guardalmacén de la Jefatura Antinarcóticos de Loja, suscrita por Johnson Amari Méndez, agente Antinarcóticos y el Tnte. Juan Carlos Vizcaíno, consistentes en un balde plástico, un teléfono celular, un boleto de camino y un costal de nylon; acta de reconocimiento de evidencias e informe del reconocimiento del lugar de la infracción, practicadas por el señor policía José Ponluisa Solinas; documentos que de por sí y por la norma contenida en el Art. 119 del Código de Procedimiento Penal, no pueden convalidarse sino con el testimonio de quien los practica; sin embargo, éstos han quedado legalizadas e incorporadas al juicio, con los acuerdos probatorios arribados por los sujetos procesales, en razón de su pronunciamiento libre y voluntario, la autorización otorgada por el Tribunal de Garantías Penales, en mérito de lo dispuesto en el Art. 226.1, e inciso 2, del Art. 286.1, así como lo dispuesto en el inciso sexto del Art. 253 del CPP. 7.02 PRUEBA TESTIMONIAL: Tnte.

JUAN CARLOS VIZCAINO ZAMBRANO, CBOS, JUAN CARLOS SIAGÑAY AYNAGUANO, en sus calidades de agentes de la Policía Nacional del Ecuador, se puede sintetizar que coinciden en manifestar lo siguiente: El día 09 de noviembre del 2012, a eso de las 10H30, conformados en el grupo operativo GEMA, en momentos que se encontraban en operativo especial de interdicción de carreteras, a la altura del sitio San Vicente del Cantón Gonzanamá, se detuvo la marca del bus de la cooperativa de transportes Unión Cariamanga, la que al revisar sus bodegas se encontró en un saquillo que en su interior portaba un balde plástico con frutas, que al ser registrado se encontró un paquete envuelto con cita de embalaje con una sustancia blanquecina de posible droga. En ese momento el controlador manifestó que el dueño de la carga se encuentra de pasajero, quien luego se identificó como Ángel Salvador Chuquimarca Gaona, manifestando que es de él y que se lo habían entregado en la Ciudad de Cariamanga. Posteriormente se realizó la prueba de campo que dio positivo para cocaína, acto seguido se le leyó sus derechos y se procedió a su detención y ponerlo a orden de la autoridad competente.- Que el acusado no dio información confiable para considerar a quien se iba a ser entregada en la Ciudad de Loja, no mencionó nombres, ni concordaban las llamadas que refería, por esa razón no se hizo un operativo adicional por cuanto había información no confiable. 7.3 SANTIAGO ISRAEL GARCIA ROMERO, por su parte declara que la sustancia estupefaciente le fue entrega por el señor bodeguero de la Jefatura Antinarcóticos de Loja, señor Johnson Amari Méndez, que el acta de pesaje, toma de muestras y destrucción de la sustancia incautada, refirió

en ese momento un peso bruto de 1.539,99 gr. Y u peso neto de 1.499,49gr. De posible base de cocaína. 7.4 ARTURO VINICIO TORRES ESPINOSA, viene en calidad de oficial controlador del Bus de la Cooperativa Unión Cariamanga, que venía el día 9 de noviembre de 2012, desde Jimbura hacia la ciudad de toja. Indica que el tramo del ingenio, subió un señor Ángel Chuquimarca, con un saquillo que tenía un bote en su interior. Que para entrar a la Ciudad de Cariamanga se quedó y luego nuevamente lo recogieron entre la pileta y la vulcanizadora de la salida a Cariamanga, ingresando a la bodega con el mismo saquillo que subió en el Ingenio que en la vía en el momento del operativo el señor reconoció y dijo que era de él bulto que en la ciudad de Cariamanga, demoraron con el chofer al menos unos treinta minutos para desayunar y luego siguieron su camino. OCTAVO: PRUEBA DE NATURALEZA EXCULPATORIA DEL ACUSADO.- 8.1 La prueba del acusado, lejos de desvirtuar la prueba presentada por fiscalía, en cuanto a la materialidad de la infracción toda vez que en acuerdos probatorios ha sido aceptada; y, de cierta forma su responsabilidad en cuanto lo ha manifestado en la teoría inicial del caso, se subsume a solicitar se reciba el testimonio con juramento de ÁNGEL SALVADOR CHUQUIMARCA GAONA, quien indica: que en momentos que se encontraba en el barrio la Fragua, perteneciente a la parroquia el Ingenio, venía a Cariamanga, llegó un hombre y le dijo por favor lleve el costal y le insistió y entonces lo llevó. Que al rato llegó el bus y le dijo suba, y subió el balde que quien le entregó el balde no conoce su nombre, pero le dijo que lo lleve a Loja al terminal en Loja, que cree que el señor le iba a llamar por

celular tal vez y decirle que un señor llega con un balde y que le entregue. Que jamás sacó del costal para saber que había ahí. Que el señor que le entregó el costal antes de irse en el bus le dijo, a donde se va él dijo a Loja, entonces fue que le dijo que el bulto se lo lleve a Loja al Terminal, pero no le dijo exactamente a donde ni a quien entregar, que piensa que era de dejar en la unión Cariamanga. que el bajo en la Ciudad de Cariamanga a verlo al señor Pepe Tacuri, que es un vecino para preguntar cómo está porque lo esperaba en el parque central y para que le dé información de un médico que trabaja por la vía a Gonzanamá, que fue breve y que ha de haber tardado máximo unos ocho minutos.

