UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA.

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA."

TESIS PREVIA A OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

AUTOR: JOSÉ LUIS CASTILLO BRICEÑO.

DIRECTOR: DR. MG. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ

LOJA-ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

DR. MG. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA:

C E R T I F I C A:

Haber supervisado el proceso investigativo, realizado por el aspirante: José Luis Castillo Briceño, sobre el tema: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA."**, el mismo que cumple con los requerimientos y normas establecidas en la Universidad Nacional de Loja, para la concesión de grados y títulos, por lo que autorizo su presentación.

Loja, junio del 2015

Atentamente;

Dr. Mg. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, José Luis Castillo Briceño 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.

AUTOR: José Luis Castillo Briceño

FIRMA:.....

CÉDULA: 1104531684

FECHA: Loja, junio del 2015

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

Yo, José Luis Castillo Briceño declaro ser autor de la Tesis titulada: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA."**, 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 10 días del mes de junio del dos mil quince, firma el autor:

AUTOR: José Luis Castillo Briceño

FIRMA:.....

CÉDULA: 1104531684
DIRECCIÓN: Quito, Barrio los dos Puentes, calle Oleary y Punaes
CORREO ELECTRÓNICO: joseluiskst_19@hotmail.com
TELÉFONO: 023173013 **CÉLULAR:** 0980287500

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. FELIPE NEPTALÍ SOLANO GUTIÉRREZ

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Mario Alfonso Guerrero González	**(Presidente)**
Dra. Mg. María Antonieta León Ojeda	**(Vocal)**
Dr. Mg. Marcelo Armando costa Cevallos	**(Vocal)**

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de eterna gratitud a la Universidad Nacional de Loja y a la carrera de Derecho, por la calidad de formación educativa que me ha brindado y así poder culminar mi estudio en esta prestigiosa institución.

A todo el personal docente de esta prestigiosa institución y de manera muy especial, quiero reconocer la labor realizada por mi director de tesis el Dr. Mg. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez, quien me ha guiado durante este arduo proceso para poder culminar con éxito el deseo tan anhelado.

También quiero eternizar un profundo agradecimiento a todo el personal que contribuyó con la información requerida para la realización del trabajo de investigación.

El Autor.

DEDICATORIA

Todo el esfuerzo desplegado en esta investigación lo quiero dedicar a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

De igual forma, a mi familia en general, porque me han brindado su apoyo incondicional y por compartir conmigo buenos y malos momentos. Y de manera súper especial a mi esposa y mi hijo, quienes son testigos silenciosos de mi dedicación y sacrificio.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

CARATULA

CERTIFICACIÓN

AUTORIA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. **TITULO**
2. **RESUMEN**

   ABSTRACT
3. **INTRODUCCIÓN**
4. **REVISIÓN DE LITERATURA**

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Adolescentes

4.1.1.1. Adolescentes infractores

4.1.2. Criminalidad

4.1.2.1. Criminalidad Juvenil

4.1.3. Delito

4.1.3.1. Delitos contra la vida

4.1.4. Pena

4.1.4.1. Penas privativas de la libertad

4.1.5. Sistema penitenciario.

4.1.6. Principio de Legalidad.

4.1.7. Impunidad.

4.1.8. Tipicidad

4.1.9. Sanción

4.1.10. Infracción

4.1.11. Derecho a la vida

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Historia de los delitos

4.2.1.1. Consecuencias de los delitos contra la vida. Alarma Social.

4.2.2. Inviolabilidad de la Vida

4.2.3. Bien Jurídico de la vida

4.2.4. Inimputabilidad de los menores de edad.

4.2.5. Penas alternativas

4.2.6. Efectos de las penas privativas de la libertad y de las alternativas

4.2.6.1. En las penas privativas de la libertad

4.2.6.2. En las penas alternativas de la libertad

4.2.7. Sistema Penitenciario en el Ecuador

4.2.8. Evolución de las penas

4.2.9. Menores Infractores

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Constitución de la República

4.3.2. Código Penal

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia

4.3.4. Código de Procedimiento Penal

4.3.5. Código Orgánico Integral Penal

4.3.6. Fundamentación Jurídica de la Propuesta de Reforma

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1. Código Penal de Uruguay

4.4.2. Código Penal de Perú

4.4.3. Código de la Niñez y Adolescencia de Venezuela

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales Utilizados

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos y Técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Análisis y presentación de los resultados de las encuestas

6.2. .Resultados de encuestas.

7. DISCUSION

7.1. Verificación de Objetivos.

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación de la propuesta de la Reforma Jurídica.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta Jurídica.

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

INDICE

1. TITULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA.

2. RESUMEN

La delincuencia juvenil es tan antigua como la humanidad. A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños y jóvenes que cometieren algún “delito”.

Lo mismo que se desconocen las regulaciones de estas situaciones en el llamado derecho colonial americano. “A finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular”[1].

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países de nuestra región. Esto es el resultado de la internalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primeramente, con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social. “La primera legislación específica que se conoce fue la Argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones.

Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo la conducta

[1] htp://www.monografías.com/DELINCUENCIA JUVENIL.

predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. “Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la Promulgación de Convención General de Derechos del niño en 1989, luego de la entrada en vigencia de esta convención se ha iniciado en los años 90 un proceso de reformas y ajustes legislativos en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica”[2].

La delincuencia ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo, como por su progresiva peligrosidad cualitativa es así que:

- La mañana del 25 de mayo de 2011, el cuerpo de Damaris Cabrera, de 16 años, fue encontrado dentro de sacos de yute en la quebrada de Santa Bárbara en Chillogallo (sur de Quito), en el rapto, tortura y asesinato de Damaris participaron dos menores de edad.

- En 2010, un joven de 16 años fue degollado en Machala (El Oro). Otro menor de edad estuvo involucrado en el hecho y fue sentenciado a cuatro años de reclusión.

Hasta nuestro actual presidente de la República Eco. Rafael Correa dijo que “los delitos graves cometidos por los menores de edad deben tener sanciones proporcionales a la de los adultos y deben ser acumulativas. El factor

[2] htp://www.monografías.com/DELINCUENCIA JUVENIL.

fundamental es creer que la edad es un factor decisivo para establecer las penas”[3], explicó.

Los crímenes cometidos por menores de edad van en aumento, por lo cual, es necesario que exista la intervención penal, ya que para erradicar esta clase de infracciones y proteger a las personas es necesario que la sanción este acorde con la gravedad del delito (en el cual se toma en cuenta las circunstancias de la infracción) sin tomar en cuenta la edad.

[3] Enlace ciudadano nro.158. Intervención del Presidente de la República.

2.1 ABSTRACT

Juvenile delinquency is as old as mankind. Despite not having any doubt about the existence of a pre-Columbian criminal law, such as the Aztec peoples, Mayas, Incas or Mesoamerica know if there was any particular or specific regulation for children and youth who commit a "crime ".

As well as the regulations of these conditions are unknown in the so-called American colonial law. "In the late nineteenth century most Latin American countries had a sufficient coding, especially in political constitutions and penal codes, regulation of juvenile crime was not given special attention".

It is at the beginning of this century when the concern for children is located in 105 countries of our region. This is the result of the internalization of ideas that start in the twentieth century, first with the Positive School and then the School of Social Defense. "The first specific legislation was Argentina is known, was enacted in 1919. But in later decades in which most of the first laws were enacted.

This led to special rules in the juvenile criminal law , both substantive scope and formal, such as pre-criminal behavior, irregular and indeterminate sentence . " A milestone in the historical development of the right of children marked the Promulgation of the General Convention of Children's Rights in 1989, after the entry into force of this convention has been started in the 90's a process of

reforms and legislative adjustments in several countries in the region , specifically in Colombia , Brazil, Ecuador , Bolivia , Peru , Mexico and Costa Rica " .

Crime has increased alarmingly in recent times , becoming increasingly a problem that generates greater social concern , both for its quantitative increase , and its progressive qualitative danger is so :

- On the morning of May 25, 2011, the body of Damaris Cabrera, 16, was found in jute bags in the gorge of Santa Barbara in Chillogallo (south of Quito), in the abduction, torture and murder of Damaris They involved two minors.

- In 2010, a 16 year old girl was beheaded in Machala (El Oro). Another minor was involved in the incident and was sentenced to four years' imprisonment.

Even our current President Eco. Rafael Correa said that "serious crimes committed by minors should be proportional to that of adults and sanctions should be cumulative. The critical factor is to believe that age is a decisive factor for establishing penalties "he said.

Crimes committed by minors are increasing, therefore, there must be criminal intervention as to eradicate this kind of violations and protect people that the sanction is commensurate with the gravity of the offense is required (which takes into account the circumstances of the offense) regardless of age.

3. INTRODUCCION

El Derecho Penal es una concepción lógica derivada de la relación del hombre en sociedad, en la cual, cuando existe una violación de los derechos consagrados en la Ley, la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal. Dicha violación se refiere a la infracción y el mismo trae consecuencias como la pena. De este modo, la pena es considerada preventiva.

Pero si el infractor es menor de edad, se entra a un régimen especial, para sancionar la conducta delictiva del menor de edad. Para imponer la pena, el Código Integral Penal dispone que se sujetaran a los que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Dicha norma dispone:

> "Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia."[4]

El artículo 77, numeral 13, de la Constitución establece que los menores infractores tendrán un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. "La privación de la libertad será establecida como último

[4] CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 38.

recurso, por el período mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de las personas adultas”[5], agrega la norma.

Los menores de edad están conscientes de que las penas por delitos graves son mínimas, y por matar a alguien reciben una pena privativa de libertad de seis años, basta un ejemplo para denotar que la sociedad ha evolucionado y que los menores de edad, que oscilan entre los 14 años y 18 años, piensan y actúan como un adulto.

Se ha denunciado por medios televisivos que es pertinente aumentar las medidas privativas de la libertad para menores que cometieran delitos graves, en especial los delitos contra la vida. La vida es el don más preciado que tenemos, e ir contra ella, trae consigo una alarma social que puede desencadenar en desintegración social.

La temática estudiada de forma minuciosa y exhaustiva, permitirá comprender la relevancia sobre la ineficacia de las penas contra los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores, es causa de desintegración social; de donde se deduce que existe incongruencia entre las diversas normas legales que regulan este tipo de infracciones.

Frente a este problema se realizó un trabajo investigativo que está estructurado de la siguiente forma: marco referencial, está dividido en tres partes: marco conceptual donde se realiza un acopio de los concepto más relevantes de esta

[5] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2012. Art. 77. Núm. 13.

investigación, marco doctrinario donde se efectúa una recopilación bibliográfica doctrinaria en general del área temática; el marco jurídico que muestra todo lo referente a la parte normativa; Legislación Comparada donde se revisa los cuerpos legales de otros países.

Además el informe contiene una descripción de los materiales y métodos que se utilizaron para el desarrollo de la investigación bibliográfica y de campo; El análisis de los resultados de las encuestas está expresado mediante cuadros estadísticos con su respectivo análisis e interpretación; seguidamente se describe los resultados de las entrevistas que junto con los resultados de las encuestas permitieron verificar los objetivos y contrastar la hipótesis planteada.

Luego se plantea las conclusiones, recomendaciones y el proyecto de reforma jurídica que pretende dar una solución válida al problema objeto del presente estudio

A la comunidad universitaria presento esta tesis.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1 Adolescentes.

Para la Organización Mundial de la Salud, "*la adolescencia es el período comprendido entre los 10 y 19 años y está comprendida dentro del período de la juventud (entre los 10 y los 24 años). La pubertad o adolescencia inicial es la primera fase, comienza normalmente a los 10 años en las niñas y a los 11 en los niños y llega hasta los 14-15 años.*"[6].

Adolescencia proviene del latín "***adolescens*** *o* ***adulescens,*** *de donde se designa a una joven o mozo hasta los 25 años o más que ulteriormente pasaba ser llamado* ***iuvenis*** *hasta el entorno de 40 años*"[7]

La adolescencia se la puede considerar desde el inicio de la pubertad hasta que el organismo este completamente desarrollado orgánicamente. En base a esto, la edad de la adolescencia no es definitiva ya que depende del grupo racial al que pertenezca, ya que en algunos casos que la adolescencia es entre los 13 y los 25 años.

[6] http://es.wikipedia.org/wiki/Adolescencia
[7] ANBAR. Diccionario Jurídico Latino. Fondo de Cultura Ecuatoriana. Cuenca-Ecuador. 2010. Pág. 43.

4.1.1.1 Adolescentes infractores

"*Menores infractores, son aquellas personas, menores de 18 años que realizan conductas tipificadas como delitos por las leyes penales vigentes, no siendo aplicable al caso del menor, la noción de la "pena", como consecuencia del acto ilícito, por no poderse acreditar su conducta antijurídica como delito surge la necesidad de someterles a un régimen especial de atención, el cual debe buscar protegerlos, tutelarlos*"[8].

Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas las cuales son acciones dispuestas por autoridad judicial con el fin de lograr la integración penal de la adolescente y la reparación o compensación del daño causado.

El adolescente infractor es el menor de 18 años que infringe la ley y atenta contra un bien jurídico protegido por la Ley.

4.1.2 Criminalidad.

"*Criminalidad es, pues calidad negativa del acto, representada en el alma de su actor como contraria al bien y a lo correcto, lesiva del orden social y sancionable con una pena*"[9]

---

[8] VALLES. Joseph. Introducción al Derecho Penal. Ed. Ariel. Barcelona-España. 2000- Pág. 63.
[9] CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. Ed. Heliasta. Pág. 19

La Criminalidad es un fenómeno socio-político, inherente a toda sociedad, que se caracteriza por un cúmulo de acciones humanas valoradas como "crímenes", los que se producen con la influencia de los elementos condicionadores.

En conclusión la criminalidad es la calidad negativa de un acto, representa en el alma de su autor como contraria al bien y a lo correcto, lesiva del orden social y sancionable con una pena. El conocimiento de esa calidad y su obrar consecuencia, convierte el hecho en doloso.

4.1.2.1 Criminalidad Juvenil.

"*La criminalidad juvenil es la denominación que se aplica a la conducta (por acción u omisión) de los jóvenes (entre 14 y 17 años) que atenta contra una ley penal del estado. Como el concepto de criminalidad se relaciona en general con los propósitos criminales y la conciencia criminal, surgen dudas –según resultados de numerosos análisis sociológicos sobre la juventud– sobre si es aplicable a los actos delictivos juveniles*"[10].

La denominación criminalidad juvenil es sustituida cada vez más por la de delincuencia juvenil.

Con esta diferencia se pone de manifiesto que una gran parte de la conducta desviada de los jóvenes respecto de las normas sociales de conducta y de las

[10]http://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Hillmann:Criminalidad_juvenil

leyes de los adultos está condicionada por la situación social de la juventud en la sociedad moderna: dificultades de socialización y de colocación inseguridad de status, conflictos normativos en el marco de la emancipación de la familia y de la escuela y en la entrada al trabajo y a la vida pública, discriminaciones entre generaciones, aparición de subculturas juveniles, etc.

4.1.3 Delito.

"*Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso*."[11]

Las normas jurídico-penales definen en sus presupuestos los comportamientos delictivos, a los que van legalmente ligadas diversas consecuencias jurídicas. Primer elemento de dichas normas y concepto fundamental del Derecho Penal es, pues, la infracción penal, el delito, categoría o noción que, conforme al principio de ofensividad, sólo pueden rellenar aquellos comportamientos lesivos o peligrosos de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal.

El delito es la infracción de la Ley penal, en el cual se viola un bien jurídico, y trae como consecuencia una alarma social. La sociedad se encuentra organizada y el Estado ha creado leyes para protegerse de su desintegración, cualquier conducta humana que vaya en contra de la organización del Estado

[11] CARRARA, Francisco. "La Ley y el Delito" Edit. Helistas, México, 1988.Pág. 32.

será penada, en este caso, por la alarma social que ocasiona el delito es penado.

