UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"DOSIMETRÍA DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 170"

TESIS PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ABOGADO

AUTOR:

Héctor Hugo Muriel Chacón

DIRECTOR:

Dr. Francisco Sinche Fernández

LOJA – ECUADOR
2016

CERTIFICACIÓN

Dr. FRANCISCO SINCHE FERNÁNDEZ, DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, CARRERA DE DERECHO, PLAN DE CONTINGENCIA.

CERTIFICA:

Haber dirigido el trabajo de investigación de fin de módulo en Derecho del señor Héctor Hugo Muriel Chacón, titulada "DOSIMETRÍA DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 170", el mismo que cumple los requisitos de forma y fondo que exige el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, Previo a obtener el título de Abogado, por lo que autorizo al autor la presentación del trabajo de fin de módulo ante la autoridad académica correspondiente.

Loja, noviembre del 2016

Dr. Francisco Sinche Fernández
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Héctor Hugo Muriel Chacón, 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 trabajo.

AUTOR: Héctor Hugo Muriel Chacón

FIRMA:.....
CÉDULA: 150042091-2
FECHA: Loja, noviembre de 2016

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

Yo, Héctor Hugo Muriel Chacón, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"DOSIMETRÍA DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 170".** 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 21 días del mes de noviembre del dos mil dieciséis, firma el autor.

FIRMA:.....
AUTOR: Héctor Hugo Muriel Chacón
CÉDULA: 150042091-2
DIRECCIÓN: Provincia de Napo, Cantón el Chaco Av. 26 de mayo
CORREO ELECTRÓNICO: murielhector_03@hotmail.com
TELEFONO CÉLULAR: 0993313601

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Francisco Sinche Fernández

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Igor Vivanco Muller, Mg. Sc.	(Presidente)
Dr. Darwin Quiroz Castro, Mg. Sc	(Vocal)
Dr. Byron Enrique Pinto, Mg. Sc.	(Vocal)

DEDICATORIA

El presente trabajo fruto de mi esfuerzo y dedicación académica lo dedico a mis hijos y familiares que me han brindado el apoyo permanente durante esta etapa de mi vida

Así como también quiero dedicar este trabajo a mis amigos que de una u otra forma me han sabido brindar sus muestras de apoyo, en procura de lograr los objetivos y metas propuestas.

Al final quiero dedicar el presente trabajo como una obra digna de ser leída y analizada para ser aplicada en el campo del derecho.

Héctor Muriel

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento le quiero dar a Dios quien me ha dado la inspiración espiritual para continuar en mi preparación superior, así también dejo mi agradecimiento a la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja en carrera de Derecho por haberme brindado la oportunidad de optar mi profesionalización en derecho.

Agradezco a los distintos docentes que durante los módulos me brindaron la orientación y ayuda profesional para lograr culminar cada uno de los módulos.

Así también agradezco a mi Director de tesis por el trabajo de asesoramiento que realizo.

Héctor Muriel

1. TÍTULO

“DOSIMETRÍA DE LA PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 170”

2. RESUMEN

Es fundamental el tratamiento de la Dosimetría de las penas previstas en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal y afectada por el contenido del artículo 13 del mismo cuerpo legal, en razón de ser desproporcionadas, lo que atenta contra el principio de proporcionalidad entre el acto injurídico y la pena a imponerse, previsto en la Constitución de nuestro país.

La problemática abordada no es solamente desde el punto de vista de la pena sino también de la redacción e interpretación de la norma, ya que la misma es de aquellas de tipo abierto, en donde puede caber cualquier tipo de inconducta que se acerque o asemeje al concepto básico de abuso sexual, lo que contraía preceptos específicos del Código Orgánico Integral Penal, como es el de la prohibición de la interpretación extensiva o de la utilización de la analogía, lo que se conoce como la creación de nuevas figuras delictivas o delitos.

De acuerdo a estudios realizados las infracciones sexuales son las de mayor abundancia en el convivir social, ya por la precocidad sexual de los niños, niñas y adolescentes y por los avances tecnológicos que facilitan informaciones deformadas y mensajes libidinosos que influyen en forma negativa al desarrollo psicosexual de la raza humana.

Todo esto obliga al legislador ecuatoriano a ser más cauto con la penalización de las infracciones del abuso sexual, no siendo recomendable, por anti técnico jurídicamente, la generalización de las infracciones del abuso sexual, ya que todas no tienen la misma peligrosidad, repercusión psicológica negativa en la víctima, ni tampoco obedece al objeto de la pena.

2.1. ABSTRACT

Treatment docimetry penalties under Article 170 of the Code of Criminal Integral and affected by the content of article 13 of the same Code, by reason of being disproportionate, which violates the principle of proportionality between the act is essential injurídico and the penalty to be imposed, as provided in the Constitution of our country.

The problem is not addressed only from the point of view of the penalty but also the drafting and interpretation of the rule, since it is one of those open-ended, where it can fit any type of misconduct that approaches or resembles basic concept of sexual abuse, which contracted specific provisions of the Code of Criminal Integral, such as the prohibition of extensive interpretation or use of the analogy, what is known as the creation of new offenses or crimes.

According to studies sexual offenses are the most abundant in the social live, and the sexual precocity of children and adolescents and technological advances that provide distorted information and lewd messages that negatively influence the psychosexual development of the human race.

All this forces the Ecuadorian legislature to be more cautious with the criminalization of offenses of sexual abuse, not being recommended, technical anti legally, widespread violations of sexual abuse, as all are not equally dangerous, negative psychological impact the victim, nor obey the object of the sentence.

3. INTRODUCCIÓN

La palabra proporcionalidad tiene como significado la disposición, conformidad o correspondencia debida entre las cosas relacionadas entre sí; y en matemáticas, en forma sencilla, se determina a la proporcionalidad como la correspondencia de las magnitudes en forma directa o inversa, lo que se conoce como inversamente proporcional.

Es indudable que esto nos traslada a un ideal de estado o acción de equidad, de igualdad, conceptos que son sinónimos y de frecuente uso en el derecho y más aún del legislador, autoridad representante del pueblo que plasma en las leyes, fundamentalmente en el derecho penal, conceptos, ideas, conductas, penas, atenuantes y agravantes de las conductas.

Este difícil actuar de los legisladores siempre esta guiado u obedece a una preconcebida política criminal, sin desconocer los deslices o errores que se cometen al momento de plasmarse en una norma, en una ley; deslices o errores que influyen o menoscaban los derechos humanos y por ende los derechos constitucionales, en el presente caso el del bien preciado de la libertad corporal, razón más que suficientes para la justificación de este trabajo.

La transición de nuestro país, de un Estado Social de Derechos a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es de inconmensurable significación para los derechos humanos, ya que la Constitución tiene como fin y motivo la protección del ser humano y su buen vivir. