



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

**“INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR  
DEL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD DE LA PENA,  
AL DICTAR SENTENCIA EN  
DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE  
ARMAS”.**

**TESIS PREVIA A LA  
OBTENCIÓN DEL TÍTULO  
DE ABOGADO**

**AUTOR:**

*Segundo Patricio Jara Patiño*

**DIRECTOR:**

*Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.*

**1859**  
LOJA - ECUADOR  
2014

## CERTIFICACIÓN

**DR. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ Mg. Sc. DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS**

### **CERTIFICO:**

Que el presente trabajo de investigación titulado: **"INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, AL DICTAR SENTENCIA EN DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS"**. Desarrollado por el Sr. Segundo Patricio Jara Patiño, ha sido elaborado bajo mi dirección, respondiendo a los requisitos de fondo y forma que se exigen los respectivos reglamentos e instructivos.

Para ello autorizo su presentación y su sustentación.

Loja, diciembre del 2014



**Dr. Felipe Neptali Solano Gutierrez Mg. Sc.**

**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, Segundo Patricio Jara Patiño, 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.

**Firma:**



**Autor:**

Segundo Patricio Jara Patiño

**Cédula:**

1103125629

**Fecha:**

Loja, noviembre de 2014

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

Yo, Segundo Patricio Jara Patiño, declaro ser autor(a) de la Tesis titulada: **"INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, AL DICTAR SENTENCIA EN DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS"**; Como requisito para optar al Grado de ABOGADO; autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional.

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

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero. Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 03 días del mes de diciembre del dos mil catorce. Firma el autor.

FIRMA:  \_\_\_\_\_

AUTOR: Segundo Patricio Jara Patiño

CÉDULA: 1103125629

DIRECCIÓN: Loja, San Pedro de Vilcabamba

CORREO ELECTRÓNICO: jsegundopatricio@gmail.com

TELÉFONOS: 0979490040

**DATOS COMPLEMENTARIOS:**

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Felipe Neptali Solano Gutiérrez

DIRECTOR DE GRADO: Dr. Augusto Astudillo Ontaneda (PRESIDENTE)

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos

Ab. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

## **AGRADECIMIENTO**

Presento mi más sincera gratitud a la institución de Educación Superior, la Universidad Nacional de Loja.

Agradezco a las autoridades, profesores y demás administrativos de la Universidad por su contingente en mi graduación.

A mi Director de Tesis, Dr. Felipe Nepalí Solano Gutiérrez Mg. Sc abogado profesional que ha dedicado su tiempo en la Dirección de mi Tesis.

*Segundo Patricio Jara Patiño*

## DEDICATORIA

El presente trabajo de Tesis, lo dedico con afecto y gratitud, a mis familiares, amigos y a todos quienes de una u otra manera, ayudaron a la culminación de este ideal.

*Segundo Patricio Jara Patiño*

## TABLA DE CONTENIDOS.

1. Título
2. Resumen
  - 2.1. Abstract
3. Introducción
4. Revisión de Literatura.
  - 4.1 Marco Conceptual.
    - 4.1.1 El Delito
    - 4.1.2 La Pena
    - 4.1.3 El delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego
    - 4.1.4 Etapas Procesales
    - 4.1.5 Principios de Proporcionalidad
    - 4.1.6 Seguridad Jurídica
  - 4.2 Marco Doctrinario.
    - 4.2.1 El derecho a la seguridad Jurídica como requisito para la aplicación de Proporcionalidad penal
    - 4.2.2 Los principios de la Pena como medio para realizar el Principio de Proporcionalidad
    - 4.2.3 Análisis del delito de tenencia ilegal de Armas de Fuego
  - 4.3 Marco Jurídico.
    - 4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

- 4.3.2 La proporcionalidad de la pena en la Ley de Fabricación Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones Explosivos y accesorios
  - 5. Materiales y métodos.
    - 5.1. Materiales utilizados.
    - 5.2. Métodos.
    - 5.3. Procedimientos y técnicas.
  - 6. Resultados.
    - 6.1. Resultados de la aplicación de encuestas.
  - 7. Discusión.
    - 7.1. Verificación de objetivos.
    - 7.2. Contrastación de Hipótesis.
    - 7.3. Fundamentos jurídicos para la Propuesta de reforma Legal
  - 8. Conclusiones.
  - 9. Recomendaciones.
    - 9.1 Propuesta de reforma Legal
  - 10. Bibliografía
  - 11. Anexos
- Índice



**1. TÍTULO:**

**“INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, AL DICTAR SENTENCIA EN DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS”.**

## **2. RESUMEN**

El principio de proporcionalidad en materia penal es absolutamente indispensable, puesto que por principio el ordenamiento constitucional es contrario a las penas crueles, como es también opuesto a la impunidad, por lo que se debe buscar siempre que el sistema de consecuencias jurídicas sea racionalmente proporcionado con las magnitudes de daño social del delito, con sus características individuales, con los efectos ocasionados en la persona ofendida, con la personalidad del reo y con sus necesidades de rehabilitación social.

La pena por su propia naturaleza afflictiva para el ser humano, no debe ser tan grave, ni desproporcionada con respecto al delito de manera que pueda rayar en el campo de la venganza social a través de las llamadas penas crueles, prohibidas en forma expresa en la Constitución de la República del Ecuador, ni tampoco debe ser tan benigna como para no causar miedo y recelo de parte de los otros miembros de la sociedad, que de hecho son potenciales infractores. La proporcionalidad radica en que la pena debe significar un justo castigo necesario para el delito que reprime y un suficiente estímulo para la rehabilitación del reo, y debe tener la suficiente severidad como para ejercer un efecto disuasivo sobre los otros hombres que pudieren incurrir en conductas delictivas.

El Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, como se ha visto antes, fija el principio de proporcionalidad de la pena en los

siguientes términos: Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Se entiende obviamente que esta obligación corresponde a los ordenamientos jurídicos de corte punitivo, como es el caso del Código Penal, Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios.

Existe la necesidad de emprender en un pormenorizado estudio sobre las proporciones del sistema de consecuencias jurídicas aplicables a los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego deficientemente tipificados, al menos en cuanto a la pena en el sistema penal de nuestro país. De ahí, que resulta indispensable que nuestros asambleístas se preocupen, en aras del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos, y como medio de realización del derecho al debido proceso, de promover reformas a las estructuras típicas de los delitos de tenencia de armas de fuego.

## **2.1. ABSTRACT**

The principle of proportionality in criminal matters is absolutely essential, since in principle the constitutional order is against cruel, as is also opposite of impunity, so you should always find that the system of legal consequences to be rationally provided with the magnitudes of social harm of crime, their individual characteristics, the effects caused to the offended person with the personality of the offender and social rehabilitation needs.

The penalty for his own distressing nature to humans, should not be so serious or disproportionate to the offense so you can scratch in the field of social revenge through calls cruel, expressly prohibited in Constitution of the Republic of Ecuador, nor should it be as benign as not to cause fear and suspicion on the part of other members of society, which in fact are potential offenders. Proportionality is that the sentence should mean just punishment for the offense necessary repressing and sufficient stimulus for the rehabilitation of the offender, and must be of sufficient severity to have a deterrent effect on other men that may engage in criminal behavior .

Article 76, paragraph 6, of the Constitution of the Republic of Ecuador, as seen before, fixed the principle of proportionality of the sentence as follows: The laws establish the proportionality between offenses and penalties. He obviously understands that this obligation corresponds to the laws of punitive court, such as the Criminal Code Law, Manufacturing, Import, Export,

Marketing and Possession of Firearms, Ammunition, Explosives and Accessories.

There is a need to undertake a detailed study of the proportions of the system of legal consequences applicable to crimes of illegal possession of fire arms poorly established, at least in terms of punishment in the penal system of our country. Hence, it is essential that our assembly worry, for the sake of the right to legal security of citizens, and as a means of realizing the right to due process, to promote reforms to the typical structures of the crimes of possession of weapons of fire.

### 3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo titulado **“INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, AL DICTAR SENTENCIA EN DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS”**., que se refiere a las siguientes puntualizaciones:

Para realizar este tipo de estudio fue necesario indagar en la importancia que tiene este tema y su impacto en la sociedad, toda vez que se trata de un tema que tiene una necesidad imperiosa de ser solucionado, ya que se trata de remediar la inobservancia del juzgador del principio de proporcionalidad de la pena, al dictar sentencia en delitos de tenencia ilegal de armas

La tesis como tal, es un trabajo coordinado, organizado conforme lo determina el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, el cual se encuentra estructurado de la siguiente manera: El Título de la presente tesis, para luego continuar con el resumen en español y en el idioma inglés, seguidamente se hace una introducción al presente trabajo investigativo; La Revisión de Literatura que contiene un Marco Conceptual en el que se incluye importantes conceptos inherentes a la problemática específica, un Marco Doctrinario, en donde se hacen constar aspectos doctrinarios de la inobservancia del juzgador al dictar sentencia en delitos de tenencia ilegal de armas, finalmente se analiza jurídicamente en el Marco Jurídico la Constitución de la República del Ecuador y el Código Civil, con su debido análisis, para concluir con la legislación comparada en donde a

través de la comparación con diferentes países se analiza de mejor forma la problemática planteada.

Luego se hacen constar los Materiales, métodos e instrumentos utilizados, para qué sirvieron y en qué parte se los pudo aplicar.

En los Resultados se hace constar los resultados tanto en la aplicación de la encuesta y de la entrevista planteada.

En la Discusión se establece la verificación de objetivos, la contrastación de la hipótesis así como la fundamentación jurídica de la reforma legal.

Finalmente se llegaron a las conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma jurídica.

Al realizar cada una de las fases de la misma, nos encontramos frente a un trabajo argumentado de forma debida que sostiene fuertes bases tanto doctrinarias como jurídicas que establecen la inobservancia del juzgador del principio de proporcionalidad de la pena, al dictar sentencia en delitos de tenencia ilegal de armas

## **4. REVISIÓN DE LITERATURA**

### **4.1. MARCO CONCEPTUAL**

#### **4.1.1. El Delito.**

Para el tratadista Bernardino Alimena, respecto al delito señala: "Una vez escrita la ley es delito todo hecho prohibido bajo la amenaza de una pena"<sup>1</sup>.

Para el autor Beling, por su parte, sostiene: "delito es una acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad"<sup>2</sup>.

El tratadista Ferri, manifiesta: "Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado"<sup>3</sup>.

Para el autor Jiménez de Asúa, en cambio emite su criterio en el sentido de que "El delito como acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella."<sup>4</sup>

El jurista alemán Von Liszt, dice que "El delito es un acto humano culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena."<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> ALIMENA, Bernardino, autor citado por Goldstein, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit. Astrea, 1989, Pág. 201.

<sup>2</sup> BELIN, Ernest, citado por Goldstein, Raúl, Obra Citada, Pág. 202.

<sup>3</sup> FERRI, citado por Goldstein, Raúl, Obra Citada, Pág. 203.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, citado por Goldstein, Raúl, Obra Citada, Pág. 203.

<sup>5</sup> VON LISZT, citado por Goldstein, Raúl, Obra Citada, Pág. 204.

El italiano Manzini, estima que "El delito (reato) considerado con su noción formal (concepto), es el hecho individual con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de corrección indirecta que es la pena en sentido propio"<sup>6</sup>.

Desde este punto de vista no basta decir solamente que hay delito cuando la ley lo declara, sino que hace falta señalar expresamente qué caracteres debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como delito y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Y, por el contrario, en qué casos una conducta no reúne tales caracteres y, por lo tanto, la persona que la ejecutó no puede ser sancionada, pues aun siendo un acto ilícito, éste no es un delito, sino un acto sometido a otro tipo de solución jurídica no penal.

Aunque, como se señalará de inmediato, no hay un consenso entre los penalistas sobre este punto, se ha escogido para la exposición un concepto de delito que considera que son cuatro los elementos constitutivos de la estructura del delito: éste es un acto típico, antijurídico y culpable. Si se dan estos presupuestos, el acto es punible, aunque la punibilidad no deba considerarse un elemento del delito sino su consecuencia. Este concepto permitirá desarrollar y analizar con absoluta precisión todos los aspectos y problemas que deben ser estudiados dentro de una teoría del delito:

- a) El delito es acto, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana; los tres elementos restantes son

---

<sup>6</sup> MANZINI, citado por Goldstein, Raúl, Obra Citada, Pág. 204.

calificaciones de esa conducta, son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto;

- b) Es acto típico, porque esa conducta deberá estar previa y expresamente descrita por la ley penal;
- c) Es acto antijurídico, porque esa conducta es contraria al derecho, lesiona un bien jurídico y penal-mente protegido;
- d) Y es acto culpable, porque, desde el punto de vista subjetivo, ese acto le puede ser imputado y reprocha-do a su autor.

Si estos factores confluyen, habrá un delito y, como consecuencia de ello, el acto será punible. Por cierto que se debe tomar en cuenta que siendo el acto delictivo una realidad concreta y única, sólo por razones metodológicas se lo puede fragmentar en elementos, los cuales están en todo caso íntimamente relacionados entre sí, como también tendremos ocasión de comprobarlo.

#### **4.1.2. La Pena.**

La pena, como categoría sustancial e imprescindible del Derecho Penal, muy concretamente significa: "Disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal"<sup>7</sup>.

Para el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, la pena es una "Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta, también especificados"<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit., Astrea, Buenos Aires, 1999, Pág. 301.

<sup>8</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002, Pág. 279.

El mismo Cabanellas de Torres, dice que "Etimológicamente «pena» procede del latín poena, derivado a su vez del griego poine o penan, donde significa dolor, trabajo, fatiga, sufrimiento"<sup>9</sup>.

Según el Dr. Manuel Sánchez Zuraty, la pena es la "Sanción establecida en la ley para castigar los delitos tipificados legalmente"<sup>10</sup>.

La pena se erige como la consecuencia inmediata del delito que recae sobre el autor de la acción punible. La pena en general significa sufrimiento, castigo, dolor para el reo, buscando que de esta manera compense el mal causado, así como enmiende su conducta, cuando se trata de penas orientadas a la rehabilitación del reo, pues en otros casos se aplican penas tan drásticas, como la pena de muerte, que significa la eliminación del reo, como medida para lograr el temor de los demás hombres a incurrir en las normas penales, así como para lograr la prevalencia de la vida en sociedad, aunque este segundo objetivo, es absolutamente secundario, pues está comprobado que penas tan drásticas, lo único que buscan es sembrar en los demás ciudadanos un temor tan grande que definitivamente los haga disuadir ante la eventual tentación de delinquir.

Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento,

---

<sup>9</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Edit., Heliasta, Argentina, 2002, Pág. 281.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ, Manuel, Diccionario Básico de Derecho, Edit., Casa de la Cultura, Ambato, 1999, Pág. 312.

confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores, entre otras.

Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo (rige el denominado principio de legalidad), y obliga a su ejecución una vez que haya recaído sentencia firme dictada por el tribunal competente.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario.

#### **4.1.3. El Delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego.**

El Dr. Raúl Goldstein con respecto al concepto de “arma” señala lo siguiente: “Instrumento destinado a ofender o defenderse. Se distinguen distintas clases: ofensivas y defensivas, arrojadizas, blancas y de fuego; permitidas o de ley, y prohibidas. Penalmente hablando, debe entenderse por arma tanto

el instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona, como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente o punzante. En cuanto a estas armas impropias, conviene apreciar si en el caso concreto representaron ser tales o así fueron estimadas por la víctima, cuestión importante en la calificación del robo, que llega a serlo por el uso de armas”<sup>11</sup>.

Entonces, el concepto sustancial de “arma” se refiere a todo instrumento que permite ofender, el sentido de atacar a alguien con el ánimo de inferirle daño, o de defenderse frente al ataque o la agresión de otro. Toda arma, por su naturaleza esencial, permite potenciar el poder de acción o la capacidad de ataque, o de causar daño de un individuo.

El arma es por naturaleza de carácter destructivo, es decir, tiene capacidad de causar daño en contra de la persona contra quien se utiliza, puede ser por impacto y penetración de los proyectiles que dispara en el caso de las armas de fuego, o por causar cortes o heridas en el caso de armas blancas, por causar golpes, heridas o impactos en el caso de armas arrojadas o contundentes, por causar efectos negativos que alteran el funcionamiento de ciertos órganos o afectan ciertas funciones vitales del cuerpo humano, como por ejemplo en el caso de gases asfixiantes, paralizantes, lacrimógenos, etc. De acuerdo al tipo de arma utilizada y su poder destructivo será el resultado mayor o menormente dañoso que se produzca en el organismo contra quien se utiliza.

---

<sup>11</sup> GOLDSTEIN, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Edit. Astrea, Argentina, 1999, Pág. 64-65.

Con respecto a la etimología de la palabra “arma” el tratadista Guillermo Cabanellas anota: “La voz parece incorporada al español directamente del latín, donde *armus*, *arma*, o *armi*, expresaban originariamente brazo y *arma* a la vez, cual sucede todavía en el inglés con el vocablo *arm*; probablemente porque las armas de lucha las maneja el hombre con la mano y porque prolongan o aumentan su esfuerzo. No obstante esa coincidencia, y la continuidad en el empleo que aseguran los textos, algunos la derivan del hebreo *haram*, que quiere decir matar, por constituir este el fin de las armas ofensivas”<sup>12</sup>.

Como se puede apreciar, la etimología de la palabra *arma* va estrictamente relacionado en el sentido de constituir un instrumento que permite potenciar la capacidad de la persona para agredir a otra, o también de aquella para repeler una agresión o ataque.

El mismo Cabanellas, elucubra sobre el origen y amplitud del vocablo *arma*, y para ello reproduce un concepto clásico latino que textualmente expresa: “*Telorum autem appellatione omnia ex quibus singuli homines nocere possunt accipiuntur*” (Con el nombre de armas se designa todo aquello con que pueden hacerse daño los hombre)<sup>13</sup>.