4.1.3.1 Delitos contra la vida.

"*El asesinato es un delito contra la vida humana, que consiste en matar a la personas concurriendo ciertas circunstancias agravantes como la alevosía, aumentando deliberamente e inhumanamente el dolor de la víctima*"[12].

Por homicidio, "*es un término que procede del latín* ***homicidĭumy*** *que refiere a la muerte de un ser humano causada por otra persona*[13]".

Los delitos contra la vida atentan el bien jurídico de la vida del ser humano. La vida es el bien jurídico más preciado del hombre, ya que si éste falta los demás bienes carecen de sentido para él, y es también un bien jurídico que el estado necesita tutelar para proteger la existencia de sus habitantes, elemento esencial del Estado, que además tiene la obligación de brindar seguridad.
Dentro de los delitos contra la vida se encuentran el asesinato y el homicidio.

4.1.4. Pena

"*Es el recurso que utiliza el estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el*

[12] DÍAZ, Ruy. Diccionario de Ciencias Sociales y Jurídicas. Ed. Ruy Díaz. Pág. 154.
[13]http://definicion.de/homicidio/

Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho Penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito"[14].

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal, lo cual no se ha logrado en un ciento por ciento, debido al sistema penitenciario que llevan cada uno de los países, por ello no se estaría cumpliendo la tan anhelada rehabilitación de las personas que infringen la ley. De manera que al reinsertarse a la sociedad salen en peores condiciones causándole un mal a la sociedad que los recibe.

"*La pena proviene del latín poena, una pena es la condena, la sanción o la punición que un juez o un tribunal impone, según lo estipulado por la legislación, a la persona que ha cometido un delito o una infracción*."[15]

Quien dicta la pena es el órgano competente y va contra el bien jurídico de la libertad, a fin de que sea como objeto de castigo, y, el Estado pueda aplicar su rehabilitación social en el que ha quebrantado la hipótesis de la ley.

---

[14]Guzmán. Aníbal. Obra Citada. Pág. 619.
[15]CABANELLAS De las Cuevas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Undécima edición, 1993. Pág. 203.

4.1.4.1. Penas privativas de la libertad.

"*La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley*".[16]

Las penas privativas de la libertad constituyen la restricción de un bien jurídico supremo, reconocido como derecho por la Constitución de la República en el numeral 4 del Art. 23 y textualmente reza:

Las penas privativas de la libertad, o limitativas de este derecho y las medidas de seguridad, teóricamente, están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no puede exigirse durante su vigencia, la realización de trabajos forzosos.

Son penas privativas de libertad: la prisión, el arresto y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Las penas privativas de la libertad siguen ocupando un papel nuclear dentro del sistema sancionador del Derecho

[16] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, En vigencia

Penal; pues es la más grave de todas las penas a excepción de la de muerte y las de tortura.

4.1.5. Sistema penitenciario

"*Llámese así al conjunto de normas legislativas o administrativas encaminadas a determinar los diferentes sistemas adoptados para que los penados cumplan sus penas. Se encamina a obtener la mayor eficacia en la custodia o en la readaptación social de los delincuentes. Estos sistemas son múltiples, varían a través de los tiempos, y van desde el aislamiento absoluto y de tratamiento rígido hasta el sistema de puerta abierta con libertad vigilada. Entre ambos extremos existe una amplia gradación*" [17]

Las formas de ejecución de penas de privación de libertad o sistemas penitenciarios tienden a la ejecución racional y humana de la pena de prisión, mediante la separación de sexos y entre jóvenes y adultos, separación individual nocturna, régimen alimenticio e higiénico adecuado, régimen de asistencia moral y educación intelectual, régimen de trabajo y régimen disciplinario.

El sistema penitenciario en la actualidad está padeciendo uno de graves problemas como es el hacinamiento, la falta de rehabilitación, el mal trato y

[17] MANUEL OSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Ed. Osorio. Pág. 653.

cuidado de los reos. La tan anhelada rehabilitación, se ha esfumado, dando más bien una consecuencia totalmente contraproducente, pues los sentenciados lejos de rehabilitarse, al recuperar su libertad, salen en peores condiciones psicológicas, totalmente proclives a seguir delinquiendo, con graves perjuicios para la sociedad que los recibe.

4.1.6. Principio de Legalidad.

"*El principio de legalidad es la prevalencia de la Ley sobre cualquier actividad o función del poder público*"[18]. En sí, todo acto o actividad no solo del Estado sino de las personas que lo conforman, deben estar sometidas al imperio de la ley, en la cual, la carta magna es su máxima expresión.

"*En las democracias el principio de legalidad es protegido por la división de poderes. Existe un ordenamiento jurídico que impide que el poder que interpreta las leyes sea el mismo que las propone o que las ejecuta. De lo contrario, un gobierno que cree las leyes a su antojo y que se encargue además de custodiar de manera directa su cumplimiento, siempre estará dentro del principio de legalidad aún cuando cometa atropellos, ya que las leyes serán meros instrumentos gubernamentales***."[19]**

Hay que tener en cuenta que el principio de legalidad sus alcances están determinados en la Constitución, en el cual encuentra sus bases el derecho

[18]http://definicion.de/principio-de-legalidad/#ixzz33QnWKDkS
[19] Idem.

penal. En sí, esto se interpreta que el delito se lo considera como tal cuando la ley lo tipifica como tal. No hay delito ni sanción sin ley previa, aforismo expresado por mi profesor de derecho penal en las aulas de la gloriosa Universidad Nacional de Loja.

El principio de legalidad está basado en la supremacía de la ley y sometida a la constitución, lo cual, determina un solo enunciado: “la Seguridad Jurídica”. Las leyes están sometidas a la esfera de los derechos del individuo consagradas en la carta magna.

En materia penal la legalidad significa que solo puede regular mediante una ley los delitos y las penas, o sea, que un acto antijurídico debe ser de acuerdo a la hipótesis de la ley penal que violente un bien jurídico.

4.1.7. Impunidad.

“Impunidad es una excepción de castigo o escape de la sanción que implica una falta o delito. En el derecho internacional de los derechos humanos, se refiere a la imposibilidad de llevar a los violadores de los derechos humanos ante la justicia y, como tal, constituye en sí misma una negación a sus víctimas de su derecho a ser reparadas. La impunidad es especialmente común en países que carecen de una tradición del imperio de la ley, sufren corrupción política o tienen arraigados sistemas de mecenazgo político, o donde el poder judicial es débil o las fuerzas de seguridad están protegidas por jurisdicciones

especiales o inmunidades."[20]

La Impunidad es la circunstancia en el cual no se sanciona un acto antijurídico descrito en la ley, es decir cuando una persona comete una infracción o violación de un bien jurídico protegido por la Ley no recibe la pena que corresponde a su accionar. La pena va destinada para que el que infringe la ley causarle un castigo que enmendé su conducta y restablezca el orden social.

Quien comete un delito y queda en la impunidad, busco los mecanismos necesarios para que su conducta antijurídica no sea castigada. La impunidad está relacionada con la política, ya que diferentes medios de comunicación denuncian que ciertas infracciones quedan impunes por el poder político.

4.1.8. Tipicidad

La tipicidad en sí, es la punidad de una conducta que violenta un bien jurídico que protege la ley. **"***Tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. Injusto del tipo, Descripción conceptual, que sirve para describir la acción prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal. La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal*"[21].

[20] www.wikipedia.com
[21] FERNANDO CASTELLANOS, Lineamientos Elementales del derecho penal, pág. 170

La Tipicidad es conocida como conducta típica, la misma que tiene que ver con toda conducta que lleva una acción u omisión de la hipótesis prevista en la ley, específicamente sus presupuestos que lo configuran como tal. En sí, la conducta violatoria para que sea castigada debe estar constando en la hipótesis de la Ley.

Con la tipicidad, el acto humano se configura a la figura descrita por la ley como infracción. El acto humano se configura al tipo penal, pero hay que tener en cuenta que dicho acto humano para ser considerado violatoria de la ley penal debe ser voluntario.

4.1.9. Sanción.

"*La sanción es la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica*.**"**[22]

La sanción es una consecuencia de la violación de la hipótesis de la ley, o sea, constituye la infracción de una norma jurídica, en donde además un sujeto es sometido a un castigo, en base de lo que dispone la ley, impuesta por una autoridad de la justicia, un juez, desde penas privativas, penas alternativas o multas.

En lo penal, la sanción es consecuencia de las acciones y omisiones, antijurídicas, tipificadas, dolosas, culposas o imprudentes, imputables a un sujeto. Este tipo de conducta está regulado por la ley penal.

[22]CABANELLAS De las Cuevas, Guillermo, Obra Citada. Pág. 324.

4.1.10. Infracción.

"*La ciencia del Derecho Penal estudia la infracción en la complejidad de sus elementos y consecuencias. Lo considera no como una simple relación de antagonismo entre un acto y una norma legal. Lo aprecia como hecho humano, individual y social. Dentro del positivismo penal incontaminado, prevención y represión son términos que se excluyen. Las normas jurídicas que integran al derecho penal positivo coinciden o deben coincidir con las propuestas de la ciencia penal para sistematizar la defensa contra el delito.*"[23]

En sentido amplio se considera que el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas en las que el Estado prohíbe o impone determinados comportamientos, y establece penas para la contravención de dichas normas.

El Derecho Penal es un conjunto de normas punitivas establecidas por el Estado en base a la doctrina que adopta, a la conciencia social, a los rasgos ideológicos y culturales de la sociedad que representa, sancionando todas la conductas que el ente estatal considera lesivas a los derechos que tutela, y justamente busca efectivizar dicho tutelaje a través de normas penales, que presupone la aplicación de una pena.

Una contravención "*es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito*"[24].

---

[23] BORJA. Rodrigo. Enciclopedia de la Política. Fondo de Cultura Económica. México. 1997. Pág. 341.
[24] VALLES. Joseph. Introducción al Derecho Penal. Ed. Ariel. Barcelona-España. 2000- Pág. 63.

En sí, podemos considerar que las infracciones son acciones u omisiones, que pudiendo ser previstas pero no queridas por el agente, se verifican por la negligencia, imprudencia, impericia etc. Es decir la falta de diligencia o cuidado que debemos observar en nuestro desenvolvimiento de todos los días.

Las contravenciones cumplen con todos los mismos requisitos que un delito ya que tiene tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y su tipicidad atiendo a su menor gravedad.

4.1.11. Derecho a la Vida

El Derecho a la Vida "*es un "derecho implícito" del que necesariamente depende todos los demás*"[25]. Si no existe vida no existen los demás derechos, como el derecho a la propiedad, con la muerte se extinguen todos los derechos del ser humano.

La vida es lo más preciado que tenemos los seres humanos, en el cual advertimos que es el bien jurídico más protegido por las legislaciones.

El derecho a la vida es un derecho constitucional personalísimo que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos, lo que permite que el estado proteja el derecho a la vida con una norma penal que sancione alguna conducta que vaya en contra de ese derecho.

[25] SAGUES Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea. Buenos Aires-Argentina. 2007. Pág. 641.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Historia de los Delitos.

El primer delito que se hace referencia en la historia de la humanidad es "*la muerte de Abel por parte de Caín*[26]. Aunque no hay prueba al respecto, el delito tiene sus orígenes desde cuando el ser humano compitió por bienes con otro ser humanos. Dichos bienes eran la comida, el territorio y las mujeres.

"*El delito está relacionado con la conducta en los hombres, la misma que es estudiada por la criminología.*
La lucha del delito y la preocupación científica de este fueron objetivo que las ciencias normativas trataron alcanzar y se dio durante la antigüedad y la edad media. Tal fue la importancia que se dio a esos problemas que ilustres filósofos de la época dieron su opinión al respecto del problema de los delincuentes y el castigo que a estos se le debieran de aplicar, para mencionar algunos de los filósofos tenemos por ejemplo a HESIODO, PITAGORAS, HERACLICO, PROTAGORAS, SOCRATES, PLATON Y ARISTOTELES. Lo que si falto en esta época fue el sentido científico realista que es un presupuesto para la investigación de la criminología, por falta de este sentido científico realista no se pudo coleccionar sistemáticamente las experiencias.

Tenemos que las bases de la filosofía del derecho penal dadas por TOMAS DE AQUINO en la escolástica le paso lo mismo que a la anterior, solo que esta se

[26] Referencia tomada de la Biblia.

dio en la época medieval. Damos comienzo en la edad moderna, estimuladas por la ilustración, pero con una verdadera intensidad solo en el siglo XIX, es aquí que los fenómenos reales entran en investigación, estos fenómenos abarcaban tanto el plano físico y psíquico que están en conexión con el delito.

En estas ilustraciones tuvo su mejor influencia la obra del jurista milanés CESARE BECCARIA, Trattatodeidelitti e delle pene, 1764; En alemán: Uber Verbrechenundstrafen, 1870"[27]

Es decir esta evolución y elaboración de la moderna teoría del delito, como la concebimos actualmente, ha experimentado un proceso histórico de transformación desde que fue iniciada por los dogmáticos alemanes a finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Históricamente el delito no era concebido como lo es en la actualidad. Por ejemplo, en 1822, época de la tercera edición de los "Elementos de Derecho Criminal" de Giovanni Carmignani, el entonces profesor de la Universidad de Pisa, enseñaba que: "*En cierto modo todo delito consta de dos elementos, a saber, de un acto de la voluntad, por el cual el agente quiere un efecto contrario a la ley, y de un acto físico, del cual resulta la infracción de la ley social ya promulgada. El primer elemento del delito emana de la intención del agente; el segundo de la materialidad del hecho nocivo a la sociedad. Para poner a plena luz la intención de la acción delictuosa, es necesario contemplar dicha acción por un doble aspecto; es decir, en cuanto a la intención del agente, y en cuanto*

[27] Historia de la Criminología.// Eduardo Julián FRANCO LOOR.

*a la ejecución, de donde se deriva el daño socia*l"[28]. Además Carmignani, consideraba el delito como acción moral o como acción política.

En la actualidad se toma en cuenta la acción y la tipicidad. La acción y la tipicidad como mas adelante veremos debe entonces entenderse valorativamente neutra, siendo importante únicamente establecer el resultado producido por la acción por medio de la relación de causalidad.

En consecuencia el contenido psicológico de la voluntad que toda conducta supone era estudiado dentro de la culpabilidad.

4.2.2. Consecuencias de los delitos contra la vida. Alarma Social.

Los delitos contra la vida es un hecho violento que causa gran alarma social. La muerte provocará cambios en la historia, estructura y en las relaciones familiares de la víctima. Por ejemplo, la muerte del padre, víctima de homicidio dañará a todos, esposa, hijos, abuelo, la familia tendrá que modificar drásticamente su modo de vida y sus interrelaciones.

El sentimiento de inseguridad, temor a nuevas pérdidas, miedo a vivenciar situaciones de violencia, son las características que permanecerán en el contexto de estas familias. La familia queda disociada en su interacción social

[28] Righi Esteban, Derecho Penal, "Parte General" Lexis Nexus.

en forma definitiva. El delito ha conmovido las raíces del núcleo familiar, así como los principios de afecto, seguridad, protección y educación.

"*Las consecuencias delictivas son altamente impactantes y desencadenan en la familia trastornos de diversa gravedad que se extiende a varias generaciones***"[29].**

La sociedad está preocupada no sólo por la inseguridad vinculada a los delitos contra la propiedad, a los delitos contra la integridad sexual sino que el rompimiento de las redes de protección social ha conducido a una preocupación por el aumento de los homicidios.

En si un delito denuncia el fracaso del Estado en la protección de sus miembros, el mismo estado lo único que hace es la represión del delincuente, lo que conlleva que el delincuente vuelva a cometer la infracción.

4.2.3. Inviolabilidad de la Vida

La vida es un derecho de las personas**. "***Ante todo, el reconocimiento de la inviolabilidad de la vida humana: el derecho a la vida es esencial, y puede considerarse "derecho primero y frontal, condición de todos los otros derechos de la persona" (ib.). De ahí se sigue que "cuanto atenta contra la vida [...]; cuanto viola la integridad de la persona humana [...]; cuanto ofende a la dignidad [...]; todas estas prácticas [...] son totalmente contrarias al honor debido al Creador***"[30]**

[29]http://www.diaadia.com.ar/policiales/homicidio-graves-consecuencias-familia-victima
[30]JUAN PABLO II. Encíclica sobre la inviolabilidad de la vida. Vaticano. Pág. 23.

El derecho a la vida reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el Estado, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico profesional, la vida humana, constituye el derecho fundamental, esencial y troncal, en cuanto es el sujeto ontológico sin el que los restantes derechos, no pueden existir.

"*La vida según la jurisprudencia española, es un concepto indeterminado, sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no se pueden analizar, pero se reconoce, que es un recurso procedente siempre que se lo considere a la vida como base para determinar un derecho***"[31].**

El derecho a la vida es un derecho propio del ser humano, es un derecho natural, del cual nacen derechos y obligaciones propias del ser humano, y que contraen la protección del Estado. El derecho a la vida es una prerrogativa que se consideran indispensables para que el hombre pueda cumplir normalmente sus fines naturales y sociales, ya que al extinguirse dicho derecho, el ser humano no puede cumplir su misión dentro de la sociedad, y, por ende nace una penalización, la misma que se sanciona al que interrumpió dicha vida.

Esto se debe, ya que al momento de violarse aquel derecho, se afecta no solo a un grupo social, sino a toda la sociedad, y, por ende, se empezaría a la desintegración social

[31]MADRID-MALO Garizábal, Mario, Derechos Fundamentales Segunda Edición. Bogotá. 1997. 3R Editores, página 96.

4.2.4. Bien Jurídico de la vida

Por bien jurídico se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho. "*Según Von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho*"[32].

Un buen sistema jurídico de un país, tiene el deber de proteger la vida de todos sus integrantes, tanto en su etapa de concepción como en su plenitud de goce y desarrollo.

"En la materia de Derecho normalmente la vida es el espacio de tiempo que corre desde el nacimiento con vida hasta la muerte debidamente verificada y probada. En caso de desaparición prolongada se verifica con la Declaración Judicial de Muerte Presunta y en el caso de muerte natural se prueba con el Certificado de Defunción.**"[33]**

La vida es un derecho protegido por la ley, desde la concepción del ser humano hasta la vejes, por lo cual su protección es esencial, debido a que el ser humano es sujeto de derechos y obligaciones.

---

[32] EZAINE, Amado. Diccionario de Derecho Penal, Ediciones Jurídica, Lambayeca, Perú. Pág. 214.
[33]http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/08/vida.html#sthash.I7f89ZeV.dpuf

Por ende el derecho a la vida es un derecho individual del cual goza el ser humano y que es protegido por el Estado. El derecho a la vida se halla consagrado en las constituciones, como en la Declaración de los Derechos del Hombre y Derechos Humanos.

La Constitución establece que toda persona tiene derecho a la vida y que no existe la pena de muerte. Así lo norma la carta magna:

> "*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*
>
> *1. El derecho a la inviolabilidad de la vida"*[34]

Este derecho no solo es para las personas adultos, sino, que se protege desde la concesión del ser humano, así lo norma la carta magna:

> "*Art. 45 El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción."*[35]

Además el Estado adopta las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda acción u omisión que tenga por objeto causar muerte y que ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna.

El Estado, al adoptar dichas medidas, será destinado a la protección a la vida, y sancionara a las personas que realicen desaparición forzada, en el cual, si el

[34] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2008. Art. 66 núm. 1.
[35] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Obra Citada. Art. 45. Segundo párrafo.

estado no realiza las investigaciones pertinentes será responsable de los mismos.

4.2.5. Inimputabilidad de los menores de edad.

Como han cambiado los tiempos y por el grado de peligrosidad con que actúan los menores de 18 años de edad, se hace la propuesta en la actualidad de que la imputabilidad sea a los 16 años, la que no ha tenido eco en el seno de la Asamblea Nacional, manteniéndose inamovible el alcance del contenido del Art. 38 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Consideramos que es factible esta reforma, porque con ello se protege a la sociedad, también es menos cierto que por el avance científico, el desarrollo alcanzado por la humanidad, la tecnificación de las comunicaciones la obtención de una mejor educación se comprende que los menores desde muy temprana edad están en capacidad de diferenciar los actos delictivos, es decir tienen conciencia plena de lo que hacen y realizan.

Quien se beneficia con la disminución de edad para la imputabilidad delictiva, es el conglomerado social; las grandes urbes se encuentran azotadas por las bandas juveniles que actúan en forma premeditada, con intención dolosa y con absoluta conciencia.

En caso de la muerte de una persona que se encuentre involucrado un menor, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 167 del Código de Niñez y

Adolescencia "*puede ser retenido hasta que cumpla la mayoría de edad y pueda salir libre, o cuando se ha traficado con estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se podrá retenerlos en los centros de rehabilitación o de cárceles, pero la ley no lo permite bajo la consideración de que los menores no son sujetos del delito y no están en condiciones de pagar una pena*". [36]

La idea de fijar en los 16 años la imputabilidad se basa en la edad y en la capacidad de discernimiento del menor, por lo menos para delitos que no tengan mayor gravedad, a fin de prevenir el cometimiento del menor, por los menores de 18 años, por lo cual logramos garantizar el acatamiento a las leyes penales evitando la realización de la pretensión punitiva que a su vez es garantizada por las normas de procedimiento que regulan el proceso.

"Artículo 41.- Participación.- Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal."[37]

Nuestra legislación penal al mencionar como participación a los autores o cómplices, esta individualizando la responsabilidad penal, el delito puede ser cometido por una o varias personas, la ley gradúa la pena en relación con la participación legal en el acto y a la totalidad del efecto delictivo, la internacional como requisito de la imputabilidad legal puede concentrarse desde que se ha

[36] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art. 167. Pág. 185. Ediciones 2002.
[37] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2014. Art. 41.

cometido el delito con voluntad y conciencia; una conducta contraria a la ley debe ser sancionada por la misma ley.

En cuanto a la capacidad jurídica del derecho penal se menciona la idoneidad personal de obrar según la predisposición de las consecuencias penales, por ello es que los menores de edad tomándoles desde los 16 años, tienen capacidad suficiente para pensar, actuar discernir y diferenciar entre el bien y el mal, es decir hay plena conciencia y acción, actúan en base de su conducta y comportamiento.

Además no se trata de menores de escasos recursos económicos los que comentan delitos, si no que en toda organización social se puede encontrar pandillas peligrosas que actúan no solo en contra de la sociedad. Sino incluso en contra del orden político y jurídico establecido.

4.2.6. Penas alternativas

Todas las teorías de la pena que se han enunciado son falsas, y todo lo que nos dicen las ciencias sociales y criminológicas acerca de la pena no muestra su multifuncionalidad, las funciones tácitas que no tienen nada que ver con las funciones manifiestas que se le quisieron asignar.

De modo que la pena está allí, como un hecho político, que es un hecho extrajurídico.

Es suficiente con que abramos cualquier periódico, al menos de los sensacionalistas que han aumentado en forma alarmante en nuestro país para darnos cuenta que allí está la guerra, miles de muertos por todos lados, y de entre ellas nos enteramos sólo de algunas.

Recientemente supimos de las atrocidades que se dieron en Kosovo y Yugoslavia, el suicidio masivo de más de mil personas pertenecientes a una secta apocalíptica en Uganda, lo que nos demuestra que allí está la muerte, a pesar de que, si abrimos la Carta de las Naciones Unidas, nos damos cuenta de que, sobre la base de ese documento, la guerra y la violación del derecho a la vida son lícitas, sin embargo están allí.

Si nos vamos al derecho internacional, nos encontramos con que los convenios de Ginebra establecen que en la guerra, a los prisioneros hay que tratarlos de cierta manera, que no hay que bombardear hospitales, que no hay que matar población civil, que hay que intercambiar a los prisioneros de tal manera, que hay que darles cierto trato, que hay que recoger a los náufragos en el mar cuando se hunde un barco enemigo, etcétera. Lo que resulta una paradoja, pues por un lado los internacionalistas dicen que la guerra está prohibida y por otro, se ponen a establecerle condiciones a un hecho ilícito, como por ejemplo el caso de los prisioneros talibanes en la base militar de Guantánamo.

El ejemplo que he dado, podría, en forma casuística, compararse con el siguiente: Si nuestro Código Orgánico Integral Penal establece el delito de robo, y una ley supletoria estableciera condiciones para el robo, algo así como: Cuando

usted robe, róbese la refrigeradora, pero de ninguna manera robe una cama?. Hay contradicción en esto?, obviamente que si, al parecer; pero no hay ninguna contradicción; Se trata, por el contrario, de asumir una realidad, el hecho de que la guerra es un fenómeno extrajurídico, una manifestación de poder de los países desarrollados.

Los juristas de renombre internacional, durante mucho tiempo han creído que mediante la teoría y los instrumentos jurídicos regulaban el poder de la guerra; al igual que por medio de estas dos condiciones, se regula el hecho del poder punitivo, aparentemente.

Pero vamos a demostrar que eso no es tan cierto. El poder punitivo está fuera de las normas jurídicas; puesto que el poder punitivo lo ejercen otros, generalmente quienes ejercen el poder político, el poder económico. Ya vemos los múltiples casos de corrupción judicial que se han dado en nuestro país, mismo que por ser ética, no voy a mencionarlos.

Lo mismo puede decirse del Derecho Penal; es decir, podemos dar una nueva concepción de él y, manifestar que se trata simplemente de un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo, lo que casi tiene que ver con la concepción del derecho penal liberal.

Pero aparecería una nueva contradicción, la de concebir un derecho penal como discurso que reduce el poder punitivo, como discurso que se esfuerce, que es

cuidadoso y que le sugiera a nuestros jueces penales doctrinas para reducir el poder punitivo. Y es que, como operadores de un cuerpo legal, estaríamos emitiendo una nueva teoría de la pena, la que podría definirse de la siguiente manera:

No conocemos para qué sirve la pena, todo lo que se ha dicho sobre ella es falso. Desde el punto de vista sociológico, tal como lo anoté anteriormente, tiene una gran cantidad de funciones que no se conoce o que no hemos agotado, y por ende, en tanto que hecho no legitimado, tratamos de reducirlo. Aquí es donde aparecen las denominadas penas alternativas a las de privación de la libertad, y la conversión de las mismas.

Puede que se me diga que estoy confundido al decir que si he manifestado que la pena no sirve para nada; porqué entonces estoy a favor de otro tipo de penas?. Ante lo cual digo siguiente: En general, las penas no privativas de la libertad que se encuentran debatiéndose en este momento en algunas legislaciones latinoamericanas, menos en la nuestra, pese a que nuestra Constitución lo establece expresamente, son la pena de multa, con el sistema de día-multa o la pena de multa para reparar el daño, es decir, que durante un determinado tiempo el sujeto comprometa una parte de su ingreso o salario, en favor de su víctima; el arresto de fin de semana; el arresto domiciliario; la realización de trabajos de utilidad pública fuera de los horarios normales de trabajo del sujeto; ciertas limitaciones a la residencia; la caución de no ofender; el cumplimiento de instrucciones unido a la libertad a prueba o separado de la libertad a prueba y unido a otras instituciones; la posibilidad de interrumpir el curso del proceso penal

en algún momento y darle alguna salida no punitiva; la amonestación. Algunos inclusive agregan el perdón judicial, la petición de excusas a la víctima, etc.

Como podemos ver, muchas de estas posibilidades son totalmente novedosas para nosotros, ninguna de ellas existe en nuestra legislación ecuatoriana; el cambio, el Código Penal Mexicano tiene unas cuantas de ellas desde hace más de cincuenta años. En definitiva se trata de alternativas para aumentar el ámbito de la condena condicional, o mejor dicho, de la libertad condicional.

Si bien es cierto que a todo se suele llamar penas alternativas, pero, por qué razón se las llama alternativas?. Pues porque simplemente son alternativas a la pena privativa de la libertad, que históricamente también fue alternativa a la pena de muerte, por lo que se convertirían en alternativas de la alternativa.

La lógica de estas penas sería: desde el momento en que pongamos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de presos en nuestras cárceles. Esa es la lógica penal, pero es una lógica equivocada.

Digo que es equivocada porque el hecho de establecer en nuestro COIP, sanciones no privativas de libertad, puede tener en la práctica distintos resultados. Uno de ellos es que se queden en el mismo Código y que los jueces no las apliquen nunca. Otros de los posibles resultados son que estén en la Ley Penal y que se apliquen muy poco, reemplazando algunas penas de prisión, lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento, así como también que se

apliquen a ciertos grupos de personas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible.

Por todo lo anotado, considero que es una buena opción el incorporar en nuestra legislación, estas penas alternativas, para poder en algo mejorar nuestro sistema de rehabilitación, y que las penas privativas de la libertad, puedan ser convertidas en no privativas.

4.2.7. EFECTOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y DE LAS ALTERNATIVAS

Nuestra legislación penal, define lo que es pena, la misma que es considerada en el código orgánico integral penal, al normar:

"*Artículo 51.- Pena.-* *La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada."*[38]

La pena es una consecuencia de un acto humano, el mismo que es antijurídico, producto de acciones y omisiones dispuestas en la ley, la misma que nace cuando la dicta un juez en una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Su clasificación se encuentra en el

[38] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Ed. Legales. Quito-ecuador. 2014. Art. 51.

"*Artículo 58.- Clasificación.-* *Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código."*[39]

La clasificación que expresa dicha norma sobre las penas las clasifica en:

- Privativas de libertad.
- No privativas de libertad
- Restrictivas del derecho de propiedad.

Respecto a las penas privativas de libertad el COIP, norma:

> **"*Artículo 59.- Penas privativas de libertad.-*** *Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.*
>
> *La duración de la pena empieza a computarse desde que se materializa la aprehensión.*
>
> *En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor de la persona sentenciada."*[40]

En cuanto tiene que ver con las penas no privativas de libertad, tenemos:

> **"*Artículo 60.- Penas no privativas de libertad.-*** *Son penas no privativas de libertad:*

[39] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Obra Citada. Art. 58.
[40] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Obra Citada. Art. 59

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.

2. Obligación de prestar un servicio comunitario

3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.

4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.

5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.

6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.

7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.

8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.

9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.

10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.

11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.

13. Pérdida de los derechos de participación.

La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal."[41].

En lo que tiene que ver con las penas restrictivas del derecho de propiedad tenemos:

"***Artículo 69.- Penas restrictivas de los derechos de propiedad.-*** *Son penas restrictivas de los derechos de propiedad:*

1. Multa, cuyo valor se determina en salarios básicos unificados del trabajador en general. La multa debe pagarse de manera íntegra e inmediata una vez que la respectiva sentencia se ejecutoríe. No obstante, cuando la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para cancelarla en las condiciones antes previstas, la o el juzgador podrá autorizar que su cumplimiento se realice de la siguiente manera:

a) Pago a plazos o por cuotas durante el mismo tiempo de la condena.

b) Condonación de una parte de la multa si, además, se demuestra extrema pobreza.

c) Servicio comunitario equivalente, únicamente en las infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses.