8.2 Testimonios de los señores: ROGER MIGUEL JARAMILLO LUDEÑA, JOSÉ GUSTAVO JIMÉNEZ SARANGO, CARLOS MANUEL CASTILLO CASTILLO Y EULOGIO CORREA, certifican que el acusado no es una persona peligrosa para la sociedad que es trabajador y que en sus actos ha demostrado buena conducta.

NOVENO: DEBATES: La fiscalía y defensa han ofrecido en el juicio sus alegatos de clausura los que no es necesario reproducirlos, más aún cuando el análisis y correlación de la prueba le corresponde al Tribunal.-

DECIMO: 10.1 ANALISIS Y CORRELACIÓN DE LA PRUEBA.- En cuanto a los acuerdos probatorios propuestos por los sujetos procesales Fiscalía y abogado de acusado, en su exposición inicial mencionan que en base a la conversación mantenida y amparados ", el Art. 226.1, numeral 5, de Código de Procedimiento Penal, han llegado a acuerdos probatorios, acuerdos que se ciñen a lo expuesto en el considerando 7.1 de la sentencia, por lo que al no existir motivos para controvertir y de que se dan por ciertos y probados

los hechos sobre la materialidad de la infracción, por ser legal y procedente el Tribunal de Garantías Penales lo aprueba en razón de lo expuesto en el inciso 2do, del Art.286.1 del CPP, así como lo dispuesto en el inciso 6to del Art. 253 ibídem.- Para la presente sentencia debe considerarse el Art. 75 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con lo expuesto en el Art. 18, 19 y 20 del COFJ, en razón que dichas normas respaldan al sistema procesal como un medio para la realización de justicia, mediante los cuales se consagran los principios de celeridad haciendo efectivas las garantías básicas del debido proceso; que los procesos se sustancien con la intervención directa de jueces, ajustándose a la menor cantidad posible de actos que contribuya a la celeridad del proceso, en base al principio supremo de celeridad en la administración de justicia por los entes del Estado; y, en la Ley se regulan los procedimientos y límites por los que deben cumplirse en forma obligatoria dichos principios, razón por la que es factible se aprueben los acuerdos probatorios en referencia.- 10.02 La finalidad del juicio, consiste en la justificación en Audiencia y ante el Tribunal, la existencia de la infracción que se juzga y la responsabilidad del acusado para según corresponda condenarlo o absolverlo, más siendo ésta la etapa donde se decide la situación jurídica procesal del acusado y donde se practican y aportan los actos procesales de prueba idóneos de cargo y descargo que permitan al Tribunal, tener la certeza de la existencia del delito, como la responsabilidad penal del acusado, hay que observar lo dispuesto en el Art. 85, del CPP, que establece, la finalidad de la prueba es llegar a establecer la existencia de la infracción penal punible y la

responsabilidad penal del acusado la. Las experticas realizadas por Fiscalía en la etapa procesal para verificar la materialidad de infracción, alcanzan el valor de prueba cuando son sustentadas y valoradas en la audiencia de juicio, acción que se considera como la "incorporación", de las actuaciones realizadas o cumplidas en la etapa de instrucción fiscal, como medio para alcanzar que las evidencias acopiadas en la instrucción fiscal y aportadas en el juicio adquieran la categoría de prueba por haber sido actuadas ante el órgano jurisdiccional competente; es decir que la prueba tiene validez solo si hubiere sido solicitada, ordenada, actuada e incorporada al proceso de conformidad a lo que disponen los Arts. 79, 119,250 y 253 del ibídem y en cumplimiento a los principios fundamentales de legalidad, oralidad, inmediación, dispositivo de la prueba y contradicción en la sustanciación del proceso; y, los de contradicción, concentración, independencia y publicidad en la presentación de pruebas, a fin que de que se sustente la posibilidad de exclusión de prueba; así como los puntualizados en el Los Arts. 75, 76, 768 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, eventos que se han cumplido en forma legal. En el caso en concreto, ha de justificarse en forma inequívoca la existencia de la infracción penal punible contenida en el Art. 62 de la LSES, cuya norma dispone, Art.62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas. Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios,

arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales". DECIMO PRIMERO.- ELEMENTOS DEL TIPO._ 11.01 Entre los elementos constitutivos del tipo objetivo acusado por la fiscalía están: El sujeto activo o, autor del hecho constitutivo de la infracción, que según el tipo penal no calificado en razón que el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo, o titular del bien jurídico lesionado, al tratarse de un delito de peligro abstracto, por una infracción comprendida en la esfera de los delitos contra la salud pública, no exige de un sujeto calificado, o bien no cuenta con una víctima singular, porque se entiende que es la sociedad a quien el legislador trata de proteger, en razón de tutelar y proteger al bien jurídico inteligenciado.- El objeto o cosa sobre la que recayó el daño o los efectos del acto, es contra el bien jurídico protegido por los efectos nocivos que produce la sustancia ilícita a cuyo efecto, los sujetos procesales llegaron a acuerdos probatorios que fueron aprobados en el juicio, los que han llegado a demostrar en forma clara e incontrovertible la existencia de la sustancia estupefaciente incautada el día que se narran los hechos en posesión del acusado y que corresponden a base de cocaína, sustancia ilícita que abstracta o generalmente pone en peligro al bien jurídico tutelado como lo es la salud pública, por lo que, a la luz de la sana crítica, ante los hechos expuestos y lo evidenciado con los medios de prueba y el sentido común, existen pruebas suficientes para que el Tribunal de por demostrada la materialidad de la