Parece bastante revelador aquel antiguo concepto, en cuanto establece una definición simple y acertada del término *arma*, cuando determina que recibe ese nombre todo objeto que al ser utilizado por el hombre puede causar daño en sus semejantes o en otros seres, como sería el caso de los

---

<sup>12</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, Pág. 360.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Pág. 360.

animales, en cuya caza se utilizaban armas, a fin de compensar las naturales desventajas motrices y de fuerza que caracterizan al hombre.

Como en todos los inventos humanos, el hombre ha buscado en las armas satisfacer un imperativo y procurarse una utilidad. Aun enfocadas sólo como defensivas y legítimas, la guerra y la lucha se han mostrado para el hombre primitivo, quizás con mayor acucia personal que para el moderno, como imperiosa necesidad frente a los animales y ante la agresión de otros hombres. La Arqueología demuestra sin duda alguna que las armas fueron conocidas por lo menos 2.000 años antes de la era cristiana. En la proyección de los órganos del hombre y en la imitación de la naturaleza se encuentra la inspiración del armamento.

En cuanto al significado de la palabra “explosivo” el Dr. Guillermo Cabanellas, desde una perspectiva jurídica, anota lo siguiente: “Lo susceptible de hacer explosión. El cuerpo o substancia que con tal propiedad se emplea en la guerra y en ciertas obras; como en las de fortificación y comunicaciones, en minas y embalses. Figuradamente, lo que puede originar grave conflicto o enorme estrago”<sup>14</sup>.

Entonces, es explosivo toda sustancia que tiene la propiedad de provocar una explosión. Los explosivos en la época contemporánea son usados como arma ofensiva en las guerras y en los actos terroristas; además, son usados con otras finalidades como demolición de edificios, en actividades mineras, en el derrumbamiento de muros y fortificaciones, etc.

---

<sup>14</sup> CABANELLAS, Guillermo. Obra Citada, Pág. 641.

Los explosivos son compuestos o mezclas de compuestos químicos que arden o se descomponen rápidamente generando grandes cantidades de gas y calor, y los consiguientes efectos de presión repentinos. En tiempos de paz los explosivos se utilizan principalmente para voladuras en minería y en cantería, aunque también se emplean en fuegos artificiales, en aparatos de señalización y para hacer remaches y moldear metales. Los explosivos se utilizan también como propulsores para proyectiles y cohetes, como cargas explosivas para la demolición, y para hacer bombas y minas.

En general, se utilizan dos tipos de explosivos para la propulsión de los proyectiles en armas de fuego y cohetes, y ambos se denominan normalmente con el nombre genérico de pólvora sin humo. El término es correcto en el caso de un explosivo bajo, el nitrato de celulosa gelatinizado. Al otro tipo de pólvora sin humo, que consiste en una mezcla de nitrato de celulosa y un explosivo alto como la nitroglicerina, se le conoce correctamente como pólvora de doble base o pólvora compuesta. Un explosivo común de doble base es la cordita, que contiene de un 30 a un 40% de nitroglicerina y una pequeña cantidad de vaselina como estabilizador. El término pólvora sin humo aplicado a otro tipo de explosivos es incorrecto, pues ni está libre de humo cuando explota, ni se encuentra en forma de polvo.

En cuanto a las “municiones” el Dr. Guillermo Cabanellas, anota: “Todos los pertrechos y bastimentos que un Ejército necesita. Carga de las armas de fuego, úsense en la guerra, para proteger el orden público, en los delitos

comunes o en legítima defensa. Más especialmente, los pedazos esféricos de plomo que se emplean para cargar los cartuchos de las escopetas”<sup>15</sup>.

En el sentido que le atribuyen los ordenamientos legales de los países al término “munición” este se refiere casi de manera exclusiva a la carga utilizada para las armas de fuego, y en ciertos casos a los pertrechos de carácter militar.

Estos son los principales aspectos que pueden señalarse con respecto a las definiciones conceptuales y características generales de las armas, municiones y explosivos.

Ahora bien, en cuanto al delito de fabricación, tenencia, transporte y comercialización de armas, municiones y explosivos, estimo oportuno realizar las siguientes anotaciones:

Cuando se habla de armas de fuego, inmediatamente surgen dos conceptos básicos: el de tenencia y portación del material. Muchas veces, estos dos términos son erróneamente asimilados, como sinónimos. Otras, se confunden las autorizaciones que, para cada uno de esos actos, se otorga por parte de los órganos competentes.

El concepto de tenencia se define en sí mismo, en cuanto se refiere a la portación, a posesión física y efectiva sobre una arma llamada de fuego. Sin embargo, es importante tratar de conformar un concepto válido, de modo de desprender de las mismas conclusiones lógicas.

---

<sup>15</sup> CABANELLAS, Guillermo, Tomo V, Pág. 491.

La tenencia de una arma de fuego ha sido definida como la acción de disponer de la cosa físicamente sea por mantenerla corporalmente en poder del autor, cualquiera sea el origen o la razón o finalidad; consumándose el hecho con la sola acción de tener el objeto sin autorización; aun cuando no se emplee; en síntesis, la tenencia implica que el arma se encuentre dentro del ámbito de custodia del causante, pudiendo ejercer sobre la misma un poder de hecho tal que le permita por sola voluntad y sin necesidad de intervención de terceros disponer físicamente de ella.

Ahora bien, para tener legalmente un arma de fuego es menester contar con la debida autorización. Así, llegamos al concepto de autorización de tenencia de armas, que es aquella autorización que formalmente otorga el Estado, previo el cumplimiento de los requisitos de ley, de modo que un legítimo usuario posea un arma en legal forma. (credencial de autorización de tenencia de un arma de fuego).

Sintetizando lo hasta aquí expuesto, podemos concluir que la tenencia de un arma consiste en la acción de disponer del arma dentro del ámbito de custodia del causante, pudiendo disponer físicamente de ella sin recurrir a terceros, por su simple voluntad.

Y es que el concepto de portación de un arma de fuego es más estricto y restringido. La construcción jurisprudencial y administrativa que le asigna el derecho penal actual ha llevado a definirlo como el hecho de disponer, en un lugar público o de acceso público, un arma de fuego cargada, en condiciones de uso inmediato. Es decir, la portación conlleva dos elementos

característicos: en primer término, en cuanto hace a las condiciones de inmediatez de uso, lo que implica que el arma debe estar cargada y dispuesta para ser utilizada; en segundo lugar, el ámbito espacial (lugar público o de acceso público).

Tal delimitación espacial no tiene consecuencias meramente doctrinarias, sino eminentemente prácticas. Por ejemplo, el hall de entrada de un edificio de propiedad horizontal no puede ser considerado un lugar público. Otro tanto podría decirse de una confitería o cualquier otro local comercial.

El otro elemento utilizado para definir la portación apunta, no al elemento espacial, sino a las características de inmediatez de uso. Ninguna duda puede existir en aquellos casos en que, encontrándose el arma cargada, se verifica el hecho en el ámbito espacial indicado: el individuo porta y no transporta el arma. Podríamos, entonces, preguntarnos, por qué se hace alusión a las condiciones inmediatas de uso, como algo distinto a un arma cargada. Supongamos el caso de una pistola descargada, pero con el cargador completo ubicado junto al arma: se encontraría en condiciones de uso inmediato, pese a no encontrarse cargada.

Demás está decir que no puede enumerarse toda la casuística observada en el ámbito jurisprudencial o administrativo en materia de portación; pero sí podemos coincidir en que el concepto antes apuntado es el que define correcta y unívocamente la portación como conducta.

Así, entonces, resulta ser portador legítimo aquel legítimo usuario, debidamente autorizado por los órganos competentes que señala la Ley

para el efecto, para tener en un lugar público o de acceso público un arma de fuego cargada o en condiciones inmediatas de uso, cuando existieren razones que lo justificaren.

El ilícito de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto y sancionado en la mayoría de legislaciones penales como un delito contra la seguridad pública, y específicamente se ubica como un delito de peligro común.

Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente (lo cual perjudica el esquema finalista del Código Penal así como sus postulados mínimos y garantistas; de bien jurídico real, invirtiéndose la presunción constitucional de inocencia). Así, la ley sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de seis ni menor de quince años a aquél que entre otros tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación.

No obstante la comisión del ilícito que se analiza es una figura de peligro abstracto, resultaría absurdo que la propiedad, posesión o mero uso del arma sin encontrarse autorizado administrativamente, fuese el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente, es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado, pues ello

constituiría responsabilidad objetiva que a la luz de lo dispuesto en nuestro Código Penal se encuentra proscrita. Si ello fuese así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acta de incautación del arma sin la correspondiente autorización administrativa junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual satisfecería el aspecto subjetivo del tipo, resultando sin lugar el proceso penal pues dichos aspectos se acreditarían sin mayor esfuerzo en la investigación preliminar. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple tenencia o posesión del arma, lo que como veremos más adelante viene ocurriendo en nuestro Código Penal.

Sin embargo, el verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere "... tener en poder ... armas...", lo cual de un lado exige un dominio o posesión permanente de más de un arma y correlativo a ello el ánimo de usarla a sabiendas que se carece de la licencia por parte de los órganos estatales a los cuales la Ley concede tal atribución, excluyéndose por exigencias de razonabilidad, el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro (circunstancia de necesidad apremiante) conforme se explicita líneas adelante; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explicita la doctrina del derecho civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto del ánimo de conservarla para sí. No debe olvidarse que la inclusión del delito de tenencia o tráfico de armas en las legislaciones penales de muchos países tuvo su auge en una época en que

terrorismo como conducta de fuerte signo antisocial, se encontraba en todo su apogeo y no obstante la exposición de motivos de dichas normas no hace referencia a la parte especial, resulta sumamente razonable que se haya incluido como delito la tenencia ilegal de armas de fuego para evitar el almacenamiento de armas que podrían ser utilizados con fines de subversión. Considérese además que es un asunto casi común a las legislaciones penales, que el tipo en relación a los otros objetos que crean peligro siempre señala que debe ser más de uno, así se refiere a “bombas”, “municiones” o “materiales explosivos”, “inflamables”, “tóxicos”, o “sustancias” o “materiales destinados para su preparación”. Esto afecta la aplicabilidad de tales normas, toda vez que casi siempre por principio común del derecho penal, sus disposiciones tienen que ser aplicadas en sentido restrictivo.

El principio de legalidad cuyo postulado más importante se encuentra resumido en el latinazgo “nullum crimen sine lege”, exige que toda conducta reprimible penalmente debe encontrarse previa e inequívocamente detallada en el Código de la materia, esto incluso se determina como principio del debido proceso en el Art. 76 de la Constitución; la importancia de dicho mandato es fijar un límite jurídico al poder de persecución penal por parte del Estado, creando certeza legal en los ciudadanos quienes deben tener total seguridad acerca de cuál es la conducta que el Estado reprime, pues las personas sólo deben limitarse a dejar de hacer lo prohibido, ya que fuera de ello, todo está permitido.

En el caso de los delitos referente al tráfico de armas, municiones y explosivos, es imprescindible además que se vulnere el bien jurídico seguridad pública debiéndose perfeccionar un peligro real e inminente para sociedad con la mera posesión o tenencia de armas por parte del imputado, lo cual excluye el uso breve y momentáneo que hace el autor ante un estado de necesidad o con finalidad de legítima defensa, considerando el suscrito que en dicho ilícito debería concurrir conjuntamente otro cúmulo de circunstancias que acrediten la inminente peligrosidad por parte del sujeto, la misma que se vería potenciada por la posesión de las armas en cuestión, lo cual haría inviable la seguridad pública. En tal sentido, distinto es el caso de aquellos que se encuentran hurtando o cometiendo ilícitos y se les halla en posesión de armas de fuego que aquél que caminando por la calle encontró un arma y se la guardó en el bolsillo. En otro orden de ideas, es bueno recordar que la ley faculta la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros y de cualquier índole.

Según establece la doctrina, la penalización de la fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia de armas, municiones y explosivos, busca primordialmente ejercer el debido tutelaje sobre el bien jurídico de la seguridad pública, e indirectamente protege otros bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la paz pública, etc., que obviamente podrían verse afectados seriamente por el uso ilegítimo de armas de fuego, municiones y explosivos. Aunque me parece importante señalar que el celo que existe en cuanto a la tipificación de la fabricación, tenencia, transporte, comercialización, importación o exportación ilegal de armas de fuego, busca

también garantizar la estabilidad misma del Estado, su propia institucionalidad, manteniendo la superioridad de la fuerza armada en manos del ejército y la policía, previniendo de esta forma que los civiles o grupos de civiles eventualmente intenten subvertir el orden público.

Doctrinariamente el delito de tenencia ilegal de armas, municiones o explosivos, por ser también un delito de acción requiere de un mínimo de continuidad en la posesión de armas, que implica no sólo la relación material del agente con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las licencias autoritativas correspondientes. De esto se advierte, que la relación material entre la posesión del arma, munición o explosivo, no debe suceder de manera esporádica y circunstancial pues la tenencia fugaz y momentánea, se halla excluida del tipo penal, aunque esto no ocurre en todas las legislaciones, como es precisamente el caso de la nuestra, donde son merecedores de sanción, sin más consideraciones, quienes fabricaren, suministraren

El tratadista Carlos Creus, a este respecto anota: “reforzando el concepto del bien jurídico tutelado, se requiere la existencia de peligro común para las personas o los bienes que debe entenderse como un peligro de orden colectivo desde que los medios que se señalan, por su propia naturaleza tienden a superar un peligro de orden individual. La tenencia de más de un arma y en manos de una persona peligrosa, razonablemente permite entender que el riesgo social aumenta. En el mismo orden de ideas, es del caso precisar que la seguridad pública, se entiende como el conjunto de

condiciones garantizadas por el orden público, necesarias para la seguridad de la vida, de la integridad personal y de la salud, como bienes de todos y cada uno, independiente de su pertenencia a determinada persona, siendo el concepto de peligro común aquel en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda una comunidad o colectividad”<sup>16</sup>.

No existe mayor discusión en torno a la afectación que podría significar la fabricación, importación, exportación, comercialización o tenencia de armas, municiones y explosivos al margen de la Ley, para el bien jurídico de la seguridad pública, e indirectamente para otros bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la paz pública, etc., pero si existen ciertas divergencias en cuanto a la pertinencia propiamente punitiva de las conductas que se pretende reprimir mediante la tipificación penal de las manifestaciones conductuales que implican fabricación, importación o exportación, comercialización o tenencia ilícita de armas, municiones o explosivos.

La tipificación penal del delito de porte o tenencia de armas, municiones y explosivos, desde mi punto de vista, resulta absolutamente contradictoria con el principio de presunción de inocencia, pues en muchos casos, como ocurre en nuestra legislación, se reprime simplemente la “fabricación, importación, exportación, comercialización y tenencia” de armas, municiones

---

<sup>16</sup> CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Pág. 22.

y explosivos, sin considerar la existencia o no de dolo, o el potencial peligro que dichos objetos representen para los individuos de la sociedad circundante del poseedor o portador, o el designio que aquél pueda tener de causar daño; incluso, como veremos más adelante, la vertiginosa incrementación de los índices delincuenciales que lamentablemente viven las modernas metrópolis, ha llevado a reprimir con extrema dureza el simple hecho de la posesión de una arma de fuego, sin tomar en cuenta su posibilidad de funcionamiento, su poder destructor, si tiene carga o no, o las posibilidades de que dicha arma se usada en una agresión, incluso se ha reprimido y condenado por tener en su poder armas de cacería, municiones que sin la respectiva arma para dispararlas son absolutamente inútiles, o explosivos que tienen finalidades estrictamente industriales o mineras. Esto lo trataré de manera detallada en páginas posteriores, cuando estudiemos desde un punto de vista jurídico, analítico y crítico, lo concerniente a la tipificación de las conductas que nos ocupan, confrontándolas con el principio de proporcionalidad penal.

#### **4.1.4. Etapas Procesales.**

En sentido general un proceso es un conjunto de fases sucesivas respecto a un determinado caso. El procedimiento, tiene una connotación más amplia que se aplica a las ramas del derecho y constituye el desarrollo de un conjunto de actividades que se encuentran establecidas previamente en una ley, las que se inician luego de producirse un hecho con la finalidad de resolverlo por un medio jurisdiccional, cuya decisión emana de la autoridad.

Haciendo referencia al **proceso penal**, podría decirse que es el modo legalmente regulado de la realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por concluir con la sentencia y su ejecución

Para Zavala Baquerizo, "...el proceso penal es una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal que teniendo por objeto una infracción, surge de una relación jurídica establecida entre el juez y las partes y éstas entre sí, conforme a un procedimiento preestablecido legalmente y con la finalidad de imponer una pena a los agentes de la infracción...."<sup>17</sup>

El proceso penal es un instrumento legal que se utiliza en el campo penal, cuyas fases a seguir están claramente establecidas en el Código de Procedimiento Penal, que en su desarrollo debe regirse a las normas constitucionales establecidas para un "debido proceso" dentro de los derechos de protección, con la finalidad de que lo actuado tenga plena validez.

La naturaleza del proceso penal "consiste en una síntesis entre la dinámica propia de la persecución penal y las fuerzas garantizadoras que buscan poner freno a la posible arbitrariedad de la potencia investigadora y ejecutora del poder penal del Estado. En efecto, dentro del proceso penal hay un choque de fuerzas entre el poder penal que quiere realizarse y las garantías ciudadanas que, en cierto modo, se oponen a la aplicación de ese poder.

---

<sup>17</sup> ZAVALA BAQUERIZO, Jorge.- Tratado de Derecho Procesal Penal.- Editorial Edino.- Tomo I.- Pág. 39

Así, en todo proceso penal comporta una síntesis en esta oposición de fuerzas antagónicas”<sup>18</sup>.

Como parte de la naturaleza jurídica del proceso penal se establecen derechos y obligaciones entre el juez y las partes, y entre las partes mutuamente, éste vínculo que se origina por el proceso, se mantiene de principio a fin, pues los actos procesales conllevan la finalidad de formar el proceso penal que debe ser garantizado por el juez, en cuanto al cumplimiento de las normas legales y constitucionales del debido proceso, para restablecer el orden jurídico vulnerado por el cometimiento de una infracción penal.