2. Comiso penal, procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito. No habrá comiso en los tipos penales culposos.

[41] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Obra Citada. Art. 60

En la sentencia condenatoria, la o el juzgador competente dispondrá el comiso de:

a) Los bienes, fondos o activos, o instrumentos equipos y dispositivos informáticos utilizados para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible.

b) Los bienes, fondos o activos, contenido digital y productos que procedan de la infracción penal.

c) Los bienes, fondos o activos y productos en los que se transforman o convierten los bienes provenientes de la infracción penal.

d) El producto del delito que se mezcle con bienes adquiridos de fuentes lícitas; puede ser objeto de comiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

e) Los ingresos u otros beneficios derivados de los bienes y productos provenientes de la infracción penal.

Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.

En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de

propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

En los casos del inciso anterior, los bienes muebles e inmuebles comisados son transferidos definitivamente a la institución encargada de la Administración y Gestión Inmobiliaria del Estado, entidad que podrá disponer de estos bienes para su regularización.
Los valores comisados se transfieren a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

Los objetos históricos y las obras de arte comisados de imposible reposición pasan a formar parte del patrimonio tangible del Estado y se transfieren definitivamente al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural.

En las infracciones contra el ambiente, naturaleza o Pacha Mama, contra los recursos mineros y los casos previstos en este Código, la o el juzgador, sin perjuicio de la aplicación del comiso penal, podrá ordenar la inmediata destrucción o inmovilización de maquinaria pesada utilizada para el cometimiento de estas infracciones.

3. Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción. Toda pena lleva consigo, según sea el caso, destrucción de los efectos que de la infracción provengan y de los instrumentos con que se ejecutó a menos que pertenezcan a una tercera persona no responsable de la infracción.

La o el juzgador podrá declarar de beneficio social o interés público los instrumentos o efectos de la infracción y autorizar su uso."[42]

Pero en la práctica, no se imponen las penas alternativas a las de privación de la libertad, recurriéndose solamente a imponer penas de privación de la libertad, con lo que en nada se coadyuva a la rehabilitación del sentenciado, pues las estadísticas así lo han demostrado, no habido el mejoramiento moral de la sociedad que se esperaba, por lo que surge la inmediata necesidad de optar por otras alternativas.

4.2.7.1. En las penas privativas de la libertad.

Como sabemos, el sistema penal es selectivo, va a caer sobre el infeliz, sobre el de poncho, eso es eterno, si siguen las cosas tal como están, es más las penas privativas de libertad están sujetas a mantener el estatus de un régimen en particular.

La materia prima para la penalización es inabarcable, infinita; de modo que ahí es donde opera la decisión política de saber cuántos presos queremos tener. En nuestro país, de acuerdo con una publicación aparecida en el diario El Universo de la ciudad de Guayaquil, del 3 de marzo del año dos mil cuatro, un pequeño porcentaje 6,2% de la población penal corresponde a sujetos más o menos deteriorados, más o menos psicópatas, que han cometido delitos como

[42] CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Obra Citada. Art. 69.

violación, homicidio y otros delitos graves, mientras que cerca del 93% está formado por ladrones, pequeños ladrones. El hecho de que hoy tengamos gente involucrada en el tráfico mínimo de drogas no altera esta aseveración, pues se trata de criminalidad con objetivos de lucro, individuos que están presos porque roban mal, porque no saben robar, porque son torpes y se ponen delante del sistema penal.

Así que, poniendo aparte ese pequeño número de presos más o menos psicópatas, el resto puede resolverse con una decisión política: cuantos presos queremos tener, es decir cuántos ladrones queremos tener. El que en Ecuador haya alrededor de 9 mil ladrones en la cárcel, entre dieciséis millones de habitantes, no le va a alterar a nadie su vida cotidiana.

Con todo lo que estoy diciendo, daría la impresión que me estoy olvidando del tema central: nuestras cárceles no están sobrepobladas de condenados, sino que lo están de procesados. Por tal motivo con la implementación del nuevo Código Orgánico Integral Penal se busca corregir todos estos vicios en materia penal, más aun no se muestran los cambios esperados, esto obedece al tiempo trascurrido desde que dicho Código entro en Vigencia.

El carácter de pena de la prisión preventiva es reconocido por el propio derecho penal, cuando en caso de condena computa el tiempo de reclusión preventiva como parte del cumplimiento de la pena. Así que se trata de una pena que se aplica por las dudas, al sujeto.

Ningún principio de derecho penal, ni procesal penal, se realiza absolutamente. Hay niveles de realización y, por ende, hay niveles de violación del principio de inocencia.

Es preferible reconocer que la prisión preventiva tiene naturaleza penal, porque entonces, tengo que pensar en alternativas a la prisión preventiva. El procesado, por principio, no puede estar en peor situación que el condenado; en consecuencia, no se puede negarle la alternativa a la pena que le estamos haciendo sufrir, cuando no lo hacemos en el caso del condenado.

En definitiva, ningún efecto rehabilitador han demostrado las penas privativas de la libertad, por lo que resulta imperativo que, en determinados casos y bajo ciertas condiciones, las penas de privación de la libertad, deben ser convertidas en no privativas de la libertad, con el augurio de que ésta si va a tener un efecto de rehabilitación y reinserción social.

4.2.7.2. En las penas alternativas de libertad.

Doctrinariamente, las penas no privativas de la libertad que en este momento se debaten en algunos países latinoamericanos, no inventan mucho con relación a las que ya se conoce en la legislación comparada, entre estas tenemos la pena de multa, con el sistema día-multa o la pena de multa para reparar el daño, es decir, que durante un determinado tiempo el sujeto comprometa una parte de su ingreso o salario en favor de la víctima; el arresto

de fin de semana; el arresto domiciliario; la realización de trabajos de utilidad pública fuera de los horarios normales de trabajo del sujeto; ciertas limitaciones a la residencia; ciertas limitaciones al tránsito; la caución de no ofender; el cumplimiento de instrucciones unido a la libertad a prueba o separado de la libertad a prueba y unido a otras instituciones; la posibilidad de interrumpir el curso del proceso penal en algún momento y darle alguna salida no punitiva; la amonestación. Algunos agregan el perdón judicial, la petición de excusas a la víctima, etc.

Como vemos, muchas de estas posibilidades no son novedades, inclusive algunas de ellas están contempladas en el Art. 58 de nuestro Código Orgánico Integral Penal. En definitiva, se trata de tentativas para aumentar el ámbito de la condena condicional, o mejor aún, el ámbito de la libertad condicional.

Todo el sistema penal es un sistema de alternativas, porque efectivamente hay alternativas informales con las cuales no se corre el riesgo de penalizarnos. Ciertamente, hay alternativas formales de penalización que reducen el ámbito de la criminalización primaria, como la famosa descriminalización, pero hay también alternativas informales que implican no intervenir directamente en todo lo que hacemos, en las que el sistema penal no se da por enterado. Y hay incluso otras alternativas en las que el sistema penal se entera pero no actúa.

Entonces de qué alternativas a la privación de libertad se habla?. La mayor alternativa que tiene en sus manos el Estado es no ejecutar las órdenes de

captura, pues ello triplicaría la cantidad de presos, en caso de ejecutarlas.

Después se tienen otras alternativas: la prescripción de las acciones o de las penas, que es una forma de reducción del ámbito de la criminalización.

Luego de esto podría mencionar y denominar una criminalización interrumpida, y se da en todos los casos de sobreseimiento o absolución por defectos de forma, por nulidades fundadas en tales defectos, ya sea en la instrucción, en la acusación o en las formas de sentencia. Todas las absoluciones por falta de prueba, todas las absoluciones por el in dubio pro reo, son formas en las que el proceso de juzgamiento queda interrumpido. Y también son alternativas, aunque no se les vea así desde el punto de vista jurídico, como la excarcelación, la condena condicional, las libertades condicionales, las salidas que aparecen en el COIP, las salidas transitorias, las reducciones de pena, etc.

Después tenemos los indultos y amnistías otorgadas por las funciones ejecutiva y legislativa respectivamente.

Como vemos existen distintas alternativas, de modo que llamar alternativas a un listado y decir que es el gran descubrimiento que hemos hecho, el gran descubrimiento de la política criminal, es falso.

Siempre hemos estado jugando con alternativas para reducir el ámbito del encarcelamiento. Incluso, queda claro que muchas de estas alternativas

pertenecen a la legislación penitenciaria.

Debe establecerse un organismo controlador, un organismo honorario que integre procedimientos más o menos insospechados de parcialidad, que establecería semestralmente o anualmente, cuál es la efectiva capacidad que tiene cada uno de los establecimientos penales, tomando en cuenta, básicamente, tres factores: 1.- sistema de aireación; 2.- capacidad alimenticia; 3.-capacidad de atención médica elemental. No pretendo que se establezca la capacidad material de estas instituciones para albergar gente, ni con las reglas mínimas, ni con cualquier otra exquisitez de esa naturaleza, sino aplicando un criterio jurídico que sea mucho más práctico, como el del derecho internacional humanitario, es decir, que se les pueda brindar a los internos por lo menos el mismo trato que a los prisioneros de guerra. La Convención de Ginebra establece esto para los prisioneros de guerra, bueno, pues, a los presos nuestros démosles el mismo trato. Si hay, digamos, capacidad para un determinado número de presos, y sobran algunos de ellos, ese organismo se lo comunica a la Corte Suprema o al Consejo de la Judicatura, según corresponda. Una vez conocido el asunto por estos organismos, ellos determinarán, si se están violando las Garantías Constitucionales, las Garantías del debido proceso y los derechos humanos de los que están de más, establecerán con un criterio (por ejemplo, considerando la gravedad del delito), quienes tienen que ser sometidos a sanciones no privativas de la libertad.

Por otra parte, si la justicia funcionara, esto tendría que hacerse efectivo a través del recurso de hábeas corpus, pero un hábeas corpus serio. De esta manera, si una persona está en un establecimiento que tiene más ocupantes de los que caben en él y le dan de comer menos de lo que necesita para vivir, y no le dan atención médica, están agravando indebidamente sus condiciones de detención y, por ende, los recursos rápidos de tutela de derechos individuales tendrían que hacerse efectivos. Este mecanismo que propongo implicaría generalizar ese procedimiento, y además contrarrestar los abusos que en muchas materias comenten nuestros jueces.

Si la medida cautelar que se aplica no resulta justificada, se repara con un bien de la misma naturaleza; pero si se encierra a una persona por tres años, eso, en términos de libertad, no lo puede reparar nadie. Por lo tanto, asimilar la prisión preventiva a una medida cautelar no puede ser válido.

De esta manera, más o menos, podría seguir ampliando el ámbito de exigencia de aplicación efectiva de las llamadas alternativas a la pena privativa de la libertad.

4.2.8. Sistema Penitenciario en el Ecuador

El Sistema Penitenciario en el Ecuador viene a ser una respuesta que el Estado da la conducta violatoria de la Ley por parte de las personas

imputables. Es sin duda un proceso legal estructurado que responde a una política criminal.

Desde que el hombre existió las diferentes sociedades han diseñado acciones para reprimir los comportamientos que desequilibran la estructura social, algunos de estos sistemas fueron muy duros, los mismos que aún en la actualidad dejan huellas. Pero afortunadamente los tiempos han cambiado y las penas se han llegado a humanizar, e incluso existe un marco legal internacional que protege al derecho de los condenados.

Hace dos décadas aproximadamente, nuestro país era objeto de delitos cometidos contra la propiedad, mientras que en la actualidad existen unos de mayor jerarquía como son: narcotráfico y terrorismo, dados por la influencia de países vecinos como Colombia y Perú.

Es necesario revisar la normativa que permite atrapar a los individuos que menos daño causan en la sociedad, mientras que los delincuentes de mayor peligrosidad se escabullen del sistema. Aún en nuestras cárceles están con prisión preventiva de más de un año, campesinos acusados de robo o hurto de un bien de mínimo valor económico, mientras desfilan en libertad ante jueces y acusadores muchos individuos que ilegalmente se apoderan de dineros del Estado en cantidades inmensamente mayores.

4.2.9. Evolución de las Penas.

Las penas han evolucionado a través de los tiempos, las mismas que han estado relacionados con los derechos del hombre.

Desde tiempos de inicio de la cultura del hombre tenemos que la primera expresión de pena era la Ley del Talión: "*según algunos historiadores, como Páez y Olmedo, la Ley del ojo por ojo y diente por diente se aplicaba en su máximo rigor, ya que el mismo castigo o sufrimiento que se le dio a la víctima es aplicado al delincuente, y, además se aplicaba una especie de composición como medio de restituir el daño"*[43].

Las sociedades primitivas permitían la venganza: existiendo la privada, la de sangre, social y la divina. Cada una de ellas se la aplicaba según el delito que ha ocasionado, la misma que era impuesta por el encargado de la religión o del templo sagrado.

Habían penas que iban desde la pena de muerte, la mutilaciones de los miembros, como la exclusión del clan.

Todas estas penas tenían como objetivo infringir dolor en la victima, con el objetivo que sirva de escarmiento para el grupo social.

[43] Fernando Pérez: , obra citada, Pág.20.

Con la revolución francesa y la consagración de los derechos del hombre, se llevo a afecto un gran avance en las penas, ya que se empezaron a aplicar penas privativas de libertad. Tenía como objeto que el criminal sea separado de la sociedad ya que no puede convivir en un grupo social.

Con el nacimiento de los Derechos Humanos, las penas privativas de la libertad el ser humano les puso un objetivo: ser rehabilitadoras. Con la rehabilitación se trato de que el delincuente se reforme y sea re sociabilizado en la sociedad.

Con la sociabilización, se describió que las penas de libertad deben ser un método de castigo y cura del delito, con lo cual se está tomando en cuenta que un delincuente es un enfermo.

4.2.10. Menores Infractores

"*Son las personas menores de edad (menores de 18 años y mayores de 12) que han realizado alguna conducta descrita como un delito en las leyes penales y al que habrá de tratarse de manera distinta a un adulto delincuente, por tener un insuficiente desarrollo físico y psíquico, por lo que se les puede sujetar a diversos tratamientos, que han de guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la conducta realizada, y cuyo objeto sea promover, en todo momento, el bienestar del menor infractor*."[44]

La delincuencia juvenil es un problema social, en cuanto que representa un fracaso de la sociedad en la educación de los menores de edad, constituyendo

[44] EZAINE, Amado. Obra Citada. Pág. 219.

un riesgo que atenta contra el estado de derecho, el respeto de las instituciones, las reglas para la convivencia pacífica y la seguridad de los ciudadanos.

No olvidemos que los comportamientos delictivos atentan contra el patrimonio y la propiedad privada o cuando promueven una economía basada en negocios ilícitos.

Por aquello constituye en un reto para las autoridades, quienes tienen que desarrollar estrategias para prevenirlo y para tratarlo. Deben presupuestar los gastos de estos esfuerzos, capacitar personal y mantener instituciones judiciales y de custodia.

Los comportamientos delictivos más frecuentes en los jóvenes se relacionan con el estupro y otras ofensas sexuales, el robo y los asaltos, así como infracciones vinculadas con la posesión, el consumo y el tráfico de drogas, generalmente estas infracciones están relaciones con las pandillas.

No olvidemos que la delincuencia juvenil es un fenómeno muy representativo y uno de los problemas criminológicos que crece día a día no solo en nuestro país, sino también en el mundo entero; es una de las acciones socialmente negativas que va de lo contrario con la ley.

La delincuencia juvenil es tan antigua como la humanidad. A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños y jóvenes que cometieren algún "delito". Lo mismo que se desconocen las regulaciones de estas situaciones en el llamado derecho colonial americano. "El inicio legislativo de la Cuestión Criminal surge en el periodo republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular"[45].