Infracción. 11.02 La conducta está determinada por el verbo rector en materia de posesión o tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas son "poseer y tener" sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, o que este bajo su dependen- su o control, esto independientemente de que la propiedad pueda o no corresponderle o, tener o poseer a título de señor y dueño, pues al no entrar en discusión la manifestación de propiedad o titularidad en los términos que señala el Código Civil como elemento sustancial del tipo penal, la conducta ilegítima del acusado, ha quedado demostrada con la amplia prueba documental expuesta por Fiscalía, con el testimonio bajo juramento de los elementos policíacos teniente Juan Carlos Vizcaíno Zambrano y Cabo Juan Carlos Shagñay, como la del controlador del bus Arturo Vinicio Torres, que en ese momento viajaba el acusado; e inclusive hasta la del mismo acusado, por cuanto el Tribunal, a la luz de las reglas de la sana crítica que como sistema de libre apreciación admite la libertad del Juez para valorar la pruebas de acuerdo a la lógica, sentido común y fundamentalmente las reglas de la experiencia; que sea razonada, razonable y proporcional a fin de evitar un análisis que resulte por capricho, arbitrario o subjetivo, contrario al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia; sino que también involucra el derecho a obtener una decisión judicial fundamentada en el material probatorio debidamente recaudado en el juicio, con el propósito de vigilar y hacer efectivas las garantías básicas del debido proceso y obtener la certeza de la

demostración de los argumentos que estructuran la decisión, sin perder de vista que la sentencia seleccionada por la libre apreciación, sea en forma motivada y se haya garantizado la contradicción y el derecho a la defensa; argumentos por los que el Tribunal, los valora como poco ortodoxas y contradictorias por ende carentes de la verdad. Primero en razón que el acusado en su momento manifiesta que tomó el compromiso de entregar el bulto de un extraño del que no conoce ni sus nombres; segundo no sabía a quién debía entregarlo, sin embargo considera que lo iban a llamar por teléfono, más si no se conocen, me pregunto, cómo hubiese sido posible su comunicación; tercero porque en un inicio manifestó que su trayecto era hacia la ciudad de Cariamanga, más luego que quien le entregó el bulto le pregunto si iba hacía Loja, a lo que el acusado respondió afirmativamente; y, lo más relevante que el controlador de la Unidad de transporte Cariamanga, acreditó que el acusado bajó en la entrada a Cariamanga, que luego desayunaron con el chofer del bus, por lo que demoraron su marcha al menos por unos treinta minutos y luego volvieron a recoger al acusado a la salida de Cariamanga; más lo curioso resulta que el acusado menciona que demoró en el trayecto de visitar a su amigo Pepe Tacuri, un espacio máximo de ocho minutos, que luego fue al terminal y ya no encontró a la Cooperativa por lo que subió a camioneta y fue á esperarla en la salida del pueblo; más esto no es factible y resulta contradictorio, ya que el bus de la Unión Cariamanga, conforme se ha probado, demoró al menos media hora por el desayuno del controlador y chofer, espacio de tiempo largo en relación al que dice esperó el acusado y que ya no encontró a la unidad en su terminal,

por lo tanto las circunstancias que narra el acusado no son fiables para acreditar la teoría del acusado; razones por las que en su conjunto permiten colegir que actuó con voluntad y conciencia, dado que consultó con su abogado y fue advertido de las consecuencias favorables y desfavorables de su testimonio; pruebas que analizadas y valoradas dan la certeza al Tribunal para corroborar la responsabilidad penal de la acusado. De otro lado no se ha justificado por el acusado que tenga la autorización para poseer sustancias sujetas a fiscalización conforme lo previene el Art, 38 de la LSES.

11.03 En el juicio tampoco ha logrado justificar encontrarse beneficiado de alguna causal de justificación, y en cuanto a la antijuridicidad material, no ha demostrado que no se haya lesionado un bien jurídico protegido; más en el caso concreto se produjo la conducta y sus elementos, poseer o tener sustancias sujetas a control, resultando con ello el daño a un bien jurídico protegido como es la salud pública, bien jurídico al que todos los seres humanos tenemos derecho conforme a la Carta Constitucional, tomando en cuenta y como referente que estos ilícitos han sido catalogados en la esfera de delitos de "lesa humanidad... según reza de la Sentencia... No. 001-12-sNc-cc, dentro del caso No. 0023-09-cN, pronunciada por LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN, Publicada en el suplemento del Registro Oficial 634 del 6 de febrero del 2012. "; razones por las que al configurarse los presupuestos de la categoría dogmática de la antijuridicidad, procede analizar la culpabilidad del acusado, como juicio de reproche.