El proceso penal se inicia con la denuncia de la comisión de un delito, luego se actúan todas las pruebas pertinentes para que el órgano jurisdiccional resuelva la situación jurídica del procesado, archivando el proceso, absolviendo al procesado o condenándolo.

El fin esencial del procedimiento penal es la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia. El fin general mediato del proceso penal es la defensa social; el fin general inmediato consiste en la aplicación de la ley penal en el caso concreto.

**Etapas Procesales.-** “La administración de justicia en materia penal revelaba varias deficiencias, entre ellas, la larga duración del sumario, la baja efectividad procesal, el alto porcentaje de presos sin sentencia, la baja credibilidad ciudadana y el bajo efecto disuasivo. Por lo tanto, era necesario

---

<sup>18</sup> BINDER, Alberto.- Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal.- ad-hoc.- Buenos Aires.- Pág. 94

buscar un nuevo modelo que supere las deficiencias del sistema que se aplicaba en el Ecuador y en la mayoría de los países latinoamericanos y éste era el sistema acusatorio oral, no había otra alternativa. De lo contrario, si todo funcionaba bien nadie hubiera aceptado la reforma que final de varios años se ha introducido en el Ecuador y en los países de la región. Por otro lado, en cambio se buscaba garantizar la independencia y la imparcialidad de los jueces, que les permita asumir su papel garantista de los derechos del ofendido y el imputado, como árbitros, que no están comprometidos con las tareas de la investigación, sino que administran justicia de acuerdo con las pruebas que le presentan los diversos sujetos procesales”<sup>19</sup>.

El antiguo sistema inquisitivo llegó a obtener la más larga duración con el sumario en donde los procesos penales se encontraban represados por un sinnúmero de causas los cuales se aglutinaban con el mayor índice de presos sin sentencia los Jueces no eran imparciales, no existía las garantías necesarias para las partes procesales, como tampoco era efectivo y ágil el proceso, por tal razón era necesario un verdadero cambio, es así, que se aplicó el sistema acusatorio oral aplicándose sus primeros alcances en la administración de justicia; preferentemente en el ejercicio de la acción penal pública, por lo que se llevó una gran deficiencia por lo que los Jueces se limitaron a resolver de acuerdo al anterior sistema que no había forma de que se terminara con el sistema y no hicieron el intento de familiarizarse con el sistema acusatorio oral que se lo aplicaba en los países de Latinoamérica.

---

<sup>19</sup> GUERRERO VIVANCO Walter Dr., “Derecho Procesal penal”, tomo IV, Pudeleco Editorial. S.A., Quito – Ecuador, Pág. 53.

**Fase Pre procesal. Indagación Previa.-** “El sistema acusatorio oral”, llamamos a esta fase con el nombre de investigación preliminar”, porque quisimos diferenciarla de la anterior “indagación policial” y evitar que se convierta en la primera etapa del proceso penal, anterior a la etapa de la instrucción fiscal, lo cual sería gravísimo, porque atentaría en contra de los principios del debido proceso y prolongaría el tiempo de la tramitación de la causa. Sin embargo, en algunos de los diferentes cambios que se introdujeron al proyecto inicial, se sustituyó el nombre de investigación preliminar” por el “indagación previa”, tal como consta en la norma pertinente del nuevo Código de Procedimiento Penal”<sup>20</sup>.

Planteada la denuncia ante la autoridad competente, se da inicio con la fase pre procesal con la respectiva indagación previa siendo el Fiscal, quien deberá dirigirla con la colaboración de la Policía Judicial, que actúa bajo su dirección, podrán investigar el delito en forma más ágil y eficiente, con la firme tarea de investigar con los responsables de delito presumiblemente punible, con todas y cada una de las pruebas que se presenten a lo largo y exhaustiva investigación.

Las actuaciones que ejercerán en esta fase pre procesal estará a cargo de la Fiscal o el Fiscal que se encuentre en los diferentes cantones de su jurisdicción y competencias que existan las dependencias de la Fiscalía o en la provincia en donde existe algunos Fiscales en donde se asignara sus actuaciones mediante sorteo, la Fiscal o de Fiscal iniciará la indagación

---

<sup>20</sup> GUERRERO VIVANCO Walter Dr., “Derecho Procesal Penal”, tomo IV, Pudeleco Editores s.a., 2004, Quito-Ecuador, Págs. 55-56.

previa mediante denuncia, parte Policial o por cualquier medio de noticia, ya sea por medio de la prensa escrita o televisiva que se ha cometido un delito de acción pública, con la colaboración de la Policía Judicial, se inicia las investigaciones en donde se establece la participación de los presuntos infractores y se establece responsabilidad por la cual se adoptan medidas para las cuales se requieren a autorización judicial, como: las medidas cautelares reales, allanamiento del domicilio.

Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, la Fiscal o el fiscal con la colaboración de la Policía Judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento. En donde se adoptarán medidas para los cuales se requiere de una autorización judicial, la indagación previa durara hasta por un año y transcurrido este lapso de plazo, el Fiscal dispondrá el archivo provisional del expediente.

La indagación previa es una fase preparatoria se mantendrán en reserva para el público en general y a terceros ajenos al proceso que se está investigando con el fin de no entorpecer las actuaciones del Fiscal y la Policía Judicial, las personas de la institución o que personas ajenas divulguen las actuaciones de la investigación y de cualquier modo que estén poniendo en riesgo el éxito de la investigación.

**La Audiencia de Formulación de Cargos.-** La audiencia se desarrolló mediante una petición que realiza la Fiscal o el Fiscal cuando tiene

elementos suficientes para imputar a una persona o hay varias personas que tienen responsabilidad del delito que está investigando, en donde el Juez de Garantías Penales conocerá dentro de las veinticuatro horas señalará el día y hora para la audiencia, no mayor de cinco días, señalada la audiencia será notificada a las sujetos procesales.

Lo establecido en el Código de Procedimiento Penal en donde establece que el Juez de Garantías Penales dará inicio a la audiencia, identificándose ante los concurrentes como Juez de Garantías Penales; luego concederá la palabra al Fiscal, quien en su exposición, y luego de identificarse, deberá consignar en su pronunciamiento lo siguiente: descripción del hecho presuntamente punible, los datos personales del investigado, los elementos y resultados de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.

El Fiscal solicitará al Juez de Garantías Penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales; y señalará además el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal, la que en todo caso, no excederá de noventa días. La audiencia se desarrolla con las partes procesales y está a cargo del Juez de Garantías Penales quien inicia conociendo los motivos y las causas para luego conceder la palabra al Fiscal realizarán su exposición con los pronunciamientos descripción de los hechos punibles, la identificación el procesado y los resultados de la investigación.

**La Instrucción Fiscal.-** Es la etapa inicial del proceso penal, cuyo ejercicio corresponde exclusivamente al Fiscal seguir la acción penal, en los delitos de acción pública, como, robo, hurto, estafa, homicidio, asesinato, entre otros. En esta etapa de “Instrucción Fiscal la podría iniciar el representante de la Fiscalía de dos formas: la primera a través de una indagación previa, cuando considere que existe elementos suficientes para imputar a una persona de la participación en un hecho delictivo; y, la segunda forma, cuando una persona ha sido sorprendida en delito flagrante de acción pública, el Fiscal dicta o resolver dar inicio a la instrucción fiscal dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento de la aprehensión”<sup>21</sup>.

Mediante el sistema oral, el Fiscal cuando tenga los elementos suficientes solicitará al Juez de Garantías Penales que tenga conocimiento de la causa, que señala el día y la hora para efectuar la audiencia de formulación de cargos, dentro de las veinticuatro horas subsiguientes de la petición, se señalará el día y la hora de la audiencia que el Fiscal ha solicitado, dicho señalamiento no podrá ser mayor a cinco días para que se lleve a cabo la audiencia, en donde se notificará a los sujetos procesales, en caso que no asistiera se contara con el defensor público para llevar a cabo dicha diligencia, con la presencia de los sujetos procesales el Juez da inicio a la audiencia en donde expondrán sus argumentos las partes y el Fiscal solicitará al Juez de Garantías Penales se inicie la instrucción fiscal y señale el plazo en que deba concluir esta etapa. Como lo establece el Código de Procedimiento Penal, el plazo de conclusión no excederá de noventa días,

---

<sup>21</sup> GUERRERO VIVANCO Walter Dr., “Derecho Procesal Penal”, tomo VI, Quito-Ecuador, Ediciones Pudeleco, S.A., Quito-Ecuador, Pág. 56.

en el caso que se presumir la autoría de otra persona del hecho, objeto de la instrucción, el Fiscal formulará la imputación, en donde la instrucción se adicionará el plazo en treinta días a partir de la notificación el nuevo procesado. Cuando el Fiscal considere que se han realizado todos los actos de investigación o cuando hubiere fenecido el plazo, declarará concluida la instrucción fiscal y en un plazo de veinticuatro horas, se señale la audiencia en la que el Fiscal sustentara y presentara el dictamen y presentará al Juez de Garantías Penales las actuaciones de la investigación.

El autor Ricardo Vaca Andrade sostiene que: “El dictamen es la base fundamental del nuevo proceso penal y es que, como queda visto, hasta el momento procesal la investigación cumplida por los órganos estatales no involucra directamente al Juez de Garantías Penales excepto para permitir que vele por los derechos fundamentales del imputado al permitir las medidas cautelares cuando el descubrimiento de la verdad lo justifique razonablemente, o para recibir testimonio anticipados”<sup>22</sup>.

El dictamen que emite el Fiscal, se evaluarán los resultados de la investigación, en donde se puede determinar si el dictamen es acusatorio o absolutorio, se formula mediante requerimientos y conclusiones de excitativa, la determinación de la infracción y las circunstancias, elementos que la fundamenta, disposición legal que sanciona el acto por el que se acusa.

---

<sup>22</sup> [www.cienciaspenales.org.com](http://www.cienciaspenales.org.com). Etapas del Proceso Penal Ecuatoriano.

Al respecto el Fiscal debe tomar muy en cuenta que regularmente los casos bajo su responsabilidad, quizás podrán tener características parecidas pero no son iguales, en este sentido dada la naturaleza de cada caso deberá concluir la instrucción fiscal de todas las actuaciones que se emplearon al trascurso de la investigación. En el caso de que se abstenga de acusar, el Fiscal estime que no existen méritos suficientes para promover el juicio contra los procesados, y este delito que se está investigando es sancionado con pena de reclusión mayor extraordinaria o especial o contra la administración pública, el Juez de Garantías Penales elevará a consulta ante el Fiscal Superior para que se ratifique o revoque el dictamen que se sustentó y se presentó en la audiencia.

**Diligencias Procesales.-** Son la base principal para desarrollar el proceso penal con el fin de lograr a esclarecer un delito y encontrar a los responsables del delito que se pesquisa. En la escena del crimen es el lugar propicio para formular preguntas y la escena dará respuesta, siempre que se realice una investigación científica, llegando a determinar cualquier carácter, forma el lugar porque siempre existirá algo que buscar y se lo encontrará sea cual sea su forma la escena es testigo no hablado del delito, por lo que en este mundo no ha existido una persona que ha realizado un crimen perfecto, solo existe procesados que han burlado a los administradores de justicia.

**Lugar de los Hechos.-** Se debe realizar el reconocimiento con el único fin de encontrar vestigios, objetos o instrumentos en el lugar de cometió de la infracción que existe en la escena del crimen, el cual pasarán a custodia de

la Policía Judicial mediante una acta en la que se detalle lo encontrado en el reconocimiento.

**Versión sin Juramento.-** “Testigo propiamente dicho es toda persona física que rinde un declaración ante el titular del órgano jurisdiccional penal, sin ser sujeto del proceso, relatando un fenómeno vivido, ya que por haberlo visto, ya por haberlo oído, o ya, en fin, por haberlo experimentado en cualquier forma y que dice relación con el objeto del proceso”<sup>23</sup>.

Se receptorá su versión libre y sin juramento en la fase de Indagación Previa o en la etapa de Instrucción Fiscal, en donde deberán comparecer a declarar el ofendido y todas las personas que tengan conocimiento de un delito y que no tenga impedimento legal para declarar, sospechosos o procesados con la presencia de un abogado de su confianza con el Juez de Garantías Penales le asignará un abogado de oficio para su defensa.

**Etapa Intermedia.-** Para el tratadista Maximiliano Blum Manzo la etapa intermedia “Es una etapa crítica que hacen las partes imputada, acusador particular y Fiscal sobre el contenido de la acusación o abstención fiscal y de lo actuado en la instrucción fiscal, lo que tendrá presente al Juez al momento de valoración”<sup>24</sup>.

Esta etapa intermedia es una fase decisiva en el proceso penal por lo que el Acusador Particular y Fiscal tendrán el contenido de la acusación o

---

<sup>23</sup> ZAVALA BAQUERIZO Jorge Dr., “Tratado de Derecho Procesal”, ob. Cit. Tomo II, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, Pág. 131.

<sup>24</sup> [www.cienciaspenales.org.com](http://www.cienciaspenales.org.com), revista jurídica, Etapas del Proceso Penal.

abstención fiscal de lo actuado en la instrucción fiscal, en la cual deberán ser presentadas en la valoración de pruebas ante el Juez de Garantías Penales.

El tratadista Dr. Walter Guerrero Vivanco, nos señala en su obra, El Proceso Penal Tomo IV, "La etapa intermedia tiene como objeto el conocimiento, evaluación y resolución jurisdiccional de la acusación que presenta el Fiscal. El Juez conocía que el Fiscal había iniciado la etapa de la instrucción el inclusive había determinados pedidos del representante de la Fiscalía para que dicte ciertas medidas cautelares en contra del procesado o para que faculte la realización de diligencias que vulneran las garantías individuales de las personas o para que realice uno o más actos probatorios de urgencia, pero, solamente, en la etapa intermedia, se entera de los resultados de la instrucción, luego el expediente en conocimiento de las parte, de convocar a la audiencia y de realizar la audiencia preparatoria al juicio, el juez resolverá si dicta el auto de llamamiento a juicio en contra del imputado o si dicta el auto de sobreseimiento a favor del encausado. En esta forma, la etapa intermedia, constituye un mecanismo importante de control jurisdiccional de los resultados de la instrucción fiscal"<sup>25</sup>.

La etapa intermedia es un informe en donde se detalla todo lo acontecido durante el proceso, determinando cada acto procesal como las medidas cautelares al procesado, la evacuación de algunas diligencias, teniendo como resultado lo actuado en la instrucción fiscal, para luego dar paso a la

---

<sup>25</sup> GUERRERO VIVANCO Walter Dr., "Derecho Procesal Penal". Tomo IV, Pudeleco editores S.A, Quito-Ecuador, Pág. 89 y 90.

audiencia preparatoria al juicio, se considerada también un mecanismo importante para que se define los resultado de la instrucción fiscal.

El Juez de Garantías Penales considera que “los resultados de la instrucción fiscal se desprende graves presunciones y fundamento sobre la existencia de un delito y sobre la participación en calidad de autor, cómplices o encubridor, podrá dictar el auto de llamamiento a juicio”<sup>26</sup>. En la cual tiene una estrecha relación con el nuevo Código de Procedimiento Penal, y por consecuencia el nuevo sistema oral, luego haber emitido dictamen acusatorio y requerir al Juez de Garantías Penales que dicte auto de llamamiento a juicio contra el procesado, el Fiscal solicita al Juez de Garantías Penales que convoque a las partes a una audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen en donde se observarán las siguientes aspectos: conocer los vicios formales respecto a las actuaciones del proceso, resolver sobre las cuestiones referentes a los requisitos de procedibilidad, prejudiciales, competencia y de procedimiento que afecten la validez del proceso, los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán oportunamente presentadas en el juicio, resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas obtenidas con violación, los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con la finalidad de demostrar hechos y evitar controvertido.

**Partes procesales.-** Son las partes involucradas en el litigio que se está ventilando en los Tribunales de Garantías Penales, tales como: el Ofendido y el Acusado, el primero de los antes dicho el Ofendido es la persona que por

---

<sup>26</sup> [www.cienciaspenales.org.com](http://www.cienciaspenales.org.com). Revista jurídica, etapas de proceso penal.

su condición fue victimada para consumir el delito y por su propio derecho y en garantías de sus deberes constitucionales presentará su acusación particular y como es una parte procesal está obligado a comparecer ante el Tribunal de Garantías Penales para rendir su testimonio con juramento. Por otra parte el acusado que se encuentra procesado por el delito que se ventila en el Tribunal de Garantías Penales, quien por sus garantías solicitará que se recete su testimonio para que sirva como prueba a su favor, bajo juramento, y no podrá ser obligado bajo ningún concepto a declarar en su contra.

**Audiencia Preparatoria al Juicio.-** Es una audiencia que está bajo el nuevo concepto de la Oralidad Procesal, siendo esta una suceso que se pretende preparar a las sujetos procesales, para que se lleve a efecto la siguiente etapa procesal, siendo posible que haber sido presentado y sustentado el dictamen, el Fiscal solicita al Juez de Garantías Penales se convocarán a la audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen en donde se observarán las siguientes aspectos: conocer los vicios formales respecto a las actuaciones del proceso, resolver sobre las cuestiones referentes a los requisitos de procedibilidad, prejudiciales, competencia y de procedimiento que afecten la validez del proceso, los sujetos procesales anunciarán las pruebas que serán oportunamente presentadas en el juicio, resolver sobre las solicitudes para la exclusión de las pruebas obtenida con violación, los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con la finalidad de demostrar hechos y evitar controvertirlos en el audiencia de juicio.