Los estudios criminológicos sobre la delincuencia señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se puede señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la delincuencia juvenil desde la II Guerra Mundial. Así, son los factores que se encuentran en la base de la delincuencia juvenil, la imposibilidad de grandes capas de la juventud de integrarse en el sistema y en los valores que este promociona como únicos y verdaderos en el orden material y social, y la propia subcultura que genera la delincuencia que se trasmite de pandilla en pandilla, de modo que cada nuevo adepto trata de emular, y si es posible superar, las acciones violentas realizadas, por los miembros anteriores del grupo.

[45]htp://www.monografías.com

En nuestro país sin duda existen factores muy destacados que tienen una marcada incidencia en la Delincuencia Juvenil, son precisamente las graves condiciones de crisis económica que vivimos como producto de la aplicación del inhumano modelo económico neoliberal. A esto se suma la falta de fuentes ocupacionales, es decir, el desempleo lo que definitivamente incide en la economía familiar y consecuente en la limitación de oportunidades de nuestra juventud ecuatoriana.

4.3. MARCO JURIDICO.

4.3.1. Constitución de la República.

La privación de libertad de un adolescente, es resuelta en 24 horas por parte de un Juez Especializado en Adolescentes Infractores, según lo manda la Constitución de República. Los procesos seguidos contra adolescentes en conflicto con la Ley Penal, son resueltos rápidamente (30 días), y no pueden durar más de 90 días en ningún caso, según lo establece el Código de la Niñez y Adolescencia.

Según lo dispone el numeral 13 del Art. 77 de la Constitución de la República, "*Para… los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida…"*[46] y, es precisamente en el objetivo de la aplicación de estas medidas socio-educativas, es la resocialización del menor, en concordancia con el principio del interés superior

[46] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2008. Núm. 13 Art. 77.

del mismo. Es por esta razón que se atiende estrictamente al principio de reserva con la finalidad de que no sea estigmatizado por la sociedad y su internamiento se efectúa en lugares distinto de los adultos, para evitar que reciba algún tipo de influencias negativas que ahonden su conducta infractora.

En cuanto se refiere al régimen de prescripciones, cuando el adolescente cometa un delito, la acción prescribe en dos años; las contravenciones, prescribe en treinta días; y, las medidas socio-educativas prescriben una vez transcurrido el tiempo señalado por el Juez para su duración.

Debemos tener en cuenta que la constitución protege el derecho de la vida de las personas, así al normar:

"*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*
1. El derecho a la inviolabilidad de la vida."[47]

La vida es "*el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes*"[48]

El derecho a la vida por nuestra constitución lo capta como un derecho natural supraconstitucional implícito, del cual dependen necesariamente los demás. La vida es esencial, gracias a ella nacen y se adquieren derechos, gracias a la

[47] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Obra Citada. Pág. 24.
[48] SAGUES. Néstor Manual de Derecho Constitucional. Ed. Astrea. Buenos Aires-Argentina. 2013. Pág. 641.

vida, un persona adquiere un estatus dentro del estado, gracias a ella el Estado sobrevive, su muerte convulsiona a la sociedad y trae consigo una alarma social que puede desestabilizar el orden social establecido.

La vida es un bien jurídico protegido no solo por la constitución y leyes que nos rigen, sino por los derechos humanos y tratados internacionales.

El pacto de San José de Costa rica declara que "*toda persona tiene derecho a que se respete su vida".*[49]

El derecho a la vida es un derecho constitucional personalísimo y que posibilita el ejercicio de todos los demás. Aunque en ciertas constituciones no es un derecho absoluto ya que como en la Constitución de Estados Unidos permite el portar armas de sus ciudadanos o en la Constitución argentina que permite armarse a sus ciudadanos. "*Se está permitiendo el sacrificio a la vida, para tutelar otros bienes*"[50].

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal.

El artículo 38 del Código Orgánico Integral Penal indica que las personas menores de 18 años no serán imputables penalmente y estarán sometidas al Código de la Niñez y la Adolescencia y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas. Al respecto, dicho cuerpo legal norma:

[49] El Pacto de San José de Costa Rica Art. 4 inc.1.
[50] SAGUES. Néstor. Obra Citada. Pág. 642.

"*Articulo 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*". [51]

La capacidad de culpabilidad es la base sobre la que se levanta el juicio de reproche, únicamente quien alcanzó una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee capacidad mínima de autodeterminación, la que se exige para la responsabilidad penal.

Un primer elemento de la capacidad de culpabilidad, tiene que ver con la edad del sujeto, ya que la maduración psíquica y biológica puede influir en la realización de los actos. El injusto del hecho debe ser comprendido en su cabalidad, por ello, el desarrollo moral y mental del menor es un factor importante para conocer el nivel de comprensión de su actuar y no únicamente sus resultados morales.

Puede ocurrir que al joven le sea descifrable la norma, pero que por falta de conocimiento suficiente no se la tome en serio es decir, se requiere determinar su voluntad de acuerdo a lo entendido, ya que la misma, surge de una construcción histórica, social y cultural y no una mera imitación del adulto, el menor es una persona que por su perspectiva debe ser protegido por la sociedad, con una personalidad definida y diferente a tener en cuenta por la política social.

[51] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Art. 38

Nuestro país como suscriptor de la Convención sobre los Derechos del Niño, considera a todo ser humano menor de dieciocho años como menor de edad, estableciendo la obligación de los Estados de instituir normas, procedimientos e instituciones aplicables específicamente a los menores delincuentes, lo que se prescribe en el libro cuarto del Código de la Niñez y Adolescencia.

Asumiendo además que, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

La legislación internacional ha establecido una serie de mecanismos que defienden a los niños, niñas y adolescentes. La Declaración de los Niños y Niñas en su preámbulo establece que: el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Esto ha llevado a que se establezca mecanismos especiales para el juzgamiento de menores infractores, donde se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social, de manera que se cumpla la rehabilitación en los menores al momento de reinsertarse a la sociedad.

Respetando la protección integral que se les garantiza a las y los adolescentes en la Constitución, instrumentos internacionales y este Código, se propone una mínima intervención penal en la justicia penal, basadas en principios educativos, culturales y recreación, de acuerdo en las habilidades de las y los adolescentes.

En lo referente a menores infractores quedó establecido en la disposición transitoria décima novena, que pide la reforma del libro cuarto, *"Responsabilidad de Adolescente Infractor"*[52] del Código de la Niñez y Adolescencia con parte del texto enviado por el Ministerio de Justicia. Ahora será el pleno de la Asamblea el que debata el proyecto de ley.

En sí, existe vacíos legales sobre los menores infractores en el Código Orgánico Integral Penal.

Por último el Código Orgánico Integral Penal protege en su Capítulo Segundo denominado DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LIBERTAD en su sección primera titulada Delitos Contra la Inviolabilidad de la Vida sanciona el asesinato, el femicidio, el sicariato, el homicidio, el aborto, figuras jurídicas cuyo objetivo es la protección de la vida como bien jurídico protegido no solo por este cuerpo de leyes, sino por la constitución, derechos humanos y tratados internacionales.

[52] Código de la Niñez y Adolescencia

Estas normas tienen como objetivo sancionar a la persona que va contra el derecho a la vida, con una pena privativa de la libertad, y de esta manera infringir al infractor una sanción ejemplarizadora, a fin de que no lo vuelva a cometer esta clase de delitos.

Sin embargo en este tema nos hemos propuesto investigar la situación de los menores delincuentes en el Código Orgánico Integral Penal, para puntualizar donde se hallan las omisiones que puedan ser sometidas para entregar una justicia acorde con la realidad actual.

Esta disposición del Código Orgánico Integral Penal se refiere a tratar a los menores en cuanto a su edad, que en este caso es la que trae efectos jurídicos con las que se va aplicar la sanción, y proclama que la legislación se tiene que aplicar en tratándose de su condición de tal, como una regla fija que produce la aplicación de las leyes.

De acuerdo a los resultados de mi trabajo investigativo se puede concluir que, es necesario imponer una sanción más drástica para los menores que cometen delitos contra la vida, debido a que en la actualidad muchos menores están entrenados en el campo delictivo para causar horrendos crímenes, pero por su situación de edad pasan a tener otro tratamiento y gozan de una serie de prerrogativas, no así el ciudadano común que por ser mayor de 18 años está sujeto al Código Orgánico Integral Penal.

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia

Como han cambiado los tiempos y por el grado de peligrosidad con que actúan los menores de 18 años de edad, se hace la propuesta en la actualidad de que la imputabilidad sea a los 16 años, la que no ha tenido eco en el seno de la Asamblea Nacional, manteniéndose inamovible el alcance del contenido del Art. 38 del Código Orgánico Integral Penal.

Consideramos que es factible esta reforma, porque con ello se protege a la sociedad, también es menos cierto que por el avance científico, el desarrollo alcanzado por la humanidad, la tecnificación de las comunicaciones la obtención de una mejor educación se comprende que los menores desde muy temprana edad están en capacidad de diferenciar los actos delictivos, es decir tienen conciencia plena de lo que hacen y realizan.

Quien se beneficia con la disminución de edad para la imputabilidad delictiva, es el conglomerado social; las grandes urbes se encuentran azotadas por las bandas juveniles que actúan en forma premeditada, con intención dolosa y con absoluta conciencia.

En caso de la muerte de una persona que se encuentre involucrado un menor, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 167 del Código de Niñez y

Adolescencia "*puede ser retenido hasta que cumpla la mayoría de edad y pueda salir libre, o cuando se ha traficado con estupefacientes y sustancias psicotrópicas, se podrá retenerlos en los centros de rehabilitación o de cárceles, pero la ley no lo permite bajo la consideración de que los menores no son sujetos del delito y no están en condiciones de pagar una pena*". [53]

La idea de fijar en los 16 años la imputabilidad se basa en la edad y en la capacidad de discernimiento del menor, por lo menos para delitos que no tengan mayor gravedad, a fin de prevenir el cometimiento del menor, por los menores de 18 años, por lo cual logramos garantizar el acatamiento a las leyes penales evitando la realización de la pretensión punitiva que a su vez es garantizada por las normas de procedimiento que regulan el proceso.

El Art. 41 del Código Orgánico Integral Penal dice: "Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.". [54]

Está disposición del Código Orgánico Integral Penal, señala que la responsabilidad Penal es personal e individual, el delito puede ser cometido por una o varias personas, la ley gradúa la pena en relación con la participación legal en el acto y la totalidad del efecto delictivo, la internacional como requisito de la imputabilidad legal puede concentrarse desde que se ha cometido el delito con voluntad y conciencia; una conducta contraria a la ley debe ser sancionada por la misma ley.

[53] CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Art. 167. Pág. 185. Ediciones 2002.
[54] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Art. 41

En cuanto a la capacidad jurídica del derecho penal se menciona la idoneidad personal de obrar según la predisposición de las consecuencias penales, por ello es que los menores de edad tomándoles desde los 16 años, tienen capacidad suficiente para pensar, actuar discernir y diferenciar entre el bien y el mal, de tal manera que reconocen los delitos que cometen: hay plena conciencia y acción, actúan en base de su conducta y comportamiento, no se trata de menores de escasos recursos económicos, sino que al contrario la delincuencia juvenil existe en todas las clases sociales.

En el Código de la Niñez y Adolescencia en donde vamos a encontrar desarrolladas las medidas socio-educativas aplicables al adolescente infractor. Es así que el 369 del Código de la Niñez y Adolescencia estatuye: "*Las medidas socioeducativas son acciones dispuestas por autoridad judicial cuando ha sido declarada la responsabilidad del adolescente en un hecho tipificado como infracción penal. Su finalidad es lograr la integración social del adolescente y la reparación o compensación del daño causado*"[55].

Siendo la medida más ligera la amonestación, que es una recriminación verbal, para que el adolescente comprenda la ilicitud de las acciones; y, se llega a la más drástica: el internamiento institucional, que es la privación total de la libertad del adolescente infractor y que se aplica únicamente a los adolescentes infractores mayores a catorce años de edad y por infracciones que en la

[55] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Obra Citada. Pag. 21.

legislación penal ordinaria son sancionadas, con reclusión. Se aplica también al adolecente infractor menor de catorce años sólo cuando comete delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1 Código Penal de Uruguay.

Los adolescentes aparecen hoy en el centro del debate sobre seguridad ciudadana en el Uruguay. Respecto al tema en cuestión, el Código Penal de Uruguay considera que los menores infractores que cometan delitos no serán imputables. "*Art. 34. Minoría de edad.- No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años.*"[56].

Existe una problemática agravada en la reclusión de un menor de edad con problemas de naturaleza social, como la pertenencia a un hogar "destructurado" o la "falta" de educación y la consecuente necesidad de extender su permanencia en un centro de privación de libertad para culminar los estudios, parecen ser razones para agravar la pena de un adolescente que ha cometido un delito.

Sin embargo, detrás de una supuesta buena intención se esconde, además de una injusticia, una medida ineficaz. Lejos de la pretensión "resocializadora", el encierro temprano implica una socialización en la violencia, la adopción de

[56] CODIGO PENAL DE URUGUAY. Art. 34

códigos propios de la cultura de la cárcel, la anulación de la identidad y el desarraigo. La privación de libertad tiene consecuencias demoledoras para la vida de un adolescente, para su presente y para su futuro.

El sistema penal no fue creado para dar respuesta a problemas que deben ser afrontados por las políticas sociales. No sabe, no puede y no debe hacerlo. Si lo que se busca es proteger al adolescente con derechos vulnerados, entonces el camino que se debe transitar es otro: la sanción debe ser proporcional al delito cometido y debe fortalecerse la respuesta del sistema de protección social.

Un sistema de protección social que busque el desarrollo de los niños y adolescentes es el mecanismo más eficaz para cerrar las puertas del sistema penal a los problemas sociales, racionalizando así las pautas de la intervención del estado y optimizando el gasto social.

La evidencia muestra que los adolescentes que son captados por el sistema penal han acumulado una serie de déficits y fracasos de los sistemas de políticas públicas sociales. La clientela del sistema penal juvenil es mayoritariamente pobre en Uruguay, sin acceso a la educación, con problemas de salud u adicciones y sin oportunidades para un desarrollo en condiciones de vida dignas.

4.4.2. Código Penal de Perú.

Es importante tomar en cuenta que desde el punto de vista de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (entendiéndose como adolescente a toda persona menor de edad entre 12 y 18 años) el abordaje sobre responsabilidad penal en los adolescentes.

El Código Penal Peruano en lo referente a menores infractores indica que los menores infractores que cometen delitos no serán juzgados por la Ley Penal "Art. 20.- Inimputabilidad.- Está exento de responsabilidad penal:
5 El menor de 18 años."[57]

El Código Penal peruano, respecto a los adolescentes infractores usa la privación de la libertad como último recurso, y provee la aplicación de una amplia variedad de alternativas a la internación de personas menores de edad, enfatizando una intervención de carácter social y educativo y salvaguardando el Interés Superior del Niño y su reintegración social.

Asimismo en el Código de la Niñez y Adolescencia del mismo país indica que el adolescente puede impugnar la orden que lo ha privado de su libertad, acudiendo a otros recursos contrarios a la privación de libertad la cual quedaría como último recurso "Art. 186.- Impugnación.- El adolecente puede impugnar la

[57] CODIGO PENAL PERUANO ART. 20

orden que lo ha privado de su libertad y ejercer la acción de Hábeas Corpus ante el juez especializado."[58]

Esto ha llevado a que se establezca mecanismos especiales para el juzgamiento de menores infractores, donde se tendrá en cuenta otras medidas contrarias a la privación de libertad, esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social, de manera que se cumpla la rehabilitación en los menores al momento de reinsertarse a la sociedad.