11.04 Sobre la categoría dogmática de la culpabilidad dicho juicio tiene como presupuestos los componentes de tipicidad, imputabilidad,

conciencia actual o potencial y de la antijuridicidad. 11.05 El acusado no ha demostrado ser inimputable frente al derecho penal. 11.06 Tampoco se ha demostrado que obró en virtud de error de prohibición vencible o, invencible. 11.07 Por configuradas todas las categorías dogmáticas con la prueba obtenida y contrastadas con el principio de certeza, se declara probada la materialidad de la infracción y su responsabilidad penal y con lo analizado el Tribunal concluye que el acusado tuvo dominio real de sus actos y del resultado típico de la infracción, pues su voluntad estaba dirigida para alcanzar el fin propuesto, por lo que conociendo de la infracción penal seleccionó y aprobó los medios de acción eficaces para alcanzarlo como ha quedado demostrado. 11.08 En los delitos dolosos, es autor solamente el que tiene dominio fáctico sobre la realización del tipo, mediante el dominio final sobre el acontecer, en el caso expuesto el acusado, tuvo el dominio real del resultado típico y al poseer o tener sustancias estupefaciente o psicotrópica, actuó con voluntad y conciencia, consumando de esta forma su ilícito propósito que se encuentran en actos directos e inmediatos contemplados en lo previsto en el Art. 42 del Código Penal, que la enmarca en el ámbito de la autoría..- No se han logrado demostrar existencia de circunstancias agravantes por la infracción que se juzga por lo que procede analizar las circunstancias atenuantes ofrecidas en el juicio por el acusado como su prueba testimonial que a su criterio refieren ser una persona No peligrosa a la sociedad; y, la de conducta que certifica el Centro de Rehabilitación Social de Loja, que es muy buena; por tanto la atenuante justificada es la prevista en el numeral 7 y 2 del Art.29 del Código Penal.

11.09. Por otro lado el Art. 51 del Código Penal, impone al juzgador NO aplicar penas de reclusión, al mayor de sesenta y cinco años de edad, al que en tal edad cometiere un delito sancionado con reclusión, circunstancia y edad que el acusado ha corroborado con la copia íntegra de la partida de nacimiento; por lo que resulta incorrecto por el ilícito previsto que el Tribunal impusiere como sanción la pena prevista en el Art. 61 de LSES, pues ésta aún modificada y por las circunstancias atenuantes justificadas, estaría en contra de ese mandato legal, dado que acorde a lo expuesto en el Art. 72 del Código Penal, en la práctica resultaría seleccionar una pena en el rango de ocho a doce de reclusión mayor ordinaria; a ello hay que añadir que la clasificación de las penas previstas el Art. 51 ibídem, se estipulan penas de prisión de ocho días hasta cinco años, quedando sin fundamento el imponer una eventual pena de prisión de ocho a doce años. A este criterio se suma la resolución de la Corte Constitucional 15, publicada en el Registro Oficial Suplemento 5J7, del 24 de abril del 2009, por la que desecha la declaratoria de inaplicabilidad de la frase "no se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años," dejándola vigente y dado principalmente "...por la deuda que mantiene el Estado con la sociedad por no haber adecuado el sistema de ejecución de penas, ni acondicionar los distintos centros de cumplimiento actualmente previstos en el ordenamiento penal..."; con los antecedentes expuestos y al haberse formado la certeza por parte del Tribunal del cometimiento del delito de transporte de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, así como la convicción de que el acusado es el autor del mismo conforme lo prevén los Arts. 252 y 304-A del Código de

Procedimiento Penal y a la luz de las reglas de la sana crítica; el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara a ANGEL SALVADOR CHUQUIMARCA GAONA, cuyos generales de Ley se encuentran aportados, autor y culpable del delito de transporte ilícito de sustancia estupefaciente, concretamente de base de cocaína, tipificado y sancionado en el Art. 61 de LSES, quien por haber lesionado el bien jurídico de la salud pública; sin embargo, por justificadas las circunstancias atenuantes invocadas; por las circunstancias establecidas en el cometimiento de la infracción y las circunstancias de vulnerabilidad en las que se encuentra; principio de proporcionalidad; indubio pro reo, y, del principio "pro homine", previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se le impone la pena de DOS ANOS DE PRISION CORRECCIONAL que debe cumplir en el Centro de Rehabilitación Social de Loja, debiendo descontarse todo el tiempo que por esta causa haya permanecido privado de su libertad; y multa de un mil salarios básicos unificados.- Se ordena el decomiso definitivo de los bienes incautados al acusado al momento de la detención y que constan como evidencias a favor del CONSEP, para que provean de ellos conforme a ley excepto los documentos personales del acusado que de existir, serán entregados a su propietario. Se ordena la destrucción de las muestras y contra-muestras de las sustancias incautadas así como del boleto de camino, balde y saquillo presentados como evidencias, una vez que hayan

sido dados de baja por el CONSEP.- Elévese en consulta los autos al superior.- El Tribunal no encuentra que haya indebida actuación del representante de la fiscalía ni del abogado del acusado.-Llamase a intervenir al Sr. Dr. Richard Figueroa Ochoa, en calidad de secretario Ad-hoc del Tribunal.- Hágase saber.

COMENTARIO.

Del caso analizado puedo manifestar que el derecho penal en nuestro país tiene una estrecha vinculación con la Constitución, siendo garantizado por la atribución de un control sobre el legislativo y los jueces a un órgano supremo que es la Corte Constitucional. Por lo que los principios rectores del sistema penal no deben ser considerados como límites superficiales del *Ius Puniendi* sino más bien como principios constituyentes del Derecho Penal.

En el presente caso los señores jueces del Tribunal Penal Segundo de Loja, recurren al igual que en el caso anterior al máximo a la ponderación en cuanto a la aplicación de la proporcionalidad de la pena impuesta al infractor, por posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, dicha proporcionalidad debe ser regulada en nuestra legislación penal, a fin de que los jueces penales apliquen la ponderación en medida que corresponda con respeto a los derechos fundamentales a los derechos humanos y a la característica de cada delito diferenciado por sus particularidades, justificando un adecuado procedimiento para evitar abuso de los jueces en cuanto a la aplicación de dicho principio.