**Etapa del Juicio.-** La finalidad de esta etapa es la práctica de todos los actos procesales para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado y según corresponda, condenarlo o absorberlo; para llegar a esta etapa ya se debió haber realizado la audiencia preparatoria al juicio por las partes el Juez de Garantías Penales, a quien el Fiscal, ha presentado todas y cada uno de las evidencias y elementos probatorios y la respectiva acusación formal que ha sustentado en el juicio oral ante el Juez de Garantías Penales. Con los elementos se formula la discusión entre los sujetos procesales ante el Tribunal de Garantías Penales con el objeto de establecer la responsabilidad penal del acusado. Todo el juicio debe conducirse en forma oral y los sujetos procesales, los testigos y peritos de la misma forma, como los alegatos del Fiscal, utilizando para ello los medios de videoconferencia u otros medios semejantes que hubiere al alcance de los Tribunales de Garantías Penales.

**Tribunal de Garantías Penales.-** El Código Orgánico de la Función Judicial en el Parágrafo III, Tribunales Penales Ordinarios y Especializados, en su Art. 220 en donde señala: "En cada distrito habrá el número de tribunales penales, tanto ordinarios como especializados, que establezca el Consejo de la Judicatura, con la determinación de la localidad de su residencia y de la circunscripción territorial de su ejercerán competencia, en caso de no establecer esta determinación se entenderá que es distrital.

Conocerán y se dictarán sentencia en los procesos en que se les asigne la ley. Cada Tribunal Penal estará integrado por tres Jueces”<sup>27</sup>. Los Tribunales de Garantías Penales, como lo establece el artículo antes mencionado nos dice que cada distrito existirá el número de Tribunales Penales, tanto ordinarios y especiales, efectivamente existe el Tribunales de lo Penal como en los distrito provincial se encuentran los tribunales que son inmediato superior, a los Jueces de Garantías Penales, quien continuarán con el proceso penal en la Etapa del Juicio.

Los Tribunales Garantías Penales son competentes para los siguientes casos:

1. “Sustanciar la etapa de juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública, cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución de República y demás leyes del país.
2. Sustanciar y resolver el procedimiento penal abreviado, cuando les sea propuesta; y,
3. Realizar los demás actos procesales previstos en la ley”<sup>28</sup>.

Los Jueces Provinciales que se encuentren en funciones en cualquier de Tribunales que les corresponde deberán ejercicio sus funciones eficazmente y cumplirán como lo establece la Constitución y demás Leyes que establece el cuerpo legal.

---

<sup>27</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Registro Oficial, No. 544, Quito- Ecuador, 2009, Art. 220, Pág. 36.

<sup>28</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Ley Cit. Pág. 36.

**La Prueba.-** En el campo penal, los medios de la prueba son instrumentos que pueden utilizar para demostrar un hecho procesal. Es decir, que la prueba es la suma de medios practicables que guían al juzgador para llegar al conocimiento de la verdad de lo ocurrido en la escena del crimen y conducir a la más acertado lineamiento de investigación de la verdad, con el fin que se garantice el debido proceso y se administre justicia con eficacia, eficiencia y agilidad.

“Se entiende como pruebas a todo lo que en el proceso puede conducir a la determinación de elementos necesarios al juicio con el cual termina”<sup>29</sup>.

Es muy acertadamente la definición de la prueba en donde son señala claramente que es un elemento importante dentro del proceso penal, por lo que en ella se encuentra un sinnúmeros de caracteres que el presunto infractor dejo sin darse cuenta en la escena del crimen, siendo posibles que por este significativo error sea utilizado este instrumento en su contra, porque los medios de prueba conducen la responsabilidad del delito que se investiga.

Según Guillermo Cabanellas de Torres en su Diccionario Jurídico, señala que la prueba es la “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido”<sup>30</sup>. Finalmente puede deducir

---

<sup>29</sup> FLORIAN BRIEUX Eugene Dr., “Elementos de Derecho Procesal Penal”, Editorial Universitario, vol. 1, Zaragoza 2000, Pág. 165.

<sup>30</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo Dr., “Diccionario Jurídico Elemental”, editorial Helias, Argentina, Pág. 327.

que efectivamente la prueba es aquel medio o instrumento del que se valen los sujetos procesales con el fin de demostrar sus convenciones dentro el proceso, en donde el denunciante o acusador particular establece sus pruebas que demuestra responsabilidad en contra el procesado, mientras que el proceso se defiende incorporando pruebas que no tiene responsabilidad de acto que se acusa consecuentemente el sistema procesal debe y tiene que ser un conjunto de garantías procesales y constitucionales de cada una de los sujetos procesales, de ninguna manera se puede hablar de la legalidad de una prueba si esta no ha sido practicada u obtenida de manera ilegal, vulnerando los derechos.

**Sujetos Procesales.-** Son las personas que intervendrán el juicio, siendo estos los responsables que sé que ventile un debido proceso, es así que señalamos a continuación: Fiscalía, Ofendido, Procesado, Defensor Público:

**Fiscalía.-** Es una Institución de derecho público, la representa una parte de la sociedad que pretende garantizar los derechos de las personas víctimas de delitos de acción penal pública por la cual mediante la investigación y persecución del delito y en la acusación penal de los presuntos infractores. Se encuentran distribuidas las causas a diferentes Fiscales que establecen como principio básico de unidad de actuación, donde cumplirá el ejercicio su asignación territorial establecida en la ley, y están a cargo de las investigaciones con la colaboración de la Policía Judicial.

**Ofendido.-** Son personas que se consideran afectadas o son víctimas de un delito, de acción penal pública, a quien despojaron de sus pertenencias con

amenazaron con un instrumento a la cual causó daños físicos en la humanidad de la personas que no tuvo oportunidad de defenderse.

**Acusado.-** Es la persona que se encuentran acusadas por un delito, y que en la investigación se desprende que tiene participación del delito ya sea como autor, cómplice o encubridor.

**Defensor Público.-** Es un funcionario público que se desempeña sus ejercicios profesional a personas de escasos recursos económicos y también para los imputados que no tienen un defensor se les asignada un defensor para que garantice sus derechos por qué no puede estar en la indefensión un presunto infractor.

**Debate.-** Terminada la presentación de las pruebas, el presidente deberá iniciar del debate de los sujetos procesales, en caso en que existe algunos acusados se deberá realizar el debate a cada uno por individual.

**Resolución.-** “Fallo o providencia expedida por autoridad judicial o gubernamental”<sup>31</sup>.Las resoluciones son pronunciamiento o decisiones del Juez de Garantías Penales, en las cuales hacer conocer a las partes procesales sus decisiones en la cual se tomara sobre la causa que se está litigando, llegando a determinar diversas actos que da como resultado la resolución en la cual hace la valoración de la prueba y hará constar razonamientos y demás circunstancias para resolver la sentencia en la primera instancia.

---

<sup>31</sup> ROMBOLA Néstor y REBOIRAS Lucio DRS., “Diccionario Ruy Díaz de Ciencias y sociales”, editorial DISELI, Pág. 821.

#### **4.1.5. Principio de Proporcionalidad.**

El tratadista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, manifiesta que a grandes rasgos “el principio de proporcionalidad impone pautas de decisión a los órganos estatales que enfrentan la colisión de principios y/o bienes jurídicos con el objeto de armonizar su satisfacción.”<sup>32</sup>

Conviene comentar que dichas pautas se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible la arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional. Antes de continuar es indispensable hacer algunas precisiones terminológicas, que den claridad al estudio del principio de proporcionalidad.

La jurista cubana Dra. Josefina Méndez dice: “El principio de proporcionalidad lato sensu es complejo y se integra por tres subprincipios que luego expondré: idoneidad, necesidad y proporcionalidad stricto sensu, como sostienen la doctrina y la jurisprudencia alemanas que protagónicamente lo han desarrollado. Al usar el término «proporcionalidad» nos referiremos a su concepción en sentido amplio; cuando lo hagamos respecto de su concepción estricta, así lo indicaremos.”<sup>33</sup>

De la cita que antecede se deduce que el principio de proporcionalidad no es tal en estricta teoría jurídica, sino más bien una regla que no admite diversos niveles de satisfacción, si no si un determinado acto afecta

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 2da. Edición, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 271.

<sup>33</sup> MÉNDEZ, Josefina, Principios Limitativos del IusPuniendi, Compilación, Programa de Maestría en Ciencias Penales del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, 2008. Pág. 233.

proporcionalmente o no a un bien jurídico, sin términos medios. No obstante esta aclaración, por costumbre seguiremos reputando como “principio” a nuestro objeto de estudio.

En el ámbito constitucional, la aplicación del principio de proporcionalidad contribuye a la justa solución de los “conflictos” que enfrentan los derechos fundamentales y otros principios constitucionales, entre sí o con otros bienes jurídicos promovidos por una medida legislativa o administrativa que incida en la efectividad de aquellos. Un acto de estos órganos de poder puede no sólo ir en detrimento de un derecho fundamental sino también de un diferente principio constitucional; así mismo dicho perjuicio puede resultar de una resolución del legislador, de la administración pública o aun de la judicatura, aunque las primeras son las que más gravemente afectan a los principios constitucionales, por el amplísimo margen de discrecionalidad de que goza su autor y la generalidad de sus efectos.

Para abundar en la definición de conceptos, la misma tratadista cubana Dra. Josefina Méndez, dice: “no menos importante es distinguir precisamente los términos con los que, normalmente, se indica la afectación de los derechos fundamentales por una medida legislativa. Se usan muy frecuentemente y sin mayor reflexión, además del anterior término, vocablos como “vulneración”, “violación”, “restricción”, “limitación”, para referir la acción que

ejerce una medida legislativa sobre la vigencia y eficacia de un derecho fundamental en una situación determinada.”<sup>34</sup>

Desde una perspectiva doctrinaria, al establecerse por una primera labor interpretativa que una medida legislativa adscribe cierto sentido normativo, aparentemente en una contradicción insalvable con los alcances de un derecho fundamental, es imperativo siquiera metodológicamente mantener su validez prima facie, hasta que luego del examen de su proporcionalidad se defina si es legítima. En tanto dicha medida legislativa no sea definitivamente calificada como inconstitucional, lo que sólo puede darse luego de analizar su proporcionalidad en sentido amplio; debe llamarse “intervención”, concepto que tiene las ventajas de ser neutro al no traer las connotaciones negativas de términos como “vulneración” o “conculcación”.

En el derecho constitucional, el principio de proporcionalidad responde especialmente a “la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa”<sup>35</sup>.

Consiste, dicho a grandes rasgos, en que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental -u otro principio constitucional- sólo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional; así que es un

---

<sup>34</sup> MÉNDEZ, Josefina, Principios Limitativos del IusPuniendi, Compilación, Programa de Maestría en Ciencias Penales del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, 2007. Pág. 234.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus, Los Límites del Derecho Penal, (traducción de Raúl Pérez Conde), Edit. Trotta, Madrid, España, 2005, Pág. 237.

criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa en un derecho fundamental es legítima o no.

De este modo, dice Luigi Ferrajoli, “el principio de proporcionalidad cumple una función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen.”<sup>36</sup>

El Derecho Penal moderno ha establecido como una característica fundamental de la pena, la proporcionalidad con la infracción, es decir el establecimiento de un criterio de igualdad entre el delito y la sanción aplicada a aquél. La doctrina manifiesta que la graduación de la pena debe darse básicamente contemplando los siguientes aspectos fundamentales: a) La gravedad de la infracción penal; b) La alarma social causada; c) El daño ocasionado en la víctima; d) La necesidad de prevenir la infracción; y, e) La necesidad de rehabilitación social del reo.

El tratadista nacional Dr. Fernando YavarNuñez, anota: “El principio de proporcionalidad, o más precisamente los criterios que a él subyacen, son de uso común y habitual por tribunales constitucionales de Europa (por ejemplo Alemania, España y tímidamente Francia) y América (asimismo Estados Unidos y Argentina), y por jurisdicciones internacionales de protección de los derechos humanos como la europea, aunque ésta con una variante: la exigencia de un «denominador común» europeo sobre la intervención enjuiciada; la proporcionalidad «es aplicada casi universal-mente en el

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi, El Fundamento de los Derechos Fundamentales, Edit. Trotta, Madrid, 2010, Pág. 217.

mundo jurídico occidental», sin importar la tradición a que se pertenezca o si se trata de tribunales domésticos o internacionales.”<sup>37</sup>

Lo señalado por Yavar Nuñez, me parece que se traduce en el evidente intento del género humano por definir cada vez con mayor precisión objetiva a la justicia y buscar su efectiva realización.

El concepto de «proporcionalidad» es una «noción general» que, a grandes rasgos, puede aplicarse y entenderse sin problema en cualquier área del conocimiento humano y no exclusivamente en la jurídica. Primeramente se empleó en las matemáticas así como en la filosofía clásica griega y, en el campo específico del derecho, puede decirse que no se ha infiltrado recientemente, ya que ha sido empleado con anterioridad también por el derecho privado y las primeras limitaciones jurídicas al poder estatal.

El tratadista alemán Matscher señala: “El principio de proporcionalidad juega un papel importante en todos los dominios del derecho, ya sea el derecho internacional (la represalia debe ser una respuesta proporcional a la violación de un derecho cometida por otro Estado), el derecho civil (fijación de la pensión alimenticia según las necesidades del acreedor y los medios del deudor), el derecho penal (pena proporcional a la gravedad del delito y a la falta de su autor), etcétera. Este principio de proporcionalidad asimismo está presente en toda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> YAVAR NUÑEZ, Fernando, Apuntes Sobre Doce Ciencias Penales, Edit. Edino, Guayaquil, 2004, Pág. 305.

<sup>38</sup> MATSCHER, Franz, Los contratos de Interpretación Jurisdiccional. Los métodos de interpretación en la Convención Europea, Nemesis-Bruylant, 1998, Pág. 37.

Los alcances del control jurídico sobre el poder público han variado en el curso de la historia, ampliándose cada vez más según las finalidades y justificaciones que se han dado a la existencia estatal y a su orden jurídico. De ser un simple instrumento del poder, el derecho pasó a ser una garantía contra el abuso de su ejercicio, con diversos grados de sujeción para la actividad estatal. Así hemos ido del Estado despótico al llamado Estado de derecho, y de éste al actual Estado constitucional democrático como ideal de la organización política de la sociedad, aunque el discurso político y el lenguaje de la judicatura a menudo suele referirse al Estado de derecho.

Bajo los principios doctrinarios anotados, la pena por naturaleza, debe ser aplicada en forma proporcional al delito, de manera que no pueda rayar en el campo de la venganza social a través de las llamadas penas crueles, ni tampoco debe ser tan benigna como para no causar miedo de parte de los otros miembros de la sociedad. El criterio exacto de proporcionalidad radica en que la pena debe significar un justo castigo para el delito que reprime y un suficiente estímulo para la rehabilitación del reo, además debe tener la suficiente severidad como para ejercer un efecto disuasivo sobre los otros hombres que por consecuencia lógica son potenciales infractores.

#### **4.1.6. Seguridad Jurídica.**

La seguridad es el contexto general dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales, para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible.

Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

"La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de secura) que, significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra, seguridad indica la situación de estar alguien seguro frente a un peligro"<sup>39</sup>.

Se debe considerar que ese sentimiento de seguridad frente a las posibles contingencias que se presentan en la sociedad, por la naturaleza misma de las características de cualquier sociedad, debe ser procurada por el ente rector de las relaciones que dentro de ese marco de colectividad pueden llegar a darse.

El Estado, como ente rector de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica al ejercer su poder de imperio.

El mismo tratadista Metlich de la Peña, agrega: "La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegarán a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

---

<sup>39</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo, Derechos Fundamentales de los Procesados, Edit. Civitas, México D.F., 2008, Pág. 77.

Dicho en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente"<sup>40</sup>.

El hombre posee una serie de derechos que le han sido reconocidos por el Estado desde el nacimiento de esta figura de organización social. La finalidad última del Estado es asegurar los medios para que las personas que habitan dentro de su territorio gocen de la estabilidad y la seguridad de que sus facultades, posesiones y su persona, no podrán ser violentados sino por procedimientos regulares, establecidos dentro de un sistema de derecho positivo vigente, general, heterónimo y equitativo.

El autor Metlich de la Peña, confirma: "La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de la existencia del Estado ha sido precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegura la existencia de la sociedad y la paz interior. No sólo esto, sino que la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad permiten que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico"<sup>41</sup>.

A fin de que los miembros de una sociedad logren el tan añorado "bien común" es absolutamente necesario el establecimiento de un marco legal sólido y de una convicción real de sus integrantes por vivir en completa

---

<sup>40</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo. Ob. Cit. Pág. 79.

<sup>41</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo, Obra Citada, Pág. 81.

observancia de sus disposiciones, es por esto que la "seguridad jurídica" plena es un sueño imposible para las sociedades modernas.

Es posible lograr un orden aceptable y una seguridad jurídica palpable en aspectos del Estado más específicos, para que en su conjunto logremos el establecimiento de una sociedad más justa y segura para sus integrantes.

La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

En resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductas establecidos previamente. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos positivos, existen normas destinadas a realizar este principio.

Las garantías de seguridad jurídica son las que pretenden que las autoridades del Estado no apliquen arbitrariamente el orden jurídico, se salvaguarda cuando las autoridades actúan con apego a las leyes, y las formalidades deben observarse antes de que a una persona se le prive de sus propiedades o su libertad. Por ejemplo, son principios derivados de la seguridad jurídica la irretroactividad de la ley, la tipificación de los delitos, las garantías constitucionales, la cosa juzgada y la prescripción.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 82, en forma meridiana establece que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”<sup>42</sup>.

Entonces, la garantía esencial de la seguridad jurídica, que constituye uno de los puntos sustanciales del Estado de Derecho, consiste en la aplicación indubitada e ineludible de las normas jurídicas que deben ser previas, claras, públicas. De esta manera es indudable que los derechos de las personas, debidamente reconocidos en la Ley, son de aplicación inmanente e inexcusable.