4.4.3. Código de la Niñez y Adolescencia de Venezuela.

En el Código de la Niñez y Adolescencia de Venezuela, respecto a los adolescentes infractores manifiesta: *"Art. 70.- si el mayor de doce años y menor de quince fuere declarado responsable, la pena correspondiente al hecho punible se convertirá en arresto, si fuere de presidio o de prisión, con disminución de la mitad; así mismo se disminuirán por mitad las otras penas y todas las que estuviere sufriendo cesarán."*[59]

En la legislación venezolana se ha establecido que el interés superior del niño como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la Código de la Niñez, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, y que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad

[58] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLECENCIA DE PERÚ ART. 186.
[59] CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLECENCIA VENEZOLANO ART. 70.

de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos cuando el caso se refiera a menores de edad.

La criminalidad de jóvenes y menores tiene interés desde el punto de vista técnico y político porque la conducta desviada puede observarse mejor entre los jóvenes que en los adultos. Por ello, los modelos teóricos explicativos de la delincuencia toman como referencia básica la criminalidad juvenil, y los programas, medidas e instituciones que después se extenderán al mundo de los adultos, son primero experimentados entre jóvenes y menores.

La criminalidad, muy especialmente la juvenil, es un fenómeno complejo que no cabe reducir a una sola causa. Antes bien, nos hallamos ante un panorama típicamente característico de una situación de poligénesis que desafía las interpretaciones simplistas. Las investigaciones actuales no han sido todavía capaces de identificar todos los factores, evaluar su interrelación reciproca y, menos aún, elaborar un modelo predictivo de validez universal.

5. MATERIALES Y METODOS

En la fase de ejecución de nuestra investigación procederemos apegándonos al método científico. La observación directa, bibliográfica y documental permitió a nuestro problema socio jurídico, acopiar información teórica y concreta al estudio en expediente, relacionados con el objeto de estudio.

En el desarrollo de la investigación vincularemos al grupo con el objeto de estudio, la teoría con la práctica, y también vincularemos el acopio científico extraído de las fuentes bibliográficas con la información recogida en las fuentes empíricas de la información.

Desde su acepción etimológica método significa el camino que se recorre. Por tanto actuar con método se opone a todo hacer casual y desordenado. Actuar con método es lo mismo que ordenar los acontecimientos para alcanzar un objetivo, por ello propendiendo a que este trabajo se enmarque en forma plena en los lineamientos de la investigación científica en su realización hare uso de los siguientes recursos metodológicos:

5.1. Materiales utilizados.

El desarrollo de la presente investigación, primeramente recolecte bibliografía relacionada al tema de investigación, seguido de la selección meticulosa de los diferentes temas y contenidos que interesen para el desarrollo y conformación del marco teórico, tomando como referentes una serie de autores y

publicaciones, así como doctrina y jurisprudencia, y aplicado a la investigación de campo, técnicas que me sirvieron para analizar la problemática de estudio, que me dieron la pauta para su elaboración, entre los cuales analicé la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, así como obras que tuvieron relación con el presente tema.

5.2. Métodos

Para el desarrollo de la presente investigación utilice como método fundamental el método científico, en sus procesos de inducción y deducción, para los elementos particulares de la temática abordar un todo general que será el resultado final del trabajo, en base a la deducción de poder determinar los principales componentes de la problemática tratada.

El desarrollo de la presente tesis, está encaminada a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva la utilice para establecer la prioridad de armonizar la ley con la problemática denunciada.

La investigación bibliográfica, consistió en recolectar las leyes y doctrina con relación a los principios que garantiza en los procesos tanto constitucionales como en los procesos ordinarias, y en la presente investigación, en las cuales estuvieron ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtuvo de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial del sistema de garantías para la vida.

Durante el desarrollo de la presente investigación se utilizó los siguientes métodos: El Método Inductivo, Analítico y Científico. El método inductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tuvo relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, atreves de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.3. Procedimientos y Técnicas

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, está relacionado con la problemática de esta investigación, los objetivos e hipótesis de la misma.

Además en la investigación utilice los procedimientos básicos de análisis *y* de síntesis, los mismos que sirvieron para analizar en forma pormenorizada la normatividad de las leyes a las que hice referencia, así como también sintetizar cada uno de los referentes teóricos que sirven para elaborar la investigación. En base al análisis y la síntesis podremos elaborar así mismo las conclusiones y recomendaciones.

En lo referente a la investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para la encuesta; en esta técnica se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, cuyo contenido me llevo a fundamentar la Propuesta de Reforma Jurídica.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regí a la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

Las técnicas a utilizar en esta investigación serán la del fichaje que sirvió para recolectar los referentes teóricos para sustentar la investigación, así como

también utilice la observación directa, y la estadística descriptiva simple en la fase de análisis de los resultados.

El instrumento metodológico básico que utilice en mi tesis será el de la encuesta, la misma que será aplicada a profesionales del derecho.

6. RESULTADOS

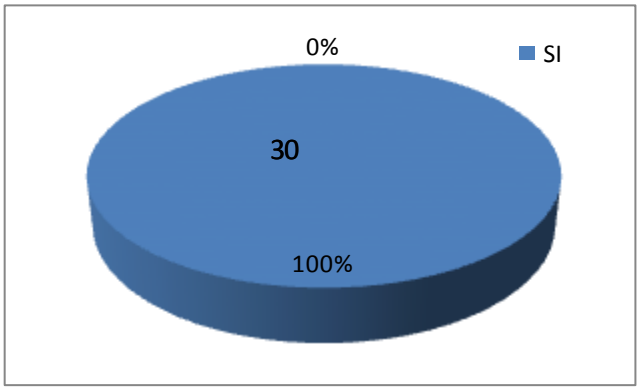
6.1 Análisis y Presentación de los resultados de las Encuestas.

PRIMERA PREGUNTA

¿Conoce usted la normativa en el Código Orgánico Integral Penal sobre los delitos de inviolabilidad de la vida?

CUADRO Nº 1		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		

Autor: *Luis Castillo* **.**



Interpretación

En relación a esta interrogante de los profesionales del derecho encuestados 30 que representan el 100% coinciden en afirmar que si conocen la normativa en el Código Orgánico Integral Penal sobre los delitos de inviolabilidad de la vida, es decir todos tienen un conocimiento claro sobre dicha normativa.

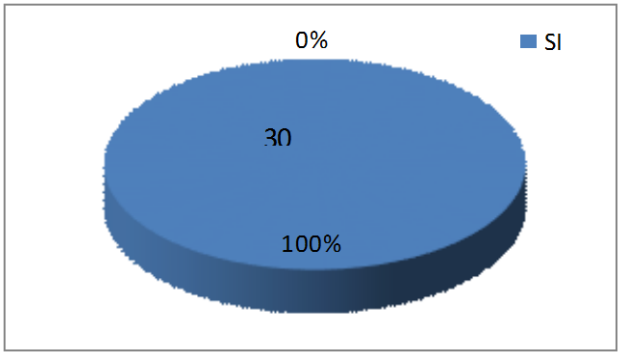
Análisis

Del análisis a las respuestas vertidas a esta interrogante puedo manifestar que la población encuestada conoce sobre la normativa sobre los delitos contra la vida, lo que nos permite que los resultados de esta investigación sean más claros y precisos, además todos coinciden que para gozar de los demás derechos debemos empezar respetando el Derecho a la vida, así que no hay razón que justifique el no hacerlo.

SEGUNDA PREGUNTA

En el Código Orgánico Integral Penal, existe ineficacia de las penas contra los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores.

CUADRO Nº 2		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	**30**	**100%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		
Autor: Luis Castillo		



Interpretación

Los profesionales del derecho encuestados, 30 que representan el 100% manifiestan que en el Código Orgánico Integral Penal, existe ineficacia de las penas contra los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores, es decir todos coinciden con su respuesta y están de acuerdo que debería plantearse una reforma.

Análisis

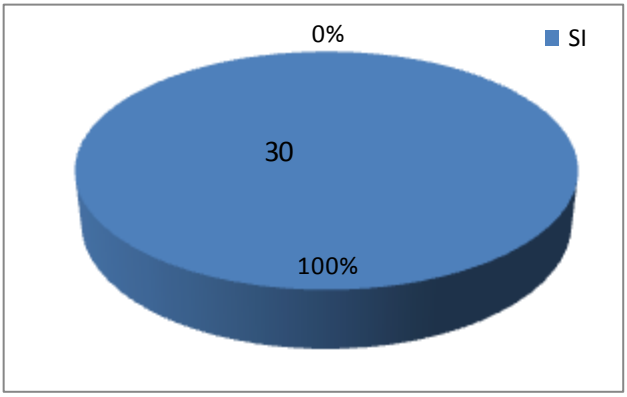
En relación a las respuestas vertidas a este interrogante, todos los profesionales encuestados establecen que las normas del Código Orgánico Integral Penal, existe ineficacia de las penas contra los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores, quienes hoy en día están en la capacidad de diferenciar lo bueno de lo malo, por ello es necesario realizar una reforma a dicha normativa, para que no queden en la impunidad este tipo de delitos que tanto mal hace a la sociedad.

TERCERA PREGUNTA

¿Está usted de acuerdo que el Art. 38 del Código Integral penal someta a los menores infractores en conflictos con la Ley Penal?

CUADRO Nº 3		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	**30**	**100,00%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		

Autor: *Luis Castillo.*



Interpretación

En relación a esta interrogante, 30 de los profesionales encuestados que representan el 100% manifiestan que están de acuerdo que el Art. 38 del Código Integral Penal someta a los menores infractores en conflictos con la Ley Penal, es decir todos coinciden con sus respuestas y están de acuerdo que debería existir una reforma.

Análisis

Como se puede determinar con las respuestas vertidas a esta interrogante los

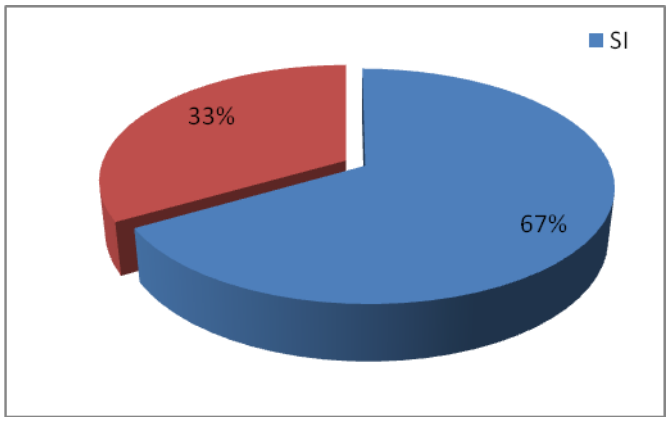
profesionales del derecho coinciden plenamente que están de acuerdo que el art.38 del Código Integral Penal someta a los menores de18 años en conflicto con la Ley Penal. No debemos olvidar que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia quien es el cuerpo legal de los menores infractores es un cuerpo de leyes anacrónico y no presenta un sistema de rehabilitación verdadero a los menores infractores.

CUARTA PREGUNTA

¿Considera usted que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es incongruente respecto a los menores infractores?

CUADRO Nº 4		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	20	67
NO	10	33
TOTAL	**30**	**100,00%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		

Autor: *Luis Castillo.*



Interpretación

A la población encuestada al preguntarles sobre si ¿Considera usted que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia es incongruente respecto a los menores infractores?, el 67 consideran que si, en cambio un 33% consideran que no.

Análisis

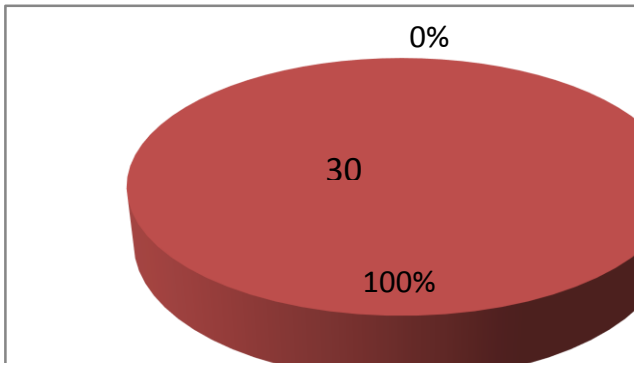
En relación a las respuestas recogidas a esta interrogante por parte de los profesionales del derecho se puede determinar que existe incoherencia por parte del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ya que sus normas respecto a las sanciones y rehabilitación no están acorde con la realidad que se vive, ya se los delitos contra la vida que cometen los adolescentes se han incrementado de manera alarmante, siendo urgente aplicar una reforma que sancione este tipo de delitos.

QUINTA PREGUNTA

¿El Código Orgánico Integral no establece la intervención penal en los delitos contra la inviolabiilidad de la vida que cometen los menores de edad, lo cual atenta contra la protección de las personas, por lo cual no se cumple lo que establece el Art. 3 de la norma citada?

CUADRO Nº 5		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	0	0%
NO	30	100%
TOTAL	**30**	**100,00%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		

Autor: *Luis Castillo*



Interpretación

Los profesionales encuestados, 30 que representan el 100% manifiestan que el Código Orgánico Integral no establece la intervención penal en los delitos contra la inviolabiilidad de la vida que cometen los menores de edad, lo cual atenta contra la protección de las personas, por lo cual no se cumple lo que establece el Art. 3 de la norma citada.

Análisis

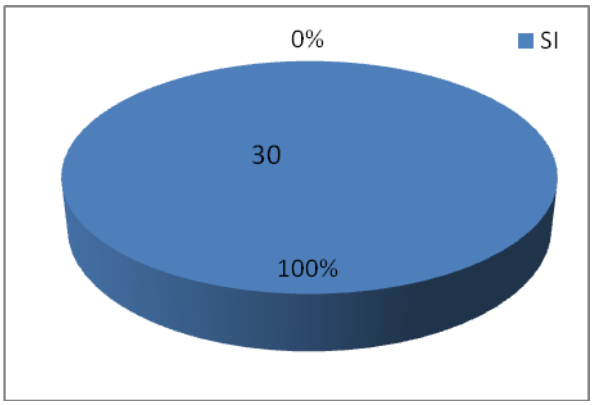
La protección de la vida es esencial para que una sociedad no se desintegre por lo cual es necesario que las leyes sancionen a cualquier delito que vaya contra el bien jurídico más apreciable que es la vida, ya que sin ella no tiene caso la existencia de los demás derechos.

SEXTA PREGUNTA

¡Considera usted necesario reformar el Art. 38 del Código Orgánico Integral a fin de sancionar a los menores infractores.

CUADRO Nº 6		
VARIABLE	**FRECUENCIA**	**POCENTAJE**
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	**30**	**100,00%**
Fuente: *Abogados en libre ejercicio*		

Autor: *Luis Castillo.*



Interpretación

Los profesionales encuestados, 30 que representan el 100% manifiestan que se debe reformar el Art.38 del Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de sancionar a los menores infractores que cometen delitos contra la vida.

Análisis.

Al analizar las respuestas vertidas a este interrogante se puede determinar la necesidad de reformar la norma contenida en el Art. 38 del Código Integral Penal, con el fin de sancionar a los menores infractores que cometen delitos contra la inviolabilidad de la vida, considerando además que los adolescentes están conscientes de sus actos y muchas de las veces actúan de forma dolosa al momento de comer este tipo de delitos, y para lo cual se escudan en su edad para evadir la responsabilidad con la Ley Penal.

7. DISCUSION

7.1. Verificación de Objetivos

OBJETIVO GENERAL.

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico de la delincuencia juvenil y las falencias que presenta la legislación para su sanción.