7 DISCUSIÓN

7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1.1 Objetivo General:

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de la presente Tesis se han visto conseguidos en el punto de la Revisión de Literatura que he desarrollado, así el objetivo general que se refería a:

“Realizar un estudio jurídico, teórico y doctrinal de la legislación ecuatoriana y, de manera preferente en la Constitución de la República del Ecuador, Código Penal y Procedimiento Penal sobre el alcance de la discrecionalidad del Juez de Garantías Penales en la aplicación del criterio de la Ponderación al tomar las decisiones judiciales.”

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en el marco doctrinario y jurídico en general, analizando la ponderación en materia penal y su aplicación en nuestro sistema judicial punitivo, temas en los cuales con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país y con la utilización de la legislación de otros países respecto al tema me ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo, el cual es de suma importancia para el desarrollo de la presente tesis ya que menciona el análisis del tema central de investigación.

7.1.2 Objetivos Específicos:

Primer objetivo específico:

“Exponer los fundamentos teóricos sobre la interpretación y aplicación de las soluciones penales por parte del Órgano Jurisdiccional, a partir del análisis de los criterios de Ponderación y discrecionalidad en tan importante labor”.

Podemos observar en esta tesis, que en efecto con el estudio de la normativa prevista en nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, podemos notar que con respecto a la ponderación y su aplicación en materia penal por parte de nuestros jueces no existe adecuada legislación, y que incluso existe falta de norma específica con respecto a este tema.

Segundo objetivo específico:

“Determinar que en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, no se ha insertado norma alguna que limite al Juez de Garantías Penales la aplicación de la Ponderación”.

Con el análisis de la norma legal; y, el estudio constante en la Revisión de Literatura podemos observar que se requiere de una reforma al Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano y Sustantivo Penal, que de una manera adecuada, permita al juez de garantías penales la aplicación de la ponderación de una manera correcta y eficaz.

Tercer objetivo específico:

“Presentar propuestas de reformas al Código Procesal Penal Ecuatoriano, determinando los parámetros o límites que el Juez Penal debe atenerse al momento de la aplicación de la Ponderación como acto discrecional judicial, a efecto de garantizar un adecuado respeto a los derechos fundamentales”.

Como se puede deducir de la presente tesis, este objetivo específico ha sido cumplido a cabalidad, tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo, la cual fue de vital importancia para el desarrollo de la presente, que sin ninguna duda sugiero como aporte para nuestro sistema normativo penal.

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

“La Ponderación como criterio de interpretación y aplicación de las leyes penales por parte de los jueces de garantías no conoce parámetros como para garantizar un adecuado respeto a los derechos fundamentales, por lo que es necesario fijarlas a partir de la modificación al Código de Procedimiento Penal coadyuvando además a limitar la discrecionalidad judicial”.

Luego de la realización de la presente tesis, concluyo que esta hipótesis es verdadera puesto que del análisis de la investigación de campo comprobé que es necesario incluir una normativa clara que norme la ponderación en

materia penal con absoluto respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De igual manera he llegado a cumplir con la cabal comprobación científica e empírica de la hipótesis planteada, a través del desarrollo bibliográfico, de opiniones vertidas, de libros sobre la temática planteada, que tienen gran realce en nuestro medio, así como también en el detalle descriptivo del análisis de casos de la problemática planteada, tomando también en consideración la descripción de legislación comparada;

También ha sido confirmada esta hipótesis con los resultados obtenidos en la encuesta planteada a treinta abogados en libre ejercicio y servidores públicos, con la entrevista planteada a Jueces de Garantías Penales de la ciudad de Loja, por lo que considero como afirmativa mi hipótesis en todas sus partes, la cual señala que nuestro Código de Procedimiento Penal adolece de una normativa que permita la correcta y eficaz aplicación de la Ponderación como criterio del juez penal.

7.3. Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

Al haber cumplido a cabalidad con mi tarea de investigación y respaldado en la recopilación bibliográfica, el análisis jurídico de Legislación, del Código de Sustantivo y Adjetivo penal, y además en la Legislación Comparada, como también en la encuesta, entrevista y estudio de casos, fundamento y sustento mi propuesta de reforma, así:

El sustento jurídico legal que tiene mi propuesta de reforma básicamente radica en nuestra Constitución, específicamente en su “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

Es decir, toda autoridad al encontrarse frente a un conflicto entre normas constitucionales, está obligada a ponderar, valorar, balancear o como se lo quiera llamar, que le permita una mejor efectividad de los derechos constitucionales, provocando que los mismos no sean coartados por una discrecionalidad del juzgador sin límites.

Hablando de un modo general debemos comprender que no por tratarse de derechos constitucionales nos referimos a una competencia exclusiva de la Corte Constitucional, sino que se debe entender que cuando se somete un conflicto de las cualidades que la Ley determina para una competencia específica y en el que se presenta una controversia el Juez deberá conocer y resolver en mérito a la ponderación constitucional.

Es importante resaltar que con este nuevo modelo de interpretación, el Juez que va a resolver un conflicto ya no puede contemplar como su primer paso el observar qué norma legal ampara la pretensión del actor o si existe o si realmente lo ampara; pues ahora existe una cobija mucho más amplia e

importante en el sentido valorativo al sopesar los derechos constitucionales cuando estos colisionan.