En definitiva, debo anotar que la seguridad jurídica consiste en la garantía de que todas las personas tienen amparados sus derechos mediante el amplio marco jurídico que impone el Estado para tal efecto. Es la certeza y la absoluta seguridad de que todos y cada uno de los derechos se encuentran debidamente protegidos por el ordenamiento legal y además se encuentran previstos los mecanismos jurídicos que permitan garantizar esos derechos ante la eventualidad de que fueran vulnerados o se encontraren en evidente peligro de sufrir vulneración. Es así, que como parte del derecho a la seguridad jurídica; en el ordenamiento constitucional ecuatoriano se prevén garantías constitucionales que son el marco legal para efectivizar el máximo nivel de respeto a los derechos de las personas, entre ellas tenemos: el hábeas corpus, hábeas data, acción ordinaria de protección, acción extraordinaria de protección y defensoría del pueblo.

---

<sup>42</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial El Forum, Octubre de 2008. Art. 82.

La seguridad jurídica ha sido considerada como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que este responda a la realidad social en cada momento. El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad, en tal forma que si no existe uno es imposible la existencia del otro. La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a qué atenerse; es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cual será la marcha de su vida jurídica.

Desde esta perspectiva, es evidente que la proporcionalidad penal consagrada como principio del debido proceso en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, debiera ser observada de manera irrestricta; cuestión que sin embargo no se cumple, pues vemos como frente a conductas de mero peligro como sería por ejemplo el caso de la tenencia de armas, la tenencia y tráfico de sustancias estupefacientes, entre otros, se aplican sanciones de suma gravedad, que contemplan de manera ineludible penas privativas de libertad, que a la postre resultan profundamente dañosas para el ser humano, quebrantando de esta forma el principio de proporcionalidad y por ende afectando de manera sustancial el derecho a la seguridad jurídica de las personas. Este asunto será tratado en forma detallada en las páginas posteriores.

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO.**

### **4.2.1. El Derecho a la Seguridad Jurídica como requisito para la aplicación de la Proporcionalidad Penal.**

La seguridad es el contexto general dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales, para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según el sentido lógico de la norma y no según la lógica de la discrecionalidad.

"La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (*de segura*) que, significa estar libre de cuidados. En sentido amplio, la palabra, seguridad indica la situación de estar alguien seguro frente a un peligro"<sup>43</sup>.

Debemos de considerar que ese sentimiento de seguridad frente a las posibles contingencias que se presentan en la sociedad, por la naturaleza misma de las características de cualquier sociedad, debe ser procurada por el ente rector de las relaciones que dentro de ese marco de colectividad pueden llegar a darse.

El Estado, como ente rector de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica al ejercer su poder de imperio.

---

<sup>43</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo, Derechos Fundamentales de los Procesados, Edit. Civitas, México D.F., 2008, Pág. 77.

El mismo tratadista Metlich de la Peña, agrega: "La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegarán a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

Dicho en otras palabras, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente"<sup>44</sup>.

El hombre posee una serie de derechos que le han sido reconocidos por el Estado desde el nacimiento de esta figura de organización social. La finalidad última del Estado es asegurar los medios para que las personas que habitan dentro de su territorio gocen de la estabilidad y la seguridad de que sus facultades, posesiones y su persona, no podrán ser violentados sino por procedimientos regulares, establecidos dentro de un sistema de derecho positivo vigente, general, heterónimo y equitativo.

El autor Metlich de la Peña, confirma: "La seguridad jurídica es uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza. En alguna medida, una de las principales justificaciones de la existencia del Estado ha sido precisamente que, mediante el monopolio de la violencia, asegura la existencia de la sociedad y la paz interior. No sólo esto, sino que la observancia general de las normas jurídicas y mandatos de autoridad permiten que los individuos se muevan dentro de un marco legal con igual

---

<sup>44</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo, Pág. 79.

libertad y autonomía y que realicen sus planes de vida. De ahí la pretensión de obligatoriedad inexorable que caracteriza a un ordenamiento jurídico"<sup>45</sup>.

Las garantías de seguridad jurídica son las que pretenden que las autoridades del Estado no apliquen arbitrariamente el orden jurídico, se salvaguarda cuando las autoridades actúan con apego a las leyes, y las formalidades deben observarse antes de que a una persona se le prive de sus propiedades o su libertad. Por ejemplo, son principios derivados de la seguridad jurídica la irretroactividad de la ley, la tipificación de los delitos, las garantías constitucionales, la cosa juzgada y la prescripción.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 82, en forma meridiana establece que *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*.<sup>46</sup>

Entonces, la garantía esencial de la seguridad jurídica, que constituye uno de los puntos sustanciales del Estado de Derecho, consiste en la aplicación indubitada e ineludible de las normas jurídicas que deben ser previas, claras, públicas. De esta manera es indudable que los derechos de las personas, debidamente reconocidos en la Ley, son de aplicación inmanente e inexcusable.

En definitiva, debo anotar que la seguridad jurídica consiste en la garantía de que todas las personas tienen amparados sus derechos mediante el amplio

---

<sup>45</sup> METLICH DE LA PEÑA, José Guillermo, *Obra Citada*, Pág. 81.

<sup>46</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial El Forum, Octubre de 2008. Art. 82.

marco jurídico que impone el Estado para tal efecto. Es la certeza y la absoluta seguridad de que todos y cada uno de los derechos se encuentran debidamente protegidos por el ordenamiento legal y además se encuentran previstos los mecanismos jurídicos que permitan garantizar esos derechos ante la eventualidad de que fueran vulnerados o se encontraren en evidente peligro de sufrir vulneración. Es así, que como parte del derecho a la seguridad jurídica; en el ordenamiento constitucional ecuatoriano se prevén garantías constitucionales que son el marco legal para efectivizar el máximo nivel de respeto a los derechos de las personas, entre ellas tenemos: el hábeas corpus, hábeas data, acción ordinaria de protección, acción extraordinaria de protección y defensoría del pueblo.

La seguridad jurídica ha sido considerada como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que este responda a la realidad social en cada momento. El principio de seguridad jurídica se encuentra íntimamente relacionado con el principio de legalidad, en tal forma que si no existe uno es imposible la existencia del otro. La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a qué atenerse; es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cual será la marcha de su vida jurídica.

Desde esta perspectiva, es evidente que la proporcionalidad penal consagrada como principio del debido proceso en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, debiera ser observada de manera irrestricta; cuestión que sin embargo no se cumple, pues vemos como frente a conductas de mero peligro como sería por ejemplo el caso de la tenencia de armas, la tenencia y tráfico de sustancias estupefacientes, entre otros, se aplican sanciones de suma gravedad, que contemplan de manera ineludible penas privativas de libertad, que a la postre resultan profundamente dañosas para el ser humano, quebrantando de esta forma el principio de proporcionalidad y por ende afectando de manera sustancial el derecho a la seguridad jurídica de las personas. Este asunto será tratado en forma detallada en las páginas posteriores.

#### **4.2.2. Los Principios de la pena como medio para realizar el Principio de Proporcionalidad.**

Para facilitar la adecuada comprensión del presente subtema me referiré de manera sucinta a aquellos principios que mayor incidencia tienen en relación a la cuantificación de la pena, entre los que se destacan:

##### **El principio de humanidad de las penas:**

El principio de humanidad de las penas hoy se ha dimensionado en dos aspectos fundamentales: el primero de ellos se asocia al llamado Derecho Penal Mínimo o de *última ratio* que viene exigiendo a los ordenamientos

jurídicos el establecimiento de penas de no tan larga duración y la búsqueda de soluciones alternativas a su imposición bajo ciertas circunstancias que determinen las respectivas normas nacionales y por otro lado para aquellos casos en que las penas deban necesariamente ejecutoriarse de manera institucionalizadas emplear en ellos formas que no sean atentatorias de la dignidad humana, que desarrollen en el sujeto capacidades de adaptación a la vida bajo el respeto de las normas de convivencia social, tarea que ha sido considerada altamente compleja por los criminólogos y sociólogos.

Otro de los aspectos que se vincula con el tema está referido a la duración excesiva de las penas, parte integrante del atribuido carácter de degradante e inhumano que a esta sanción penal se le viene atribuyendo, postura que defiende la idea de la imposibilidad de hablar de fines resocializadores en tales circunstancias. En tal sentido se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en resoluciones dictadas en asuntos de distintos países europeos<sup>47</sup>.

**El Principio de Proporcionalidad de las Penas:** El principio de proporcionalidad se concreta en la concepción de la pena de prisión como último recurso. La intervención penal sólo es proporcionada si restringe la libertad en el mínimo imprescindible, es congruente con la trascendencia y relevancia del hecho y con la personalidad de su agente comisario, siendo

---

<sup>47</sup> Véase: Sentencias de 7 de julio de 1989, Soering contra Reino Unido; 20 de marzo de 1991, Cruz Varas y otros contra Suecia; 25 de marzo de 1993, Costello-Roberts contra Reino Unido. El Tribunal Constitucional español también ha considerado que la larga duración, junto a otros factores, puede incidir en la consideración de la pena como inhumana o degradante (SSTC 30 marzo 2000, 12 junio 2000).

respetuoso del valor que ha de asumir la proclamación constitucional de la libertad como valor superior de cualquier ordenamiento jurídico.

Por ello, la valoración de la proporcionalidad de las penas no se reduce a una comprobación *cuantitativa* que se limite a la duración de la pena de prisión y su compensación respecto del delito, sino que requiere una previa valoración *cualitativa*, sobre la misma oportunidad y necesidad de la prisión. Ahí radica la necesidad de previsión de un sistema de penas alternativas a la privación de libertad que en ocasiones ha sido denunciado como un incremento del control penal extramuros de la cárcel o criticado como un mero retoque cosmético del sistema, adoptado políticamente sólo con fines de disminución de la superpoblación carcelaria y que defienda las ideas de evitar en la mayor parte de los sujetos comisores de delitos que se produzcan los llamados efectos de prisionización derivados de su permanencia en el establecimiento penitenciario y de la adquisición de la llamada cultura carcelaria..

Pero precisamente porque la proporcionalidad es un derecho, y porque la proporción depende también de la clase de pena que se impone, los sistemas que consagran la cárcel como principal respuesta frente al delito, ampliando sus límites y reduciendo las penas alternativas, se alejan de la adecuada razón de proporcionalidad utilizando en ocasiones de manera discriminada la pena privativa de libertad, a veces porque no aceptan los reales efectos negativos que sobre el sujeto provoca la misma, sino además al no encontrarse otras alternativas previstas dentro de los ordenamientos

jurídicos no pueden alejarse del estricto cumplimiento del principio de legalidad.

**El Principio de Resocialización de las Penas:** En cuanto al principio de resocialización, pocos objetivos cuentan con tal profusión de declaraciones formales y, paralelamente, con tantas críticas dirigidas desde todos los frentes: desde el puramente ideológico que destaca, entre otros riesgos, el de su contenido moralizante, hasta el pragmático, que afirma la imposibilidad material de hacerlo efectivo, pues muchos han defendido la idea de que no se puede educar al hombre para la vida en libertad, privándolo de esta.

Entre las declaraciones internacionales es necesario citar a las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (Congreso de ONU sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, Ginebra, 1955<sup>48</sup> la Resolución 45/111 de la Asamblea General de ONU sobre principios básicos para el tratamiento de los reclusos y la Resolución (73) 5 del Consejo de Europa sobre el Conjunto de Reglas mínimas para el tratamiento de los presos de 19 de enero de 1973. Como es sabido, en el ordenamiento español, la reeducación y reinserción constituyen la orientación constitucional de las penas privativas de libertad, lo que se recoge igualmente en la Ley Orgánica General Penitenciaria.

El debate acerca del fin resocializador de la pena se ha hecho tan complejo que es imposible pretender abarcar todos sus enfoques teóricos y todos los

---

<sup>48</sup> El Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y tratamiento al delincuente se ha venido celebrando desde hace varios años en diferentes Estados con la idea de ir humanizando más el trato a los reclusos y valorando como los mismos cumplen las normas y principios en que ello se ha de fundar.

problemas que derivan de su aplicación práctica, es por ello que destacaremos dos aspectos por su naturaleza esenciales:

En primer lugar, el ideario de la resocialización ha permitido legitimar muchas instituciones que mitigan la dureza de la privación de libertad y especialmente, la previsión de situaciones de semilibertad que, en último término, redundan en el principio de humanidad de las penas. Y, en segundo lugar, con independencia de la valoración que merezca como principio, los poderes públicos están obligados a evitar todas las situaciones que perjudican dicho objetivo.

En concreto, están obligados a contrarrestar los efectos desocializadores de la privación de libertad: la no desocialización es el contenido mínimo de la idea de reinserción social.

Es preciso además considerar que las teorías retributivas sostienen que en cuanto a consecuencia jurídica es un mal que se aplica como producto de haberse perpetrado otro mal (el delito). Según esas teorías, la pena solo resulta un medio para la realización de la justicia absoluta o metafísica, una justicia cuya última exigencia debe ser satisfecha en todos los casos.

A través de la pena, según esta teoría, se puede hacer justicia al responsable de un delito, la pena se libera de toda finalidad y “se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable”<sup>49</sup>, razón por la que también se le

---

<sup>49</sup> ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, Manual de Derecho Penal, Edit. Edino, Guayaquil, 1998, Pág. 126.

ha dado el nombre de teoría de la justicia y la expiación, lo que presupone que “la duración e intensidad de la sanción se corresponda con la gravedad del hecho dañoso, la pena entonces compensa”<sup>50</sup>.

Su persistencia como argumento de justificación se debe a la exhaustiva explicación que de ella hicieron los filósofos alemanes Kant y Hegel, los que coincidieron en descalificar “la persecución de fines distintos a la mera restitución del derecho lesionado mediante la pena, postulados que tuvieron validez durante un largo período, siendo rechazados en los momentos actuales por contribuir a fomentar la imposición de un castigo también allí donde no es necesario por razones de protección de los bienes jurídicos”<sup>51</sup>, pudiendo perder así su legitimación social.

También su uso puede provocar consecuencias socio-políticas no deseadas, pues una ejecución penal que parta del simple principio de la imposición de un daño no puede remediar las fallas en la socialización que con frecuencia son causa de los actos delictivos, chocando además con la “medida de la retribución” o lo que es igual hasta dónde castigar para que exista compensación entre el daño, la ofensa y la pena fijada, quedando entonces sin aportarse una verdadera tesis que legitime su empleo y cuestionándose a la sociedad que sancione y determine la persecución de comportamientos criminales bajo su argumentación.

---

<sup>50</sup> Ibidem, Pág. 127.

<sup>51</sup> Idem. Pág. 127.

#### 4.2.3. Análisis del Delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego.

En las legislaciones penales en el Derecho comparado, protegen la seguridad general y común ante la amenaza de quien cuenta y tiene a su alcance y dominio el medio idóneo para hacer efectivo un evento lesivo a esa seguridad, en tanto El Estado, que detenta el monopolio del derecho a castigar o *ius puniendi*, debe evitar el acaecimiento de cualquier acto contrario a la seguridad pública; a partir de allí, se puede entonces definir a la seguridad pública desde una óptica dual: “**objetivamente**, consiste en el conjunto de condiciones garantizadas por el derecho, con miras a la protección de los bienes jurídicos considerados *in abstracto* e independientemente de la persona de su titular, implica pues la protección de las agresiones directas a los bienes indeterminados como la vida o la propiedad, es decir una amenaza o un riesgo que crea una real circunstancia de peligro para personas y bienes; en tanto que desde una faz **subjetiva** es el estado de un grupo social protegido por el orden jurídico. En tal sentido los delitos contra la seguridad pública son aquellos que generan una situación de peligro, los mismos deberán concurrir determinados presupuestos y circunstancias para determinar que estamos ante el delito tenencia ilegal de armas”<sup>52</sup>.

El ilícito de tenencia ilegal de armas de fuego se encuentra previsto y sancionado dentro del rubro de delitos contra la Seguridad Pública y específicamente tipificado como delito de peligro común en el Código Penal.

---

<sup>52</sup> T.S. VIVES, Derecho Penal Parte Especial, España-Valencia Tirant lo Blanch 2da Edición, Pág. 182

“Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente (lo cual perjudica el esquema finalista del Código Penal así como sus postulados mínimos y garantistas; de bien jurídico real, invirtiéndose la presunción constitucional de inocencia). Así, la ley sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de seis ni menor de quince años a aquél que entre otros tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación, sin embargo, el presente artículo se encuentra dirigido únicamente a la tenencia ilegal de armas de fuego también aplicable a la posesión de armas de guerra”<sup>53</sup>.

No obstante la comisión del ilícito que se analiza es una figura de Peligro abstracto, resultaría absurdo que la propiedad, posesión o mero uso del Arma sin encontrarse autorizado administrativamente, fuese el único sustento para efectuar un juicio de reprochabilidad de la conducta del agente, es decir, para entender que el ilícito se ha perfeccionado, pues ello constituiría RESPONSABILIDAD OBJETIVA que a la luz de lo dispuesto en el artículo VII del Código Penal se encuentra proscrita. Si ello fuese así, el análisis probatorio de la conducta del sujeto se circunscribiría al acta de incautación del arma sin la correspondiente autorización administrativa junto con la conformidad de ambas circunstancias por el imputado lo cual satisfecería el aspecto subjetivo del tipo, resultando sin lugar el proceso

---

<sup>53</sup> T.S. VIVES, Derecho Penal Parte Especial, [España](#)-Valencia Tirant lo Blanch 2da [Edición](#), Pág. 182

penal pues dichos aspectos se acreditarían sin mayor esfuerzo en la investigación preliminar. Entendido ello así, el proceso penal resultaría meramente formal, deviniendo absolutamente lógica y necesaria la condena ante la simple tenencia o posesión del arma.