Este objetivo general lo verifique en el desarrollo de la investigación bibliográfica, especialmente en el marco conceptual, doctrinario y jurídico.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar sobre los delitos contra la inviolabilidad de la vida que comenten los menores infractores y sus consecuencias.

Este objetivo lo verifique en el desarrollo de la investigación bibliográfica, específicamente al momento de realizar la revisión de literatura en el Marco Conceptual y Jurídico.

- Realizar un análisis crítico y jurídico de la ejecución de la pena privativa de libertad en un medio social abierto respecto a los menores infractores.

Este objetivo lo verifique en el desarrollo de mi tesis, específicamente en la revisión de literatura y en la de campo, al momento de tabular los resultados de las entrevistas y encuestas.

- Investigar y analizar sobre lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal y demás leyes conexas sobre el cometimiento de delitos contra la inviolabilidad de la vida por parte de un menor infractor.

Este objetivo lo verifique en la investigación bibliográfica al momento de realizar la revisión de literatura específicamente en el marco jurídico.

- Conocer sobre el principio de proporcionalidad de la pena privativa de libertad aplicable a un menor de edad.

Este objetivo lo verifique en la investigación de campo de mi tesis, al momento de tabular los resultados de la entrevista y encuestas y en la investigación bibliográfica.

- Elaborar una propuesta de reforma de Ley.

Este último objetivo lo verifique al momento de proponer la propuesta de reforma jurídica.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS:

La hipótesis es la siguiente:

POR CUANTO EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL NO ESTABLECE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA QUE COMETEN LOS MENORES DE EDAD, SE ESTA ATENTANDO CONTRA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS, POR LO CUAL NO SE CUMPLE LO QUE ESTABLECE EL ART. 3 DE LA NORMA CITADA.

La hipótesis de mi tesis fue verificada al desarrollo de este trabajo investigativo, tanto la revisión de literatura como la tabulación de los datos de la investigación de campo.

7.3. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

El Derecho Penal es una concepción lógica derivada de la relación del hombre en sociedad, en la cual, cuando existe una violación de los derechos consagrados en la Ley, la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal. Dicha violación se refiere a la infracción y el mismo trae consecuencias como la pena. De este modo, la pena es considerada preventiva.

Pero si el infractor es menor de edad, se entra a un régimen especial, para sancionar la conducta delictiva del menor de edad. Para imponer la pena, el Código Orgánico Integral Penal, dispone que se sujetaran a lo que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Dicha norma dispone:

> "Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia."[60]

El artículo 77, numeral 13, de la Constitución establece que los menores infractores tendrán un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. "La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el período mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de las personas adultas"[61], agrega la norma.

Esta normativa es demasiado paternalista, ya que el Código de la Niñez y Adolescencia que se encuentra vigente, establecen medidas socioeducativas a los menores infractores, sin importar la pena. Esto lo denuncia la prensa en sus titulares.

La historia ha demostrado que los menores de edad pueden cometer crímenes horrendos, como es el caso del niño que mataba a conductores de taxis, allá por el año 2000. Dicho menor secuestraba, torturaba y asesinaba a sus

[60] CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 38.
[61] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2012. Art. 77. Núm. 13.

víctimas, lo cual demuestra el sadismo y la preparación para cometer un crimen, que sobrepasa la actuación de un adulto. Tenemos otros ejemplos, así:

- La mañana del 25 de mayo de 2011, el cuerpo de Damaris Cabrera, de 16 años, fue encontrado dentro de sacos de yute en la quebrada de Santa Bárbara en Chillogallo (sur de Quito). Crimen en el cual participaron dos menores de edad.
- En 2010, un joven de 16 años fue degollado en Machala (El Oro). Otro menor de edad estuvo involucrado en el hecho y fue sentenciado a cuatro años de reclusión. El mismo año, José Líder Quiñónez fue asesinado con 19 balazos. Un adolescente de 16 años participó. El Juzgado de la Niñez le impuso tres años de privación de libertad.

Los menores de edad están conscientes de que las penas por delitos graves son mínimas, y por matar a alguien reciben una pena privativa de libertad de seis años.

Basta un ejemplo para denotar que la sociedad ha evolucionado y que los menores de edad, que oscilan entre los 14 años y 18 años, piensan y actúan como un adulto, es más, dirigen bandas criminales que en su mayoría están compuestas por mayores de edad. Se escudan en su edad para cometer crímenes graves que atentan contra la vida del ser humano.

Se ha denunciado por medios televisivos que es pertinente aumentar las medidas privativas de la libertad para menores que cometieran delitos graves,

en especial los delitos contra la vida. La vida es el don más preciado que tenemos, e ir contra ella, trae consigo una alarma social que puede desencadenar en desintegración social. El hombre vive en sociedad y para proteger este modo de vida, es necesario sancionar toda infracción que atente contra su estabilidad.

Hasta nuestro actual presidente de la República Eco. Rafael Correa dijo que "los delitos graves cometidos por los menores de edad deben tener sanciones proporcionales a la de los adultos y deben ser acumulativas. El factor fundamental es creer que la edad es un factor decisivo para establecer las penas"[62], explicó.

En el actual Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a menores infractores quedó establecido en la disposición transitoria décima novena, que pide la reforma del libro cuarto, "Responsabilidad de Adolescente Infractor", del Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo queda a disposición de la Asamblea Nacional para su respectivo debate y aprobación.

Por aquello es necesario sancionar a los menores de edad, ya que sancionar penalmente a los menores de edad no implica que se quiera afectar sus derechos. La Constitución establece que las personas mayores de 16 años ya tienen discernimiento.

[62] Enlace ciudadano nro.158. Intervención del Presidente de la República.

Se debe desarrollar modalidades de ejecución penal que favorezcan los principios de reinserción y resocialización, incluyéndose la variable medio social abierto, que implica la participación de la Administración Penal, Asociaciones Civiles y ONG'S. De ahí surge el llamado Principio de coejecución ya que estos colectivos no sólo apoyan a la Administración en su labor tratamental, sino que se convierten en coejecutores de la pena privativa de libertad junto con ella.

Por último, los crímenes cometidos por menores de edad van en aumento, por lo cual, es necesario que exista la intervención penal, ya que para erradicar esta clase de infracciones y proteger a las personas es necesario que la sanción este acorde con la gravedad del delito (en el cual se toma en cuenta las circunstancias de la infracción) sin tomar en cuenta la edad.

8. CONCLUSIONES

- Que existe ineficacia de las penas contra de los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores.
- Por la ineficacia de las penas contra los delitos contra la inviolabilidad de la vida cometen los menores infractores se da el fenómeno de desintegración social.
- Que existe falencias en la legislación penal respecto a la sanción de los menores infractores contra la inviolabilidad de la vida.
- Ha ido en aumento los delitos contra la inviolabilidad de la vida, ya que la legislación no sanciona a los menores infractores por el anacronismo del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.
- Que es necesario que existan penas privativas de libertad en un medio social abierto para los menores de edad.
- Que no existe el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la sanción pertinente para un menor de edad que comete delitos.
- Que el Art. 38 del Código Orgánico Integral penal, no está acorde con la criminalidad juvenil.

9. RECOMENDACIONES

- Que el gobierno nacional implemente políticas de Estado que vayan a prevenir los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores.
- A fin de evitar la desintegración social es necesario que los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores sea sancionados ejemplarizadoramente.
- Que es necesario una reforma de ley a fin de que exista legislación que sancione ejemplarizadoramente que los delitos contra la inviolabilidad de la vida que cometen los menores infractores.
- Que los centros correccionales, ejecuten obra física, a fin de mantener espacios suficientes para que cumplan su pena los menores infractores.
- Que es necesario una reforma del Art. 38 del Código Orgánico Penal integral.
- Que se den políticas criminológicas en las escuelas y colegios a fin de evitar el reclutamiento de menores de edad en el cometimiento de delitos.

9.1. Propuesta Jurídica

Introducción.

Con el desarrollo del presente trabajo de investigación, realizado tanto a nivel teórico como de campo, hemos podido comprobar que existen vacíos jurídicos respecto a la rehabilitación social de los menores infractores, ya que en la mayoría de los casos, dicha rehabilitación solo queda en letra muerta. Es más por existir anacronismo en la Ley, queda en la impunidad los delitos, en especial contra la vida, cometidos por los menores de edad. Realidad ésta que la hemos analizado a lo largo del presente trabajo investigativo.

De manera que con miras a solucionar el presente problema, formulo la presente propuesta jurídica, con miras a corregir las deficiencias y vacíos legales de la problemática denunciada.

Objetivo.

Para plantear la propuesta jurídica, lo realizamos en los siguientes objetivos:

- Realizar un estudio analítico y crítico del Código orgánico integral penal.
- Realizar un estudio del Código de la Niñez y Adolescencia.
- Proponer una reforma de ley

Desarrollo.

Finalmente, nos permitimos someter a consideración de nuestras autoridades educativas, el proyecto que a continuación presento a efecto de que si lo estima pertinente, lo promueva hacia los noveles superiores para su conocimiento y discusión puesto que el referido proyecto, tiende a sugerir reformas pertinentes que no han sido consideradas por el legislador, y está considerado en el siguiente texto:

REFORMAS AL CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.

LA ASAMBLEA NACIONAL.

CONSIDERANDO.

Que, es obligación del Honorable Asamblea Nacional y de sus integrantes brindar al pueblo ecuatoriano garantías en lo esencial a la sociedad civil, con principios e igualdad de derechos, deberes y obligaciones, es imperativo proporcionar una eficaz y adecuada protección que permita una verdadera equidad y justicia.

Que, en la actualidad, ha ido en incremento los delitos contra la inviolabilidad de la vida, cometidos por los menores de edad.

Que, el Código orgánico integral penal en su Art. 38, ha quedado obsoleto a los avances de las conductas delictivas que se están presentando en la actualidad.

Que, en el Código orgánico de la niñez y adolescencia se encuentra anacrónico respecto a las sanciones hacia los menores que cometen los delitos contra la vida.

Que, es deber del Estado ofrecer la protección jurídica adecuada, otorgando normas claras y precisas que protejan los intereses de la sociedad respetando el debido proceso, consagrando en la Constitución de la República del Ecuador.

Y, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República.

EXPIDE:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Después del Art. 38 agréguese el siguiente texto:

Queda como excepción en los delitos contra la inviolabilidad de la vida, en la cual se procederá a juzgarlos como adultos reducidos su pena a un cuarto si presenta atenuantes, en caso de reincidencia se aplicara la sanción que corresponde sin reducción de pena.

Art. 2.- Después del Art. 38 agréguese los siguientes artículos:

Art. Innumerado.- Si los internos menores de edad han cumplido más de la mitad de la pena, y, mediante los informes de los departamentos correspondientes, se prueba que el interno tiene buena conducta, se procederá aplicar la ejecución de la pena privativa de libertad en un medio social abierto, en el cual, al interno se lo prepare para la reinserción hacia la sociedad.

El Director del centro de rehabilitación social, emitirá el informe correspondiente, el mismo que enviara al Juez competente de la causa, a fin que mediante un auto acepte dicha informe, con el fin de que el interno cumpla la ejecución de la pena privativa de libertad en un medio social abierto.

Art. Innumerado.- La ejecución de la pena privativa de libertad en un medio social abierto, se realizara en base al Servicio Comunitario que el interno menor de edad deberá prestar a favor de la sociedad y en base a la rehabilitación social del interno.

Es dado y firmado en la ciudad de Quito, en el salón amarillo de la Asamblea Nacional a los 20 días del mes de junio del 2014.

Para constancia firman:

LA PRESIDENTA LA SECRETARIA.

10.- BIBLIOGRAFIA.

- ALBAN Ernesto, “Régimen Penal”, Ediciones legales, Tomo I.
- BERMÚDEZ Coronel Eduardo.- “Debido Proceso”, Projusticia, Quito, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, 4TA Edición, Buenos Aires, 1962.
- CARNELUTTI Francesco, “Como Nace el Derecho”, Edit, Harla, México, 1992.
- CARRARA Francisco, “La Ley y el Delito” Edit. Helistas, México, 1988.
- CARRARA Francisco.- “Programa de Derecho Criminal”. UNL. 1998, Tomo III.
- CARRERA, F. Programa del Curso de Derecho Criminal, parte General, Vol II, Edición Depalma, Buenos Aires. 1994.
- Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Publicación Facultad de Jurisprudencia, año 1991.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito, 2004.
- Código de la nilez y Adolescencia. Ed. Legales. Quito-Ecuador.2012.
- CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Ed. Legales. 2014.
- Código Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales. 2008.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador- 2009.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito, 2009.
- **GUILLERMO CABANELLLAS DE LA TORRE**, Diccionario Jurídico Elemental
- http://es.wikipedia.org/wiki/prueba-%28derecho%29
- Kelsen Boris.- "Las Penas y sus Fines" Edit. Moscú Libre, 1975.
- MEMORIAS DEL CONGRESO INTERAMERICANO DE DERECHO PENAL , México, 1998.
- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Pág. 653.
- **TEMAS CONSTITUCIONALES**, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador.- Quito-Ecuador- 2006.
- www.es.wikipedia.org/-DAFO
- www.iberoonlino.com/demo_spc/VE/lecturas/vespic02.html
- www.winred.com/negocios/el-objeto-social/gmx-niv114-con4239htm.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA.

CARRERA DE DERECHO

PROYECTO DE TESIS DE GRADO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.

TEMA:

"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA."

AUTOR: JOSÉ LUIS CASTILLO BRICEÑO.

LOJA-ECUADOR

2015

a. TEMA: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 38 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE SANCIONAR PENALMENTE A LOS ADOLESCENTES INFRACTORES QUE COMETEN DELITOS CONTRA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA.**

b. PROBLEMÁTICA:

El Derecho Penal es una concepción lógica derivada de la relación del hombre en sociedad, en la cual, cuando existe una violación de los derechos consagrados en la Ley, la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir al hombre cierto mal. Dicha violación se refiere a la infracción y el mismo trae consecuencias como la pena. De este modo, la pena es considerada preventiva.

Pero si el infractor es menor de edad, se entra a un régimen especial, para sancionar la conducta delictiva del menor de edad. Para imponer la pena, el Código Integral Penal dispone que se sujetaran a los que dispone el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Dicha norma dispone:

"Artículo 38.- Personas menores de dieciocho años.- Las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia."[63]

[63] CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador. 2014. Art. 38.

El artículo 77, numeral 13, de la Constitución establece que los menores infractores tendrán un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. “La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el período mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de las personas adultas”[64], agrega la norma.

Esta normativa es demasiado paternalista, ya que el Código de la Niñez (el que nos rige y el que se encuentra en proyecto en la Asamblea) establecen medidas socioeducativas a los menores infractores, sin importar la pena. Esto lo denuncian la prensa en sus titulares.

La historia ha demostrado que los menores de edad pueden cometer crímenes horrendos, como es el caso de niño que mataba a conductores de taxis[65], allá por el año 2000. Dicho menor secuestraba, torturaba y asesinaba a sus víctimas, lo cual demuestra el sadismo y la preparación para cometer un crimen, que sobrepasa la actuación de un adulto. Tenemos otros ejemplos, así:

- La mañana del 25 de mayo de 2011, el cuerpo de Damaris Cabrera, de 16 años, fue encontrado dentro de sacos de yute en la quebrada de Santa Bárbara en Chillogallo (sur de Quito). Más tarde, el informe del médico legista revelaría que la menor sufrió varias horas de tortura

[64] CONSTITUCION DE LA REPUBLICA. Ed. Legales. Quito-Ecuador. 2012. Art. 77. Núm. 13.
[65] No se pone los datos del menor en cumplimiento de la Constitución.

antes de su muerte. En el rapto, tortura y asesinato de Damaris participaron dos menores de edad y, según el parte policial, los adolescentes estuvieron bajo los efectos de las drogas durante la perpetración del crimen.