Es así que la ponderación constitucional, puede ser vista como una herramienta sumamente peligrosa, que en manos de la discrecionalidad de los jueces en su mala aplicación o en su no aplicación; toda vez que, si un Juez no se presenta como el protector del conglomerado social haciendo respetar sus derechos humanos y fundamentales, jamás se podrá hablar de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, mucho menos se podrá tener la confianza de una auténtica seguridad jurídica.

Esta problemática es de reciente vigencia en Ecuador, por consiguiente es de trascendental importancia, ya que constituye un problema jurídico-social actual, que debería ser regulado, normado a fin de que los principios o derechos fundamentales no sean afectados por la discrecionalidad del juez que puede ser aplicable en la interpretación de principios mediante el sistema de balanceo o ponderación.

La Constitución de la República prohíbe todas las afectaciones desproporcionadas a los Derechos Fundamentales o cuando no se observa las reglas de la ponderación, es decir cuando genera leves beneficios para el principio que la justifica y correlativamente afecta de manera intensa al derecho fundamental, lo cual implica que las afectaciones a los derechos fundamentales que se llevan a cabo dentro del proceso penal deben ser proporcionadas.

En el caso de nuestra Constitución está dispuesto en el Art. 427 que dispone:

“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se sujete a la Constitución en su integridad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de interpretación constitucional”

La interpretación evolutiva es aquella que se basa en una visión del texto constitucional como normativa con cláusulas abiertas. La interpretación evolutiva recurre a fuentes y valores que no está explícitos y su argumentación se fundamenta en valores, como un descifrado axiológico. Este tipo de interpretación es dinámica y se puede extender a hipótesis no previstas por el constituyente. Esto es lo que la doctrina del neo constitucionalismo llama ponderación.

La ponderación es lo que caracteriza al neoconstitucionalismo, como método de interpretación de principios generales en relación con los derechos fundamentales. El debate y en particular la problemática se centran en el nivel de discrecionalidad del juez y la afectación de los derechos humanos desarrollados por el legislador.

El pensamiento positivista considera que la ponderación es un elemento meramente terminológico; en el positivismo los márgenes están bien limitados, el juez solo hace lo que la norma le permite; contrariamente, en el

neoconstitucionalismo no existen márgenes definidos para el delicado trabajo del juez.

El Código de Procedimiento Penal contempla varios tipos de afectaciones a los derechos que en todo caso deben llevarse a cabo después de una ponderación de los beneficios que con ellos se obtendrán. En este sentido debe observarse la intensidad de la afectación en el derecho que debe ser proporcionada a la gravedad del delito y a los beneficios que con ella se obtendrán en el proceso penal.

8 CONCLUSIONES.

PRIMERA: La actual Constitución reconoce a nuestro país como un Estado Constitucional garantista de derechos fundamentales otorgándoles igual valor a cada uno de ellos.

SEGUNDA: La ponderación en materia penal es la facultad o el poder de discernimiento que tienen los jueces de poder aplicar las sentencias apegadas a derecho y según su criterio personal.

TERCERA: Nuestra Carta Magna, establece y garantiza a los ciudadanos el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

CUARTA En la actualidad la mayoría de jueces de lo penal de nuestro país no aplican adecuadamente la ponderación a favor del ciudadano infractor.

QUINTA: Un alto porcentaje de jueces penales de nuestro país desconocen el principio o criterio de ponderación, razón por la cual no lo aplican o simplemente se extra limitan al momento de dictar sentencia.

SEXTA: La normativa prevista en nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal no responde adecuadamente a una regulación de la aplicación de la ponderación de los jueces en materia penal.

SEPTIMA: Debe establecerse o estipularse dentro del código sustantivo y adjetivo penal un adecuado procedimiento que no permita al juzgador extra limitarse en la aplicación del principio de la ponderación en materia penal.

OCTAVA: Nuestra legislación penal, no establece un límite en cuanto a las veces que puede beneficiarse con el principio de la ponderación un imputado en el cometimiento de un mismo tipo de infracción.

NOVENA: El derecho penal internacional a través de los convenios firmados y ratificados por nuestro país y en virtud de la defensa de los Derechos Humanos interviene de manera directa en nuestra legislación penal.

DECIMA: El Sistema Jurídico Penal ecuatoriano, actualmente recurre a criterios doctrinarios de autores extranjeros para poder aplicar el Principio de Ponderación

9 RECOMENDACIONES:

PRIMERA: Recomiendo a los jueces de nuestro país tomar en consideración los preceptos constitucionales referentes a los derechos fundamentales de los ciudadanos, al momento de impartir justicia.

SEGUNDA: Recomiendo a los jueces penales de nuestro país recurrir al principio de ponderación para que puedan aplicar las sentencias apegadas a derecho y según su criterio y discreción personal.

TERCERA: Se debe tener muy en cuenta el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, para que estas no sean demasiado severas.

CUARTA Recomiendo a los jueces penales de nuestro país instruirse más en lo referente al principio de ponderación para que puedan aplicar de manera proporcional las sanciones a los ciudadanos infractores.

QUINTA: El Estado debe capacitar a los jueces de nuestro país en lo referente al principio o criterio de ponderación, para que estos al estar preparados no duden o cometan errores jurídicos al momento de dictar sentencia.