Sin embargo, el verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere "... *tener en poder ... armas...*", lo cual de un lado exige un dominio o posesión permanente de más de un arma y correlativo a ello el ánimo de usarla a sabiendas que se carece de la licencia por parte de Discamec, excluyéndose por exigencias de razonabilidad, el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro (circunstancia de necesidad apremiante) conforme se explicita líneas adelante; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explicita la Doctrina del Derecho Civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto del ánimo de conservarla para sí. Para definir como error de la voluntad del legislador el haber plasmado como imputable penalmente la posesión de ARMAS, debiéndose interpretar valederamente que se sanciona sólo a quien posee más de una, lo cual crea además una mayor convicción de peligro social que pretende evitar la ley (recuérdese que el bien jurídico es la Seguridad Pública y el Peligro Común); luego, la mera tenencia de una sola arma, no encuentra sustento de tipicidad. Debe tenerse en consideración a este respecto que en la época en que se incluyó como delito es decir con la vigencia del Código Penal, el terrorismo se encontraba en todo su apogeo y no obstante la exposición de motivos de dicha norma no hace referencia a la

parte especial, resulta sumamente razonable que se haya incluido como delito la tenencia ilegal de armas de fuego para evitar el almacenamiento de armas que podrían ser utilizados con fines de subversión. "Considérese además que el tipo en relación a los otros objetos que crean peligro siempre señala que debe ser más de uno, así se refiere a "bombas", "municiones" o "materiales explosivos", "inflamables", "tóxicos", o "sustancias" o "materiales destinados para su preparación" por lo que inclusive un análisis literal y teleológico de la norma nos remitiría igualmente a la sanción penal por la tenencia de más de una"<sup>54</sup>.

El principio de legalidad cuyo postulado más importante se encuentra resumido en el latinazgo "*nullum crimen sine lege*", exige que toda conducta reprimible penalmente debe encontrarse previa e inequívocamente detallada en el Código de la materia. Dicha exigencia de legalidad se encuentra prescrita en los Arts. II y III del Título Preliminar del Código Penal que se traduce en la exigencia de que "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella" y "No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde". La importancia de dicho mandato es fijar un límite jurídico al poder de persecución penal por parte del Estado, creando certeza legal en los ciudadanos quienes deben tener total seguridad acerca de cuál es la conducta que el Estado reprime, pues las personas sólo deben

---

<sup>54</sup> T.S. VIVES, Derecho Penal Parte Especial, [España](#)-Valencia Tirant lo Blanch 2da [Edición](#), Pág. 182

de limitarse a dejar de hacer lo prohibido, ya que fuera de ello, todo está permitido. Se advierte asimismo la importancia de las exigencias de legalidad penal: Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". Lo mismo con lo prescrito en el Art. 139 inc. 9. que prohíbe la aplicación analógica de la ley penal así de aquellas normas que restrinjan derechos, y consecuencia de todo este análisis, resulta ilegal que se condene a una persona que sólo tiene en su poder una sólo arma de fuego, lo cual viene ocurriendo constantemente en la praxis judicial de los juzgados penales.

Es imprescindible además que se vulnere el bien jurídico *Seguridad Pública* debiéndose perfeccionar un peligro real e inminente para sociedad con la mera posesión o tenencia de armas por parte del imputado, lo cual excluye el uso breve y momentáneo que hace el autor ante un estado de necesidad o con finalidad de legítima defensa, considerando el suscrito que en dicho ilícito debería concurrir conjuntamente otro cúmulo de circunstancias que acrediten la inminente peligrosidad por parte del sujeto, la misma que se vería potenciada por la posesión de las armas en cuestión, lo cual haría inviable la seguridad pública. En tal sentido, distinto es el caso de aquellos que se encuentran hurtando o cometiendo ilícitos y se les halla en posesión de armas de fuego, que aquél que caminando por la calle encontró un arma y se la guardó en el bolsillo. En otro orden de ideas, es bueno recordar que

la ley faculta la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros y de cualquier índole.

El delito de tenencia ilegal de armas por ser también un delito de acción requiere de un mínimo de continuidad en la posesión de armas, que implica no sólo la relación material del agente con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las licencias autoritativas correspondientes. “De esto se advierte, que la relación material entre la posesión del arma no debe suceder de manera esporádica y circunstancial pues la tenencia fugaz y momentánea, se halla excluida del tipo penal submateria”<sup>55</sup>.

Además, reforzando el concepto del bien jurídico tutelado, se requiere la existencia de peligro común para las personas o los bienes que debe entenderse como un peligro de orden colectivo desde que los medios que se señalan, por su propia naturaleza tienden a superar un peligro de orden individual. La tenencia de más de una y a manos de una persona peligrosa, razonablemente permite entender que el riesgo social aumenta. “En el mismo orden de ideas, es del caso precisar que la Seguridad Pública, es el conjunto de condiciones garantizadas por el orden público, necesarias para la seguridad de la vida, de la integridad personal y de la salud, como bienes de todos y cada uno, independiente de su pertenencia a determinada persona, siendo el concepto de peligro común aquel en el que las posibilidades de dañar bienes jurídicos se extiende a un número indeterminado de personas que son titulares de ellos, amenaza a los de toda

---

<sup>55</sup> T.S. VIVES, Derecho Penal Parte Especial, [España](#)-Valencia Tirant lo Blanch 2da [Edición](#), Pág. 182

una comunidad o colectividad”<sup>56</sup>; Sin embargo, si el uso de la misma sirve para evitar una desgracia de mayores consideraciones lejos de desproteger la seguridad pública, se pone a cubierto tal valor social.

---

<sup>56</sup> CREUS, Carlos. Derecho Penal Parte Especial Tomo 2 3ra Edición Editorial Astrea, [Buenos Aires](#), 1990, Pág. 2

### **4.3. MARCO JURÍDICO.**

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

El Art. 1 de la Constitución del 2008, empieza señalando expresamente que el Ecuador, es un Estado Constitucional de derechos y justicia social, lo que establece un supremo, primero y amplio principio de proporcionalidad, pues dichos conceptos implican una estructura social de equidad como principio de coexistencialidad, aunque obviamente la materialización de este principio ha de llevarnos mucho tiempo, pues es necesario reorganizar una sociedad corroída por la injusticia y el establecimiento de incontables privilegios para la clase dominantes, que hasta hace poco tiempo ha tenido una actitud parasitaria con respecto al común de los ciudadanos. Así mismo, el Art. 3 del ordenamiento constitucional (2008) señala con suma claridad que es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

El Art. 11, numeral 2, reconoce el derecho a la igualdad en el marco de derechos y oportunidades, eliminado todo tipo de discriminación por cualquier causa, y estableciendo consecuentemente un criterio de proporcionalidad en función de derechos y obligaciones.

De esta manera el Art. 11, numeral 9, de la Constitución de la República de manera categórica declara que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Gaceta Constitucional, Ecuador Octubre de 2008, Art. 11, numeral 9.

Esto evidentemente, constituye una premisa fundamental en el ámbito del Estado constitucional de derechos y justicia, donde la meta suprema es la máxima realización de los derechos de la persona en todo el amplio espectro del convivir social y las situaciones particulares que aquél conlleva, comprendiéndose de manera primordial aquellos aspectos altamente sensibles para los derechos de las personas, como es precisamente el proceso penal.

En el ámbito de reconocimiento de las garantías sustanciales del debido proceso en el Ecuador, la Constitución, en el Art. 76, numeral 6, determina de manera categórica lo siguiente:

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

...6.- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”<sup>58</sup>

Esto significa, que los instrumentos legales pertinentes, en este caso el Código Penal, deberán necesariamente contemplar la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones; es decir, que debe existir un equilibrio racional y lógico entre el grado de afectación que produce el acto infractor (sea delito o contravención), la dañosidad social, la peligrosidad, las circunstancias personales del reo, etc., y las consecuencias

---

<sup>58</sup> Idem, Art. 76, numeral 6.

jurídicas que se aplican al acto infractor, partiendo incluso de una aplicación irrestricta del principio de igualdad ante la Ley que se contempla el ordenamiento constitucional como premisa de la convivencia social. Es así, que no se podrían entonces aplicar la misma sanción a la persona que trafica con fines de expendio diez gramos de cocaína, que la que se aplica al sujeto responsable del tráfico con los mismos fines de una tonelada de cocaína; ya que si bien es cierto se trata de una coincidencia en el acto típico, los resultados y las características propias de cada uno serían absolutamente diferentes, pues en el primer caso el potencial de daño es sumamente modesto, en tanto en el segundo resulta devastador, incluso las características personales de cada reo serán muy diferentes, lo que implica necesariamente la aplicación de un sistema de consecuencias jurídicas diferentes.

#### **4.3.2. La Proporcionalidad de la Pena en la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios.**

En cuanto a la proporcionalidad de las penas aplicadas en la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, lo concerniente a las sanciones está contenido en el Capítulo VI de aquella Ley, y concretamente en el Art. 31 que reprime con pena de reclusión menor de tres a seis años a todas las personas que incurran en las conductas de fabricación, suministro, adquisición, sustracción, arrojo, uso, transporte o tenencia, de armas,

municiones o explosivos, aunque como ya indiqué, éstas penas, al menos salvando las armas, municiones o explosivos de dotación policial o militar, no son aplicables por efecto de los Arts. 162 y 624 del Código Penal, que establecen penas mucho menores, incluso de carácter contravencional para conductas similares.

“Art. 31.- Los que con violación a las normas de esta Ley fabricaren, suministraren, adquirieren, sustrajeren, arrojarren, usaren, transportaren o tuvieren en su poder armas, municiones, explosivos, accesorios o materias destinadas a su fabricación serán reprimidos con reclusión menor de 3 a 6 años... sin perjuicio del decomiso de las armas de fuego, municiones, explosivos, accesorios, materias primas que constituyan la infracción.”<sup>59</sup>

En cambio, el Código Penal, tipificando también el mismo delito señala: “Art. 162.- Los particulares que sin el permiso necesario y sin debida explicación, portaren armas de uso militar o policial y de cualquier otro tipo similar, serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de nueve a cuarenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América.

La actuación dolosa reiterada de este tipo de conducta, será sancionada con una pena de reclusión de tres a seis años.

---

<sup>59</sup> LEY DE FABRICACION, IMPORTACION, EXPORTACION, COMERCIALIZACION Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS. Editorial Jurídica Del Ecuador. Edición 2010. Art. 31

Corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, a través del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas extender el permiso de portar armas; esta facultad podrá ser delegada de conformidad con el reglamento de la materia.

Esta obligación se extiende a las armas que se empleen en industrias y oficios.

Las autoridades militares y de Policía debidamente autorizadas, están obligadas a decomisar y remitir previo el levantamiento del correspondiente parte de la acción efectuada, a la Dirección de Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, toda arma o munición de procedencia nacional o extranjera, que no contare con los permisos y legalmente otorgados.

Todas las armas decomisadas serán registradas en la Dirección de Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y en caso de no justificar el propietario su procedencia, en un plazo de treinta días, serán entregadas a los depósitos de armas del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas para ser destruidas.

Las armas decomisadas que sirvieren como evidencia de la comisión de infracciones penales se mantendrán como tales bajo la custodia de la Policía Judicial y una vez terminado el juicio penal respectivo, serán registradas en la Dirección de Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y entregadas posteriormente a la autoridad competente.

En los Comandos Provinciales de la Policía de todo el país se llevará un registro en el que se anote el tipo, calibre y características del arma o armas decomisadas y que han sido enviadas a la autoridad militar correspondiente.

Los fabricantes de armas, explosivos y municiones de cualquier tipo, deben registrar sus fábricas o talleres en la Dirección de Logística del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, e informar mensualmente a esta entidad sobre la cantidad, tipo, calibre y características de las armas producidas y el código asignado a cada una de ellas, las cuales obligatoriamente también deberán ser registradas.”<sup>60</sup>

Es evidente que por efecto del principio pro reo consagrado como garantía del debido proceso en el numeral 5 del Art. 76 de la Constitución de la República, sería en todo caso aplicable el artículo 162 del Código Penal, suponiendo que de acuerdo al caso no existiere el presupuesto jurídico para aplicarse el artículo 624 del Código Penal. Sin embargo, aún se observan sentencias condenatorias por tenencia de armas, municiones y explosivos que aplican en forma indebida el Art. 31 de la Ley de Tenencia de Armas, Municiones y Explosivos.

En el caso de las penas señaladas en el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, así como en el Art. 162 del Código Penal, a mi modo de ver, son absolutamente discordantes con la naturaleza

---

<sup>60</sup> CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo de 2010. Art. 162.

y la criminalidad de las conductas que pretenden reprimir, equiparando y aplicando la misma pena a actos antijurídicos que resultan diametralmente distintos en cuanto a la gravedad de la infracción, considerada por la criminalidad del acto y por las consecuencias ocasionadas en la sociedad. Así por ejemplo, se asimila como similares la conducta de transporte y suministro de armas de guerra, así como municiones y explosivos de la misma categoría en alta escala para proveer a grupos subversivos de la frontera colombo-ecuatoriana, con la conducta de tenencia domiciliar de una arma ligera con fines de estricta y legítima defensa de la integridad personal del tenedor del arma y su familia, así como de sus bienes patrimoniales; esto, cuando sabemos perfectamente que la primera conducta aludida es de gravedad extrema y de naturaleza evidentemente dolosa, pues el autor realiza contactos en los submundos delincuenciales para proveerse de las armas, y luego realiza todo un conjunto de estrategias dolosas para transportar las armas eludiendo los respectivos controles policiales y militares, y finalmente las hace llegar a su destino, a sabiendas de que dichas armas serán utilizadas en la confrontación bélica con el Estado colombiano e incluso con evidente peligro para nuestro propio Estado y nuestra integridad y soberanía territorial, contribuyendo a la agudización de un conflicto que ha costado muchas vidas humanas e incuantificables daños materiales, y conociendo que el uso que han de darse a dichas armas, municiones y explosivos, causará gravísimos estragos sobre las personas, artefactos o bienes contra los que se utilicen. El único afán de esta conducta en la mayoría de los casos es el de proveerse ingentes ganancias ilícitas,

aunque rara vez se lo hace por motivos de convicciones políticas o ideológicas, o de contribución a una causa que el agente la cree noble y justificada. En cambio, la criminalidad de quien tiene en su poder una arma ligera, que incluso se encuentra en su domicilio, y es conservada con todas las precauciones para reducir el peligro de las personas que se desenvuelven en su entorno, y solamente se conserva dicho artefacto y sus respectivas municiones con el afán de procurarse mayor seguridad frente a los elevados índices delincuenciales, y garantizar en mayor grado la protección de su integridad personal y la de los suyos, así como sus bienes patrimoniales.

Es evidente que la Ley de Fabricación, Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, al igual que el Art. 162 del Código Penal, en cuanto a las sanciones aplicables, de manera absolutamente antitécnica y contradictoria con el principio constitucional de proporcionalidad de la pena, y rayando inclusive en el campo de las penas crueles que de manera expresa prohíbe la Constitución de la República del Ecuador, atribuye una criminalidad que no la tiene a la simple tenencia de armas ligeras, municiones o explosivos, con fines absolutamente legítimos, aplicándole penas que resultan totalmente desproporcionadas y sumamente graves para aquellas conductas que no revisten mayor peligro ni daño social. En cambio, en el caso de las conductas relacionadas con el tráfico de armas, municiones y explosivos de uso policial y militar, o aptos para confrontaciones bélicas, la pena resulta sumamente benigna y conmisericordiosa, y no es coherente con el dolo, el daño

y el gravísimo peligro que representa; estas conductas a mi modo de ver, atendiendo su gravedad y el estado de peligro en que colocan a una sociedad entera, deben ser sancionadas con la drasticidad que merecen.

En este tipo de conductas, a mi criterio, para la graduación de la pena debe observarse de manera real y sin prejuicios de ninguna clase, el peligro que conllevan de acuerdo a los fines e intenciones del agente, la concurrencia del dolo y la necesidad de prevención; y debe tenerse muy en cuenta que no es la misma conducta la simple tenencia o posesión de una arma de fuego con fines pacíficos y de protección personal y legítima defensa, que la posesión, almacenamiento, transporte y comercialización dolosa de armas de fuego de uso militar o policial, o de guerra, para proveer a organizaciones delictivas o a grupos sediciosos involucrados en conflictos bélicos. En el primer caso, el fin del agente es totalmente legítimo y justificado, y si bien la sola existencia del arma representa un potencial peligro para los individuos de su entorno, las posibilidades de que este se materialice son muy escasas; en cambio en el caso del tráfico de armas, los fines que persigue el agente son de plano ilícitos, y buscan el apoyo a una causa de ilicitud absoluta, representando un grave peligro social, y de hecho contribuyendo a que se agudicen los ya cruentas cifras de la muerte que suelen rodear a estos conflictos.

## **5. MATERIALES Y MÉTODOS.**

### **5.1. Materiales Utilizados.**

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura del informe de mi tesis; como fueron los libros y leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador; Código del Trabajo; Obra de Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en materia penal Mir Puig, Santiago, "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", Zambrano Pasquel, Alfonso. "Manual de Derecho Penal, Parte General". Diccionarios Jurídicos como: de Manuel Osorio, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Además utilicé los siguientes materiales de oficina para el desarrollo de la tesis como: hojas de papel bond, esferográficos, computadora, tinta de computadora, impresora, flash memory, grabadora para las entrevistas; fichas bibliográficas y nemotécnicas; todo éste, material me ha servido de mucho para estructurar el informe de tesis, así para comprender más a fondo la problemática.

### **5.2. Métodos.**

Los métodos descritos en el presente trabajo fueron utilizados de la siguiente manera:

El **método inductivo** fue aplicado al momento de consultar temáticas relacionadas a problemas internos de derecho laboral en el Ecuador, en lo relacionado con el principio de proporcional de la pena en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego.

El **método deductivo** se aplicó considerando temas relevantes del principio de proporcional de la pena en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego doctrinariamente con nuestra realidad nacional.

El **método analítico** fue utilizado en el análisis que realicé a las citas textuales y contextuales que constan en la presente tesis, particularmente en la revisión de literatura cuyos temas constan en la tesis y además en el análisis de los resultados de las encuestas.

El **método científico**, me permitió el empleo de obras científicas legalmente protegidas por su propiedad intelectual, obras que fueron consultadas en libros y fuentes de consultas de internet, de temas relacionados con el derecho laboral.