- En 2010, un joven de 16 años fue degollado en Machala (El Oro). Otro menor de edad estuvo involucrado en el hecho y fue sentenciado a cuatro años de reclusión. El mismo año, José Líder Quiñónez fue asesinado con 19 balazos. Un adolescente de 16 años participó. El Juzgado de la Niñez le impuso tres años de privación de libertad.

Los menores de edad están conscientes de que las penas por delitos graves son mínimas, y por matar a alguien reciben una pena privativa de libertad de seis años.

Basta un ejemplo para denotar que la sociedad ha evolucionado y que los adolescentes, piensan y actúan como un adulto, es más, dirigen bandas criminales que en su mayoría están compuestas por mayores de edad. Se escudan en su edad para cometer crímenes graves que atentan contra la vida del ser humano.

Se ha denunciado por medios televisivos que es pertinente aumentar las medidas privativas de la libertad para menores que cometieran delitos graves, en especial los delitos contra la vida. La vida es el don más preciado que tenemos, e ir contra ella, trae consigo una alarma social que puede

desencadenar en desintegración social. El hombre vive en sociedad y para proteger este modo de vida, es necesario sancionar toda infracción que atente contra su estabilidad.

Hasta nuestro actual presidente de la República Ec. Rafael Correa dijo que "los delitos graves cometidos por los menores de edad deben tener sanciones proporcionales a la de los adultos y deben ser acumulativas. El factor fundamental es creer que la edad es un factor decisivo para establecer las penas"[66], explicó.

En el actual Código Orgánico Integral Penal, en lo referente a menores infractores quedó establecido en la disposición transitoria décima novena, que pide la reforma del libro cuarto, "Responsabilidad de Adolescente Infractor", del Código de la Niñez y Adolescencia con parte del texto enviado por el Ministerio de Justicia. Ahora será el pleno de la Asamblea el que debata el proyecto de ley, el mismo que por versiones de sus principales autoridades entrara en debate en el último semestre de este año.

Por aquello es necesario sancionar a los menores de edad, ya que sancionar penalmente a los menores de edad no implica que se quiera afectar sus derechos. La Constitución establece que las personas mayores de 16 años ya tienen discernimiento.

[66] Enlace ciudadano nro.158. Intervencion del Presidente de la República.

Se debe desarrollar modalidades de ejecución penal que favorezcan los principios de reinserción y resocialización, incluyéndose la variable medio social abierto, que implica la participación de la Administración Penal, Asociaciones Civiles y ONG'S. De ahí surge el llamado Principio de coejecución ya que estos colectivos no sólo apoyan a la Administración en su labor tratamental, sino que se convierten en coejecutores de la pena privativa de libertad junto con ella.

Por último, los crímenes cometidos por menores de edad van en aumento, por lo cual, es necesario que exista la intervención penal, ya que para erradicar esta clase de infracciones y proteger a las personas es necesario que la sanción este acorde con la gravedad del delito (en el cual se toma en cuenta las circunstancias de la infracción) sin tomar en cuenta la edad.

Con este antecedente propongo el siguiente problema:

LA INEFICACIA DE LAS PENAS CONTRA LOS DELITOS CONTRA LAINVIOLABILIDAD DE LA VIDA QUE COMETEN LOS ADOLESCENTES INFRACTORES, ES CAUSA DE DESINTEGRACION SOCIAL.

C. JUSTIFICACIÓN:

Nuestra propuesta de investigación jurídica se justifica, ya que hoy en día, existe un alto índice de delincuencia juvenil, que atenta contra el orden social establecido, y, que cada día va en aumento.

Creemos que es un problema de trascendental importancia porque es pertinente y en nuestra sociedad se evidencia como un problema lacerante en los actuales momentos.

Consideramos que esta investigación es conveniente por ser un problema de actualidad, y con la cual se va a aportar con soluciones a las dificultades surgidas en la rehabilitación de los menores infractores, y que se profundizan en el perjuicio del más débil.

Esta propuesta de investigación es viable porque contamos con los recursos humanos, económicos, casuística, y material bibliográfico para la sustentación teórica y doctrinaria.

Nuestro propósito es, obtener conclusiones que nos permita presentar una propuesta, lo que implicaría reformas de Ley.

d. OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico de la delincuencia juvenil y las falencias que presenta la legislación para su sanción.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Indagar sobre los delitos contra la inviolabilidad de la vida que comenten los adolescentes infractores y sus consecuencias.

- Realizar un análisis crítico y jurídico de la ejecución de la pena privativa de libertad en un medio social abierto respecto a los adolescentes infractores.
- Investigar y analizar sobre lo que dispone el Código Orgánico Penal integral y demás leyes conexas sobre el cometimiento de delitos contra la inviolabilidad de la vida por parte de un adolescente infractor.
- Conocer sobre el principio de proporcionalidad de la pena privativa de libertad aplicable a un menor de edad.
- Elaborar una propuesta de reforma de Ley.

e. HIPÓTESIS:

POR CUANTO EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL NO ESTABLECE LA INTERVENCIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA QUE COMETEN LOS ADOLESCENTES DE EDAD, SE ESTA ATENTANDO CONTRA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS, POR LO CUAL NO SE CUMPLE LO QUE ESTABLECE EL ART. 3 DE LA NORMA CITADA.

f. MARCO TEÓRICO:

La delincuencia juvenil es tan antigua como la humanidad. A pesar de no tener ninguna duda sobre la existencia de un derecho penal precolombino, como por ejemplo el de los pueblos Aztecas, Mayas, Incas o de Mesoamérica, desconocemos si existía alguna regulación especial, o particular para niños y jóvenes que cometieren algún “delito”. Lo mismo que se desconocen las

regulaciones de estas situaciones en el llamado derecho colonial americano. “El inicio legislativo de la Cuestión Criminal surge en el periodo republicano, luego de la independencia de las colonias europeas. Aunque a finales del siglo XIX la mayoría de los países latinoamericanos tenían una basta codificación, especialmente en Constituciones Políticas y Códigos Penales, la regulación de la criminalidad juvenil no era objeto de atención particular”[67].

Es a principios de este siglo en que se ubica la preocupación por la infancia en 105 países de nuestra región. Esto es el resultado, por un lado, de la internalización de las ideas que se inician en el siglo XX, primeramente, con la Escuela Positiva y luego con la Escuela de la Defensa Social, y por otro lado, es el resultado de la imitación Latinoamericana de las preocupaciones europeas y de los Estados Unidos de América por la infancia, lo cual se vio reflejado en varios congresos internacionales sobre el tema de la infancia.

“La primera legislación específica que se conoce fue la Argentina, promulgada en 1919. Pero fue en décadas posteriores en donde se promulgaron la mayoría de las primeras legislaciones, por ejemplo Colombia en 1920; Brasil en 1921; Uruguay en 1934; y, Venezuela en 1939. Durante este periodo y hasta los años 60”[68], podemos afirmar que el Derecho Penal de menores se desarrolló intensamente en su ámbito penal, fundamentado en las doctrinas positivistas – antropológicas.

[67] htp://www.monografías.com
[68] htp://www.monografías.com

En la década de los 60 a excepción de Panamá, que promulgó su primera ley específica en 1951 y República Dominicana en 1954, se presenta un auge del Derecho Penal de menores en el ámbito legislativo, con la promulgación y reformas de leyes especiales, por ejemplo, en los siguientes países: "Perú en 1962, Costa Rica en 1963, Chile en 1963, Colombia en 1968, Guatemala 1969 y Honduras también en 1969. En la década de los 70 se promulgan las siguientes legislaciones: México 1973, Nicaragua en 1973, el Salvador en 1973, Bolivia en 1975, Venezuela en 1975, Ecuador en 1975 y Cuba en 1979"[69]. En todo este periodo se caracteriza el derecho penal de menores como una ideología defensista de la sociedad, basada en las concepciones de peligrosidad y las teorías de las subculturas criminales.

Las concepciones ideológicas del Positivismo y de la Escuela de Defensa Social, fueron incorporadas en todas las legislaciones y sin duda influyeron en la codificación penal. Pero donde estas ideas encontraron su máxima expresión, fue en el derecho penal de menores. Postulado básico fue sacar al menor delincuente del Derecho Penal común, con ello alteraron todo el sistema de garantías reconocido generalmente para adultos. Convirtieron el derecho penal de menores en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio fundamental de culpabilidad, por la peligrosidad. Esto llevó a establecer reglas especiales en el derecho penal de menores, tanto en el ámbito sustantivo como formal, como por ejemplo la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada. Principios que han servido, y aún hoy se encuentran

[69] htp://www.monografías.com

vigentes en varias legislaciones latinoamericanas, para negar derechos humanos a los infractores, como la presunción de inconsciencia, el principio de culpabilidad, el derecho de defensa, etc.

"Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la Promulgación de Convención General de Derechos del niño en 1989, luego de la entrada en vigencia de esta convención se ha iniciado en los años 90 un proceso de reformas y ajustes legislativos en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, México y Costa Rica"[70].

La delincuencia ha aumentado de forma alarmante en los últimos tiempos, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por su incremento cuantitativo, como por su progresiva peligrosidad cualitativa. La delincuencia juvenil es además una característica de sociedades que han alcanzado un cierto nivel de prosperidad y, según análisis autorizados, más habitual en los países anglosajones y nórdicos que en los euro mediterráneos y en las naciones en vías de desarrollo. Es decir, en las sociedades menos desarrolladas la incidencia de la delincuencia juvenil en el conjunto del mundo del delito es menor en las comunidades más avanzadas en el plano económico. En las grandes ciudades latinoamericanas, la delincuencia juvenil está ligada a la obtención delictiva de bienes suntuarios de consumo y por lo general no practican la violencia por la violencia misma, sino como medio de obtener sus objetivos materiales.

[70] htp://www.monografías.com

Los estudios criminológicos sobre la delincuencia señalan el carácter multicausal del fenómeno, pero a pesar de ello, se puede señalar algunos factores que parecen decisivos en el aumento de la delincuencia juvenil desde la II Guerra Mundial. Así, son los factores que se encuentran en la base de la delincuencia juvenil, la imposibilidad de grandes capas de la juventud de integrarse en el sistema y en los valores que este promociona como únicos y verdaderos en el orden material y social, y la propia subcultura que genera la delincuencia que se trasmite de pandilla en pandilla, de modo que cada nuevo adepto trata de emular, y si es posible superar, las acciones violentas realizadas, por los miembros anteriores del grupo.

En nuestro país sin duda existen factores muy destacados que tienen una marcada incidencia en la Delincuencia Juvenil, son precisamente las graves condiciones de crisis económica que vivimos como producto de la aplicación del inhumano modelo económico neoliberal. A esto se suma la falta de fuentes ocupacionales, es decir, el desempleo lo que definitivamente incide en la economía familiar y consecuente en la limitación de oportunidades de nuestra juventud ecuatoriana.

g. METODOLOGIA

La metodología a emplearse en el desarrollo de la presente investigación está de acuerdo a la naturaleza, característica y requerimiento del tema planteado.

Los métodos que voy a utilizar en la presente investigación, que han sido objeto de estudio y que me ayudarán para la recolección de los datos y de esta

manera poder tener el sustento y realizar con éxito el presente trabajo son:

- **Método Científico.** En el proceso de investigación socio jurídico se aplicará el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de la problemática planteada.

- **Método Hipotético Deductivo.** La concreción de este método científico hipotético deductivo para señalar la guía a seguir en la investigación socio-jurídica, es válida, pues partiendo de las hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que existen dentro de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

- **Método Analítico.** Nos ayudara a tener una visión más clara de la realidad de problematica, y así poder mostrar, describir e interpretar los datos obtenidos en la presente investigación, determinando las causas y los hechos que pueden afectar los involucrados.

Procedimientos, Técnicas y Población.-

Serán utilizados los procedimientos de observación, análisis, síntesis, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El estudio de casos judiciales reforzará la búsqueda de la verdad sobre el problema planteado. La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y diez

personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentarán en tablas, barras o centro gramas y en forma discursiva con deducciones derivadas de criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis, para arribar a conclusiones y recomendaciones.

Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico, que establece: Resumen en Castellano y Traducido al inglés; introducción, Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

h. CRONOGRAMA.

Año 2014Actividades	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBE
Selección y Definición del Problema,	X					
Elaboración del Proyecto de Investigación.	X					
Investigación bibliográfica.		X				
Investigación de campo.		X				
Confrontación de resultados.			X			
Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta Jurídica.			X			
Redacción del Informe Final. Socialización.				X	x	X

i. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos

- Director de tesis: Por Designarse

- Postulante: JOSE LUIS CASTILLO BRICEÑO

Recursos Materiales

Materiales	Valores
Libros	**150.oo**
Separatas de texto	**30.oo**
Hojas	**30.oo**
Copias.	**50.oo**
Internet.	**100.oo**
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	**300.oo**
Transporte	**150.oo**
Imprevistos.	**200.oo**
Total.	**1010.oo**

Financiamiento:

El total de gastos planteados para la realización del presente proyecto, asciende a la suma mil diez trescientos centavos de dólares, será financiado con recursos propios del autor.

j. Bibliografía.

- ALBAN Ernesto, “Régimen Penal”, Ediciones legales, Tomo I.
- BERMÚDEZ Coronel Eduardo.- “Debido Proceso”, Projusticia, Quito, 2001.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, 4TA Edición, Buenos Aires, 1962.
- CARNELUTTI Francesco, “Como Nace el Derecho”, Edit, Harla, México, 1992.
- CARRARA Francisco, “La Ley y el Delito” Edit. Helistas, México, 1988.
- CARRARA Francisco.- “Programa de Derecho Criminal”. UNL. 1998, Tomo III.
- CARRERA, F. Programa del Curso de Derecho Criminal, parte General, Vol II, Edición Depalma, Buenos Aires. 1994.
- Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, Publicación Facultad de Jurisprudencia, año 1991.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito, 2004.
- Código de la nilez y Adolescencia. Ed. Legales. Quito-Ecuador.2012.
- CÓDIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL. Ed. Legales. 2014.
- Código Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales. 2008.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador- 2009.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ediciones Legales, Quito, 2009.
- **GUILLERMO CABANELLLAS DE LA TORRE**, Diccionario Jurídico Elemental
- http://es.wikipedia.org/wiki/prueba-%28derecho%29
- Kelsen Boris.- "Las Penas y sus Fines" Edit. Moscú Libre, 1975.
- MEMORIAS DEL CONGRESO INTERAMERICANO DE DERECHO PENAL , México, 1998.
- OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Pág. 653.
- **TEMAS CONSTITUCIONALES**, Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador.- Quito-Ecuador- 2006.
- www.es.wikipedia.org/-DAFO
- www.iberoonlino.com/demo_spc/VE/lecturas/vespic02.html
- www.winred.com/negocios/el-objeto-social/gmx-niv114-con4239htm

INDICE

DIRECTOR DE TESIS ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS iv

AGRADECIMIENTO v

DEDICATORIA vi

TABLA DE CONTENIDOS vii

1. TITULO: 1

2. RESUMEN 2

2.1 ABSTRACT 5

3. INTRODUCCION 7

4. REVISION DE LITERATURA 10

5. MATERIALES Y METODOS 71

5.1. Materiales utilizados. 71

5.2. Métodos 72

5.3. Procedimientos y Técnicas 73

6. RESULTADOS 76

7. DISCUSION 85

8. CONCLUSIONES 92

9. RECOMENDACIONES 93

9.1. Propuesta Jurídica 94

10.- BIBLIOGRAFIA. 98

11. ANEXOS 100