SEXTA: Debe reformarse la normativa prevista en nuestros códigos sustantivo y adjetivo penal, para que respondan adecuadamente a una regulación de la aplicación de la ponderación por parte de los jueces en materia penal.

SEPTIMA: Debe establecerse o estipularse dentro del código sustantivo y adjetivo penal un adecuado procedimiento que no permita al juzgador extra limitarse en la aplicación del principio de la ponderación en materia penal.

OCTAVA: Debe estipularse en nuestra legislación penal un límite en cuanto a las veces que puede beneficiarse con el principio de la ponderación un imputado en el cometimiento de un mismo tipo de infracción.

NOVENA: Debe ponerse un límite en cuanto a la intervención del derecho penal internacional en nuestro país, ya que con el pretexto del respeto a los Derechos Humanos interviene de manera directa en nuestra legislación penal.

DECIMA: Nuestros legisladores deberían tener en consideración criterios doctrinarios de autores ecuatorianos o latinoamericanos de establecer o estipular la normativa penal, que permita acoger el principio de ponderación.

9.1 PROPUESTA JURÍDICA.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76 numeral 6 establece la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Que el Código Penal de la República del Ecuador es un cuerpo de normas y descripciones de delitos que aspira consolidar la política de seguridad interna de la sociedad ecuatoriana;

Que la justicia penal ecuatoriana basa su accionar, en la calidad de operador de la justicia, a través de las normas comprendidas en el Código Penal;

Que los lineamientos generales estipulados en el Código Penal con respecto a la aplicación de la ponderación no son suficientes para su adecuada regulación.

Que es necesaria una reforma al Código Penal, en lo referente ha estipular un adecuado procedimiento para la aplicación del principio de ponderación en las penas.

En uso de las facultades previstas en el art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, resuelve expedir la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

Art. 1. – En el Capítulo II denominado **DE LA APLICACIÓN Y MODIFICACION DE LAS PENAS**. Agréguese el siguiente Artículo:

Art...72... PRINCIPIO DE PONDERACION EN LA APLICACION DE LAS PENAS. En la aplicación de toda pena se recurrirá al principio de ponderación a efecto de que las mismas guarden una adecuada proporcionalidad con el tipo de infracción cometida, precautelando siempre el induvio pro-reo, recurriendo a principios constitucionales e incluso a Tratados Internacionales de protección de los Derechos Humanos.

Las Juezas o Jueces estarán facultados para recurrir al mecanismo de ponderación, tomando en cuenta la infracción penal con sus connotaciones y particularidades propias, que deben ser ponderadas bajo las premisas del respeto a los derechos consagrados en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la equidad y el equilibrio del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, pues deberá analizarse la proporcionalidad en su contexto.

Art...72.1....LIMITES DE LA PONDERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS. Las Juezas o Jueces al momento de sentenciar aplicaran el principio de ponderación con una discrecionalidad máxima de hasta la cuarta parte de la pena impuesta al infractor,

El infractor no podrá beneficiarse del principio de la ponderación, cuando es reincidente en el cometimiento del mismo tipo penal del que se le juzga.

Las Juezas y Jueces serán responsables penal, civil y administrativamente, si al momento de juzgar no aplicaren el principio de la ponderación conforme a lo estipulado en éste código.

DISPOSICIÓN FINAL.-La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, con sede en Quito, a los 23 días del mes de Enero del 2013.

f).....

PRESIDENTA
ASAMBLEA NACIONAL

f).....

SECRETARIO GENERAL
ASAMBLEA NACIONAL

10 BIBLIOGRAFIA

- **AGUIRRE Torres, Marco**, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- **ALEXY Robert**, Teoría del discurso y derechos humanos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- **ARAGÓN REYES Manuel**, BALAGUER CALLEJON Francisco y otros, Teoría de la constitución, Compilador Miguel Carbonell, Editorial Porrúa, México, 2005.
- **ASENSI SABATER, José**, Constitucionalismo y Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996
- **BARRAGÁN ROMERO, Gil**, “El control de constitucionalidad”, en Temas de derecho constitucional, Academia Ecuatoriana de derecho constitucional, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2003.
- **BECARIA Cesar**, De los Delitos y las Penas, Santiago de Cuba, Ediciones Gabinete, 1993.
- **BERNAL PULIDO Carlos**, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid 2007.
- **BODES TORRES Jorge**, “El juez, la norma y el Debido Proceso”, Ponencia, Unión Nacional de Juristas de Cuba.

- **CABANELLAS Guillermo**, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L. DERSHOWITZ Alan, Rights from Wrongs, Basic Books, New York, 2005.
- **CÓDIGO PENAL ECUADOR**, Actualizado a agosto de 2006, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009
- **CODIGO PENAL ARGENTINO**, Publicación del Honorable Congreso Nacional, Año2008.
- **CODIGO PENAL CHILENO**, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Santiago de Chile, Año 2009.
- **CODIGO PENAL DE MEXICO**, Distribuciones Fontamara, Año 2010
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, octubre de 2009.
- **DIEZ PICAZO L.**, “Constitución, Ley, juez”, en Revista Española de Derecho Constitucional.
- **EZAINE Chávez, Amado**. Diccionario de Derecho Penal, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, 1992.
- **FERRAJOLI Luigi**, Epistemología Jurídica y Garantismo, Distribuciones Fontamara, México, 2006.
- **FUNDACIÓN ESQUEL USAID**, Nuevo Sistema Procesal Penal. Ecuador. 2003.