Para la interpretación de normas jurídicas de las leyes, utilicé el **método exegético y hermenéutico**. Para la estadística de las respuestas de la encuesta aplique el **método estadístico**.

### **5.3. Procedimientos y Técnicas:**

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliada de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico.

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática como; Jueces del Trabajo y Abogados especialistas en materia laboral, así como profesionales y estudiantes de Derecho, previo muestreo poblacional de treinta personas para las encuestas; se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis. Los

resultados de la investigación empírica se presentan en barras y en forma discursiva con deducciones derivadas de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

## 6.- RESULTADOS

### 6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

De conformidad con lo establecido en el correspondiente Proyecto de Investigación, se procedió a la aplicación de un formulario de encuesta a una población de treinta profesionales del derecho contados entre juristas especializados en derecho penal, jueces de garantías penales, fiscales y abogados con experiencia en materia penal. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

#### Primera Pregunta:

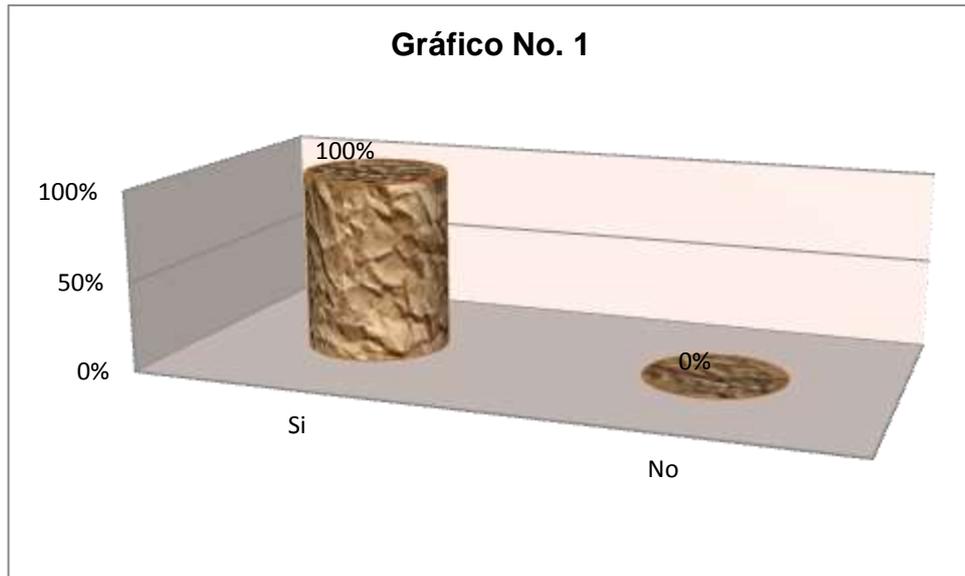
¿Considera usted, que el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República, es fundamental para la realización del derecho al debido proceso en el ámbito de un Estado constitucional de derechos?

**Cuadro No. 1**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	30	100%
No	00	0%
<b>TOTAL:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a profesionales del derecho.

**Autor:** Segundo Patricio Jara Patiño.



**Análisis.-** Como se puede apreciar en la tabla que antecede, la totalidad de los encuestados consideran que el principio de proporcionalidad establecido como garantía básica del debido proceso en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, es importante para la efectivización del derecho al debido proceso que resulta una garantía primordial del Estado constitucional de derechos.

**Interpretación.-** Considero muy positiva la respuesta de los encuestados, en cuanto es evidente que la proporcionalidad es un principio indispensable para la realización plena del ideal de la justicia y de los derechos fundamentales de las personas, especialmente de la seguridad jurídica y el debido proceso.

## Segunda Pregunta:

¿Cree usted, que existe inobservancia del principio de proporcionalidad de la pena por parte del juzgador, al dictar sentencia en delitos de tenencia ilegal de armas de fuego?

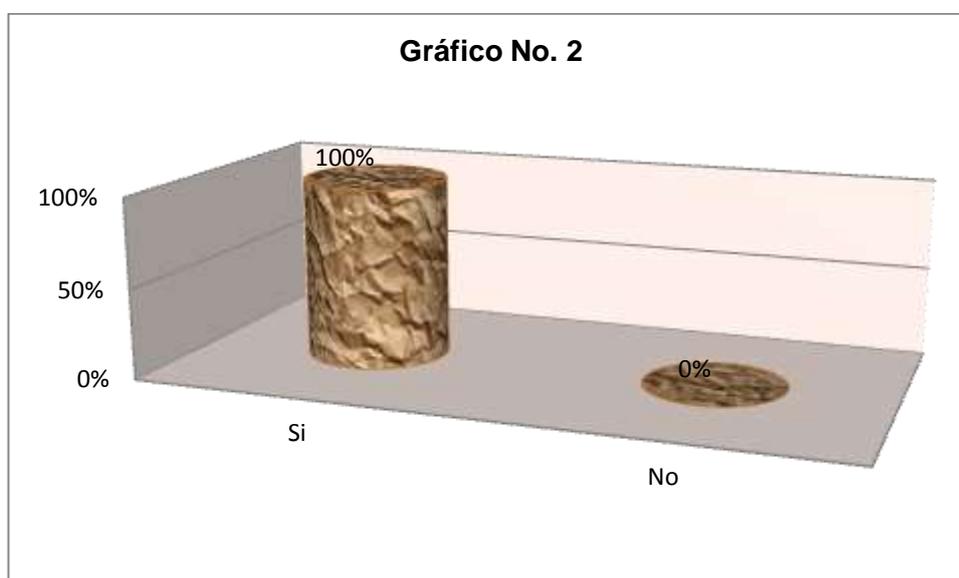
**Cuadro No. 2**

Indicadores	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	00	0%
<b>TOTAL:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a profesionales del derecho.

**Autor:** Segundo Patricio Jara Patiño.

**Gráfico No. 2**



**Análisis.-** En esta pregunta las treinta personas que equivalen al 100% de los encuestados manifiestan su opinión en el sentido de que no se observa adecuadamente el principio de proporcionalidad en el sistema de

consecuencias jurídicas aplicables en el Código Penal del Ecuador frente a la conducta de posesión y tenencia de armas de fuego.

**Interpretación.-** Comparto la opinión de la mayoría de encuestados, en cuanto es evidente, que existe transgresión del principio de proporcionalidad por efecto de las sanciones establecidas para la tenencia y posesión de armas de fuego sin la debida autorización, conforme lo tipifican los Arts. 31 de la Ley de Armas y 162 del Código Penal, puesto que se aplican sanciones de reclusión o hasta de cinco años de prisión para conductas de simple peligro y con ausencia de dolo real por parte de los presuntos infractores.

**Tercera Pregunta:**

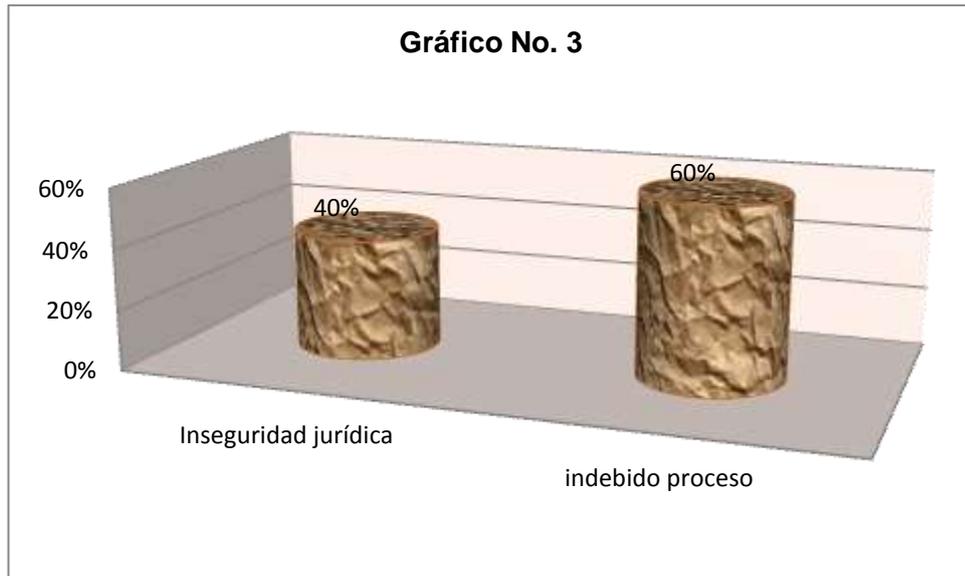
¿Qué efectos cree usted que ocasiona en los sentenciados las penas desproporcionadas impuestas por el Juzgador por tenencia ilegal de armas de fuego?

**Cuadro No. 3**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Inseguridad jurídica	12	40%
Vulneración al debido proceso	18	60%
<b>TOTAL:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a profesionales del derecho.

**Autor:** Segundo Patricio Jara Patiño.



**Análisis.-** En esta pregunta doce personas que corresponden al 40% de los encuestados consideran como efectos ocasionados en los sentenciados por las penas desproporcionadas impuestas por el Juzgador por tenencia ilegal de armas de fuego la inseguridad jurídica al no cumplirse la imposición de penas proporcionadas, considerando el tipo de armas, la peligrosidad del infractor. En cambio, dieciocho encuestados que equivalen al 60%, manifiestan que la no dictarse penas proporcionales a los responsables de delitos de tenencia ilegal de armas de fuego, se estaría, lesionando el debido proceso por inadecuada aplicación del principio de proporcionalidad.

**Interpretación:**

Comparto la opinión de los encuestados porque si bien, se lesiona derechos del procesado, también dentro del procedimiento existe inadecuada administración de justicia que debe ser ejercida con lealtad procesal y no hacer extensiva la interpretación de normas legales. La

igualdad de derechos es para todas las persona sin distinción de su condición social, por lo tanto debe cumplirse el mandato constitucional.

**Cuarta Pregunta:**

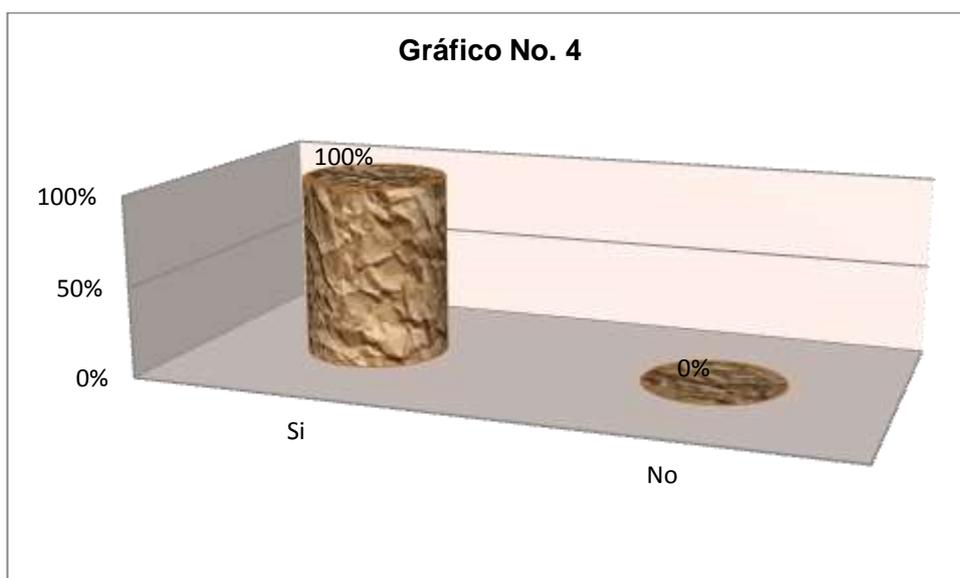
¿Considera usted que las penas impuestas por los Juzgadores en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego, son desproporcionadas, generando inseguridad jurídica y vulneración de derechos del infractor?

**Cuadro No. 4**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	30	100%
No	00	0%
<b>TOTAL:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a profesionales del derecho.  
**Autor:** Segundo Patricio Jara Patiño.

**Gráfico No. 4**



**Análisis.-** Los treinta encuestados que contribuyen al 100%, considera que existe deficiente legislación sobre el sistema de penas los delitos tenencia de armas de fuego que contiene el Código Penal quebranta el principio de proporcionalidad, y afecta de manera grave el derecho a la seguridad jurídica, creando por un lado impunidad e imponiendo por otro lado penas desproporcionadas. Además afecta al derecho a la seguridad jurídica y los derechos individuales del infractor, como a un debido proceso, derecho a la defensa y tutela jurídica.

**Interpretación.-** Considero muy importante la respuesta de la mayoría de encuestados, en cuanto estiman que las deficiencias en la aplicación del principio de proporcionalidad lesiona peligrosamente el derecho a la seguridad jurídica, así como el debido proceso, específicamente con relación a la garantía establecida en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República y los derechos del procesado.

**Quinta Pregunta:**

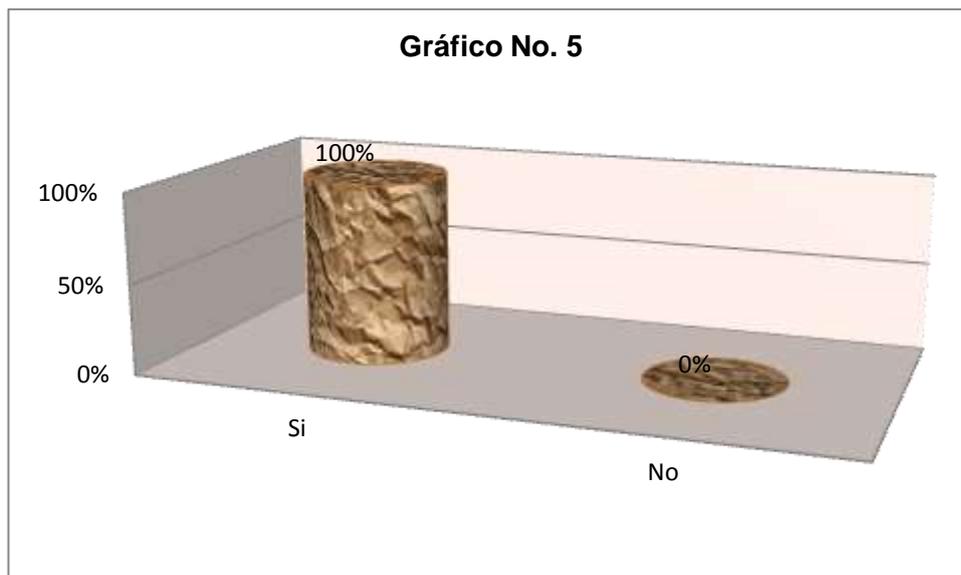
¿Cree necesario modificar el tipo penal del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, incorporando normas al régimen penal que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena?

**Cuadro No. 5**

<b>Indicadores</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje</b>
Si	30	100%
No	00	0%
<b>TOTAL:</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Fuente:** Encuesta aplicada a profesionales del derecho.

**Autor:** Segundo Patricio Jara Patiño.



**Análisis.-** En esta pregunta los treinta encuestados que significan el 100% determinan la necesidad de modificar el tipo penal, que permita al juzgador aplicar una pena proporcional considerando el tipo de arma de fuego incautada. Además estiman conveniente la necesidad de reformar el sistema penal, como medio para asegurar la garantía del debido proceso inherente al principio de proporcionalidad, que permita dotar de mayor seguridad jurídica a los procesados, brindando la posibilidad de realizar realmente el ideal de justicia de la sociedad, y las funciones sustanciales de las pena, especialmente en materia de prevención del delito y como medio de una auténtica rehabilitación social del reo.

**Interpretación.-** Considero que es acertado el criterio de los encuestados, en cuanto es evidente que se requiere reformar nuestro sistema penal, por lo menos con respecto a las conductas indicadas, a fin de promover en mayor grado la proporcionalidad penal como medio para realización de la justicia,

así como para promover el derecho a la seguridad jurídica y las garantías del debido proceso.

## **7.- DISCUSIÓN**

### **7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS**

En el Proyecto de Investigación respectivo se procedió a plantear los siguientes objetivos para ser verificados a través del desarrollo de la presente investigación:

#### **OBJETIVO GENERAL:**

***“Realizar un estudio doctrinario y jurídico del principio de proporcional de la pena en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego”.***

El presente objetivo ha sido alcanzado mediante el desarrollo de todo el presente estudio investigativo, que ha permitido desarrollar una amplia base teórica, así como un análisis de campo, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la tipificación penal de las referidas conductas, pudiendo determinar como premisa que se inaplica dicha garantía del derecho al debido proceso lo que redundará en estado de inseguridad jurídica contra los procesados y condenados por tales delitos.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- 1. Identificar los efectos que ocasionan en los sentenciados por tenencia ilegal de armas de fuego, las penas desproporcionadas impuestas por el Juzgador.***

Este objetivo se alcanza mediante el estudio teórico realizado con respecto a la problemática de investigación, especialmente en el marco doctrinario y en el marco jurídico, así como en el trabajo de campo, donde se determina la importancia del principio de proporcionalidad en el marco del Derecho Penal del Ecuador, y la problemática jurídica-penal que se ocasiona como consecuencia de la falta de proporcionalidad entre las infracciones de robo agravado, tráfico de estupefacientes y tenencia de armas de fuego, conforme se encuentran tipificadas en el Código Penal, y las reales dimensiones criminológicas de estos delitos.

**2. *Demostrar la necesidad de modificar el tipo penal del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, incorporando normas que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena.***

Este objetivo específico se alcanza mediante el estudio analítico jurídico detallado de la tipificación contenida en el Código Penal del Ecuador, de donde se deduce con claridad que existe un quebrantamiento del principio de proporcionalidad en cuanto a los delitos de robo agravado, tráfico de sustancias estupefacientes y tenencia de armas de fuego, determinando que en muchos casos relacionados con dichas conductas, no se establecieron circunstancias que determinan la menor gravedad de dichas conductas, en relación con el potencial peligro que aquellas entrañan y con la naturaleza criminológica de las mismas.

**3. Realizar una propuesta de reforma legal al Régimen Penal del Ecuador, que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena en delitos de tenencia ilegal de armas de fuego.**

La presente investigación realiza un estudio de la doctrina de otros países con respecto a los señalados delitos, lo que permite advertir que en coherencia con el principio de proporcionalidad, existe la tendencia en los diversos países a excluir de las sanciones penales convencionales, es decir, de las penas privativas de libertad mayormente gravosas a los delitos contra la propiedad cuando tiene una naturaleza bagatelaria, y la amenaza o peligro para la integridad de las víctimas no ha sido realmente significativo; al igual que se observa una criminalización menor con respecto a la conducta de peligro que entraña el porte de armas de fuego con fines estrictamente defensivos y de seguridad de quienes las tienen en su poder. De esta manera se ha conseguido en forma satisfactoria este objetivo específico.

## **7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

La hipótesis propuesta oportunamente para ser verificada mediante el desarrollo de la presente investigación se planteó en los siguientes términos:

***“Las penas impuestas por los Juzgadores en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego, son desproporcionadas,***

***generando inseguridad jurídica y vulneración de derechos del infractor”***

Para contrastar la presente hipótesis es indispensable remitirme a los siguientes fundamentos obtenidos en el desarrollo de este proceso investigativo: El desarrollo de la presente investigación ha permitido establecer que existe un notorio quebrantamiento del principio de proporcionalidad en la tipificación penal de las conductas de tenencia de armas de fuego, en cuanto no se contemplan determinadas circunstancias específicas que determinan la mayor o menor peligrosidad y daño de estas conductas; se aplican penas sumamente gravosas a los poseedores de armas de fuego de bajo poder, que las tienen con fines de protección personal y familiar, y sin que presenten mayor peligro de daño con respecto a los seres humanos que se encuentran cerca del poseedor. Todas estas circunstancias como se ha indicado redundan en la mayor o menor peligrosidad o daño, de conductas y por tanto deben reflejarse en la aplicación de la escala punitiva. Estas falencias y vacíos de nuestro sistema penal, quebrantan el principio de proporcionalidad dando como consecuencia que en unos casos, al ser la pena demasiado fuerte con respecto a la nimiedad de la infracción, se irroguen penas crueles en contra del presunto delincuente; así como también, que en otros casos se irroguen penas sumamente benignas para delitos sumamente graves, lo que determina que no existe la debida aplicación del principio de proporcionalidad establecido en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, afectando de esta forma el derecho al debido

proceso y colocando en inseguridad jurídica a los procesados y condenados por dichas conductas; derivando además en una tergiversación de los principios fundamentales del Estado constitucional de derechos, y desvirtuando en consecuencia las finalidades sociales de la pena.

### **7.3. Fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma legal.**

El principio de proporcionalidad en materia penal es absolutamente indispensable, puesto que por principio el ordenamiento constitucional es contrario a las penas crueles, como es también opuesto a la impunidad, por lo que se debe buscar siempre que el sistema de consecuencias jurídicas sea racionalmente proporcionado con las magnitudes de daño social del delito, con sus características individuales, con los efectos ocasionados en la persona ofendida, con la personalidad del reo y con sus necesidades de rehabilitación social.

La pena por su propia naturaleza afflictiva para el ser humano, no debe ser tan grave, ni desproporcionada con respecto al delito de manera que pueda rayar en el campo de la venganza social a través de las llamadas penas crueles, prohibidas en forma expresa en la Constitución de la República del Ecuador, ni tampoco debe ser tan benigna como para no causar miedo y recelo de parte de los otros miembros de la sociedad, que de hecho son potenciales infractores. La proporcionalidad radica en que la pena debe significar un justo castigo necesario para el delito que reprime y un suficiente estímulo para la rehabilitación del reo, y debe tener la suficiente severidad

como para ejercer un efecto disuasivo sobre los otros hombres que pudieren incurrir en conductas delictivas.

El Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, como se ha visto antes, fija el principio de proporcionalidad de la pena en los siguientes términos: Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Se entiende obviamente que esta obligación corresponde a los ordenamientos jurídicos de corte punitivo, como es el caso del Código Penal, Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios.

Esto implica que es una obligación de nuestro legislador, procurar la aplicación más fiel posible del principio de proporcionalidad en toda la legislación penal del Ecuador, buscando alcanzar la máxima adecuación entra la infracción, su naturaleza y características peculiares, la personalidad del reo y las sanciones que se apliquen, criterios estos que obviamente deberán ser aplicados por el juzgador al momento de dictar la respectiva sentencia, que tendrá íntima relación con el expediente procesal.

En el caso de tenencia de armas con fines pacíficos y de aportar de ser necesario a ejercer el derecho a la legítima defensa de su persona y su patrimonio que asiste a los ciudadanos. El Art. 162 del Código Penal, así como el Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, contemplan penas desproporcionadas en relación al daño

potencial y a la absoluta falta de dolo específico, en relación con el delito, aún más si tomamos en cuenta que en el sector rural del Ecuador, muchas personas por costumbre ancestral y sin ningún afán delictivo tradicionalmente han poseído pequeñas armas de fuego, de menor poder dañoso, con fines evidentemente pacíficos y sin que representen mayor peligro de daño real para su entorno social y familiar. No es el mismo caso de avezados delincuentes que portan armas de fuego en medio de asociaciones ilícitas para utilizarlas en el cometimiento de otros delitos contra la propiedad y contra la vida, primordialmente; son dos casos distintos, que debieran necesariamente ser contemplados en nuestra legislación; nótese que el grado de peligro para el entorno social del infractor es mayor cuando el arma de fuego es portada por vías y calles de los pueblos y ciudades del país, con relación a las personas, que reitero, por tradición y con fines pacíficos tienen una arma de fuego guardada en su domicilio; sin embargo, en la práctica de nuestro sistema penal, se aplican sanciones muy similares en todos los casos, lo que deviene en graves injusticias, que antes que provocar la rehabilitación social del reo, dan lugar a generar en él resentimiento social y por ende una tendencia delictiva real. En cambio en otros casos, cuando se posee el arma con un predecible fin delictivo, es probable que la pena aplicable resulta leve y por ende genere la impunidad.

Debemos tener en cuenta que el principio de proporcionalidad se constituye en un límite infranqueable del poder punitivo del Estado, por lo tanto todo quebrantamiento de este principio conlleva sin duda una extralimitación del

*ius puniendi*, lo que es un precedente sumamente preocupante en un ordenamiento jurídico preconizado por un ente estatal democrático, de derechos y justicia social.

Lo dicho, revela la evidente necesidad de emprender en un pormenorizado estudio sobre las proporciones del sistema de consecuencias jurídicas aplicables a los delitos mencionados deficientemente tipificados al menos en cuanto a la pena, en el sistema penal del Ecuador. De ahí, que resulta indispensable que los assembleístas se preocupen, en aras del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos y como medio de realización del derecho al debido proceso, de promover reformas a las estructuras típicas del delito de tenencia de armas de fuego tipificado en el régimen penal ecuatoriano.

Existe la necesidad de emprender en un pormenorizado estudio sobre las proporciones del sistema de consecuencias jurídicas aplicables a los delitos de tenencia ilegal de armas de fuego deficientemente tipificados, al menos en cuanto a la pena en el sistema penal de nuestro país. De ahí, que resulta indispensable que nuestros assembleístas se preocupen, en aras del derecho a la seguridad jurídica de los ciudadanos, y como medio de realización del derecho al debido proceso, de promover reformas a las estructuras típicas de los delitos de tenencia de armas de fuego.

## 8.- CONCLUSIONES

Pongo a consideración las siguientes conclusiones:

1. El Art. 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador, como se ha visto antes, fija el principio de proporcionalidad de la pena en los siguientes términos: Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones.
2. El principio de proporcionalidad es un concepto que nace de las propias ideas que sobre la justicia y la equidad tiene el ser humano, y que ha venido evolucionando en las diversas sociedad.
3. El principio de proporcionalidad en materia penal es absolutamente indispensable, puesto que por principio el ordenamiento constitucional es contrario a las penas crueles, como es también opuesto a la impunidad, por lo que se debe buscar siempre que el sistema de consecuencias jurídicas sea racionalmente proporcionado con las magnitudes de daño social del delito.
4. La Ley Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, en el Art. 31, así como el Art. 162 del Código Penal, también resultan contradictorios con el principio de proporcionalidad consagrado en el Art. 76, numeral 6, de la Constitución, puesto que aplican sanciones de suma gravedad para conductas de mero peligro.
5. El delito de tenencia ilegal de armas no entrañan una actitud dolosa de parte de quien tiene es tenedor de una arma con fines estrictamente pacíficos y de eventual protección de su persona, conducta que a

menudo se suele confundir con el peligro que entraña el tráfico de armas para proveer a organizaciones que operan al margen de la ley.

6. El trabajo de campo ha permitido determinar que la mayoría de juristas, jueces de garantías penales, fiscales y abogados especializados en materia penal, consideran que efectivamente existe una deficiente aplicación del principio de proporcionalidad en materia penal.
7. El Art. 424 establece la supremacía de las normas constitucionales señalando que prevalecen sobre cualquier otra norma. Por esa razón mi deber es hacer respetar estos derechos que son inalienables e irrenunciables y que el Estado nos garantiza, sancionado aquellos que los violentan.
8. Existe la necesidad de modificar el tipo penal del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, incorporando normas que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena.

## 9.- RECOMENDACIONES

Las conclusiones expuestas me permito elaborar las siguientes recomendaciones:

1. Recomiendo a los señores asambleístas que proponga reforma a la aplicación correcta del principio de proporcionalidad garantizado en la Constitución de la República como garantía del debido proceso.
2. Recomiendo a los señores asambleístas que al tratar sobre la reforma penal que dará lugar a la aprobación del denominado Código Penal Integral, se proceda a prestar especial atención a la aplicación del principio de proporcionalidad en el sistema de consecuencias jurídicas.
3. Sugiero a los Asambleístas establecer escalas punitivas ante los diferentes tipos penales, que procuren acoplar la pena a las diversas circunstancias hipotéticas que pueden presentarse con respecto a una determinada infracción.
4. Recomiendo a los señores asambleístas proceder a reformar la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, específicamente suprimiendo el Art. 31.
5. Debe establecerse la pena en función del grado de peligro que represente la posesión y tenencia del arma en función del lugar donde se la encuentra, del potencial de peligrosidad del portador, del tipo de arma y del presunto uso que se pretenda con respecto a ella deducido de las circunstancias en que fuere encontrado el arma.

6. Sugiero a los señores directivos de las carreras de derecho del país, enfatizar en los pécunies de estudio de las carreras de derecho, el estudio de los principios limitativos del *ius puniendi* de manera que el control social formal a través de los órganos de jurisdicción penal se pueda ejercer un control social.

## 9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

### ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### CONSIDERANDO:

**Que:** La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11, numeral 9, establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que se consagran en la constitución, entre los que se destacan el derecho a la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso;

**Que:** La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 76, numeral 6, establece de manera categórica el principio de proporcionalidad penal entre infracciones y sanciones de manera que exista una adecuada realización del ideal de justicia como aspiración suprema de la sociedad;

**Que:** El Art. 31 de la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, contemplan penas desproporcionadas en relación al daño potencial y a la absoluta falta de dolo específico, en relación con el delito, aún más si tomamos en cuenta que en el sector rural del Ecuador

**Que:** Es necesaria una propuesta de reforma legal al Régimen Penal del Ecuador, que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena en delitos de tenencia ilegal de armas de fuego.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120, numeral 6, de la Constitución de la República, acuerda expedir la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA LEY DE FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS.**

Art. 1.- A continuación del Art. 31, agréguese un inciso que dirá:

*“Para el Juzgamiento de los delitos de tenencia ilegal de armas, todo Juzgador deberá considerar el principio de proporcionalidad para la imposición de la pena, así mismo debe tener presente los informe periciales de las armas, municiones, explosivos y accesorios con la finalidad de conocer su función social, destino, permisos y el impacto que pueden ocasionar en la sociedad su mal empleo”.*

Disposición General.- Quedan expresamente derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a la presente Ley.

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

Dado en la República del Ecuador, Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los \_\_\_ días del mes de \_\_\_ del año dos mil catorce.

f. El Presidenta

f) El Secretario

## 10.- BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO CORREA, Teresa, El principio de proporcionalidad en materia penal, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario de Derecho Usual”. Vigésima Octava Edición. Buenos Aires – Argentina. 1998.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador. 2012.
- CODIGO PENAL DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones.- Quito – Ecuador. 2012.
- CONGRESO LATINOAMERICANO, DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, editorial Leyer, Bogotá Colombia 2006.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2008.
- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa, SIGLO XXI, Calpe S. A., Madrid, 1999.
- ESPINOZA, Galo. Enciclopedia Jurídica. Volumen I. Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador 1986.
- GOLDSTEIN, Raúl. “Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 2da. Edición. Editorial ASTREA.- Buenos Aires – Argentina. 1983.
- LARRAMENDI DOMINGUEZ, Edmundo. “Las Formulaciones Delictivas y su Incidencia en la Investigación Criminalística”. 2008. Universidad de Oriente Santiago de Cuba.

- LEY DE FABRICACION, IMPORTACION, EXPORTACION, COMERCIALIZACION Y TENENCIA DE ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS. Editorial Jurídica Del Ecuador. Edición 2013.
- MÉNDEZ, Josefina, Principios Limitativos del Ius Puniendi, Compilación, Programa de Maestría en Ciencias Penales del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, 2008.
- MIR PUIG, Santiago, "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón / coord, por Juan Ignacio Echano Basaldúa, Ed. Universidad de Deusto, Madrid, 1997.
- MORENO OROZCO. Elsa Irene: Máster en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia: "La Indagación previa en los delitos de Narcotráfico": Revista Judicial DLH.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCIA ARAN, Mercedes. "Derecho Penal, Parte General. Tirant lo Blanch Libros. Valencia. 1996.
- OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias, Jurídicas, Política y Sociales".- Buenos Aires – Argentina.- Editorial Heliasta. SRL.-
- ROMBOLA, Néstor y REBOIRAS, Lucio. Diccionario RUY DIAZ, Jurídico y Social.
- TORRES Chávez, Efraín, Breves Comentarios al Código Penal, Tomos I y II, Edipal y otras, Cuenca, 1980.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: El Delito Procesal Penal; Editorial EDINO; 2002; Impresiones V&O Gráficas.
- ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. "Manual de Derecho Penal, Parte General". Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2008.

## 11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA  
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA  
**CARRERA DE DERECHO**

Con la finalidad de sustentar el trabajo de investigación de la tesis intitulada **“INOBSERVANCIA DEL JUZGADOR DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA, AL DICTAR SENTENCIA EN DELITOS DE TENENCIA ILEGAL DE ARMAS”**, para lo cual solicito muy comedidamente se digne colaborar contestando las preguntas de la siguiente **ENCUESTA**, por lo que le antelo mis debidos agradecimientos de consideración y estima.

**Primera Pregunta:**

¿Considera usted, que el principio de proporcionalidad establecido en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República, es fundamental para la realización del derecho al debido proceso en el ámbito de un Estado constitucional de derechos?

Si (     )

No (     )

**Segunda Pregunta:**

¿Cree usted, que existe inobservancia del principio de proporcionalidad de la pena por parte del juzgador, al dictar sentencia en delitos de tenencia ilegal de armas de fuego?

Si ( )

No ( )

**Tercera Pregunta:**

¿Qué efectos cree usted que ocasiona en los sentenciados las penas desproporcionadas impuestas por el Juzgador por tenencia ilegal de armas de fuego?

Si ( )

No ( )

**Cuarta Pregunta:**

¿Considera usted que las penas impuestas por los Juzgadores en las sentencias por delitos de tenencia ilegal de armas de fuego, son desproporcionadas, generando inseguridad jurídica y vulneración de derechos del infractor?

Si ( )

No ( )

**Quinta Pregunta:**

¿Cree necesario modificar el tipo penal del delito de tenencia ilegal de armas de fuego, incorporando normas al régimen penal que permitan al Juzgador aplicar una debida proporcionalidad de la pena?

Si (     )

No (     )

**GRACIAS POR SU COLABORACIÓN**

## ÍNDICE

PORTADA	i
CERTIFICACIÓN	ii
AUTORÍA	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
TABLA DE CONTENIDOS	vii
1. Título	1
2. Resumen	2
2.1. Abstract	4
3. Introducción	6
4. Revisión de Literatura.	8
4.1 Marco Conceptual.	8
4.1.1 El Delito	8
4.1.2 La Pena	10
4.1.3 El delito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego	12
4.1.4 Etapas Procesales	26
4.1.5 Principios de Proporcionalidad	45
4.1.6 Seguridad Jurídica	50
4.2 Marco Doctrinario.	56
4.2.1 El derecho a la seguridad Jurídica como requisito para la aplicación de Proporcionalidad penal	56

4.2.2	Los principios de la Pena como medio para realizar el Principio de Proporcionalidad	60
4.2.3	Análisis del delito de tenencia ilegal de Armas de Fuego	66
4.3	Marco Jurídico.	73
4.3.1	Constitución de la República del Ecuador	73
4.3.2	La proporcionalidad de la pena en la Ley de Fabricación Importación y Exportación, Comercialización y Tenencia de Armas, Municiones Explosivos y accesorios	75
5.	Materiales y métodos.	82
5.1.	Materiales utilizados.	82
5.2.	Métodos.	82
5.3.	Procedimientos y técnicas.	83
6.	Resultados.	85
6.1.	Resultados de la aplicación de encuestas.	85
7.	Discusión.	94
7.1.	Verificación de objetivos.	94
7.2.	Contrastación de Hipótesis.	96
7.3.	Fundamentos jurídicos para la Propuesta de reforma Legal	98
8.	Conclusiones.	102
9.	Recomendaciones.	104
9.1	Propuesta de reforma Legal	106
10.	Bibliografía	108
11.	Anexos	111
	Índice	114