- **GIL DOMÍNGUEZ Andrés**, Neoconstitucionalismo y derechos colectivos, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- **JARAMILLO Juan, Alfredo**, La Práctica Forense y Casos Penales, Ecuador, 2004.
- **KELSEN Hans**, Teoría pura del derecho, Editorial Porrúa, México, 2007.
- **MANCERO Carrasco, Hugo**, Responsabilidad de los Jueces, Ecuador, 2003
- **MEMORIAS**, XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Colombia, Editorial LEYER, 2006.
- **MONTESQUIEU**, El espíritu de las Leyes, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- **PEREIRA MENAUT**, Teoría Constitucional, Lexis Nexis, Santiago, Chile, 2006.
- **PRIETO SANCHÍS Luis**, “El constitucionalismo de los derechos”, en Teoría del neoconstitucionalismo, Editorial Trotta, Madrid, 2007.
- **TORRES Chaves, Efraín**, “Breves Comentarios al Código de Procedimiento Penal”, Segunda Edición.
- **VIDAL PRADO, Carlos**, “Derechos Educativos. Derechos a la Tutela Judicial Efectiva”, en Derecho Constitucional III, editorial Colex, Madrid, 2003.

11. ANEXOS

ANEXO No. 1

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor Doctor (a):

En la forma más comedida acudo a Usted, para solicitarle que se sirva dar contestación a las preguntas que le presento a continuación, la información requerida será utilizada de manera exclusiva para la elaboración de mi trabajo de Investigación, desde ya antelo mi gratitud por su gentil colaboración.

CUESTIONARIO:

1 ¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

.....
.....

2 ¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

.....
.....
3 ¿Según su criterio, la normativa actual prevista tanto en nuestra Constitución como en el código sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

.....
.....
4 ¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

.....
.....
5 ¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia?

GRACIAS POR SU COLABORACION

ANEXO No. 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor Doctor (a):

En la forma más comedida acudo a Usted, para solicitarle que se sirva dar contestación a las preguntas que le presento a continuación, la información requerida será utilizada de manera exclusiva para la elaboración de mi trabajo de Investigación, desde ya antelo mi gratitud por su gentil colaboración.

CUESTIONARIO:

1 ¿A su criterio, como define a la ponderación y su aplicación en materia penal?

.....
.....

2 ¿Considera usted que en nuestro país los jueces penales al momento de dictar sentencia aplican adecuadamente la Ponderación?

.....
.....

3 ¿Según su criterio, la normativa actual prevista tanto en nuestra Constitución como en el código sustantivo y adjetivo penal responde adecuadamente a una regulación de la ponderación y su aplicación?

.....
.....

4 ¿Cree Ud. que se necesita establecer una normativa específica con respecto a la ponderación en materia penal?

.....
.....

5 ¿Considera usted necesario introducir reformas a nuestros Códigos sustantivo y adjetivo penal, que permita a los jueces penales aplicar correctamente la ponderación al momento de dictar sentencia?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACION

INDICE

Portada.....	I
Certificación.....	II
Autoría.....	III
Carta de Autorización.....	IV
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
Tabla de Contenidos.....	VII
1. Título.....	1
2. Resumen.....	2
Abstract.....	5
3. Introducción.....	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	12
4.1 MARCO CONCEPTUAL.....	12
4.1.1 Definición de Neoconstitucionalismo.....	12
4.1.2 Principios Básicos del Derecho Penal.....	16
4.1.3 La Ponderación en materia penal.....	19
4.1.4 La Proporcionalidad de la pena.....	23
4.1.5 La Constitucionalización del ordenamiento jurídico penal.....	27
4.1.6 El principio de proporcionalidad como criterio fundamental para la constitucionalización del derecho penal.....	32
4.2 MARCO DOCTRINARIO.....	41
4.2.1 SITUACION DOCTRINARIA DE LA PROBLEMÁTICA.....	41
4.2.2 EL Constitucionalismo en el Derecho Penal.....	41

4.2.3 Proporcionalidad en la aplicación de Ponderación en materia penal.....	46
4.2.4 La Discrecionalidad del juez en la aplicación de las penas.....	51
4.2.5 La metamorfosis del papel del Juez en el neo-constitucionalismo.....	55
4.3 MARCO JURÌDICO.....	57
4.3.1 PROBLEMÁTICA JURÍDICA.....	57
4.3.2 Análisis Constitucional de la Ponderación en materia Penal.....	57
4.3.3 Análisis del Código Penal ecuatoriano en materia de ponderación.....	63
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA.....	73
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	78
5.1 MATERIALES.....	78
5.2 MÉTODOS.....	78
5.2.1 TÉCNICAS.....	80
6. EXPOSICIÓN DE RESULTADOS.....	81
6.1 Resultados de la Encuesta.....	81
6.2 Resultados de la Entrevista.....	91
6.3 ESTUDIO DE CASOS.....	108
7. DISCUSIÓN.....	137
7.1 VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	137
7.1.1 Objetivo General.....	137
7.1.2 Objetivos Específicos.....	138

7.2 CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	149
7.3 Fundamentación jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.....	140
8. CONCLUSIONES.....	145
9. RECOMENDACIONES.....	147
9.1 PROPUESTA JURÍDICA.....	149
10. BIBLIOGRAFÍA.....	152
11. ANEXOS.....	155
INDICE.....	159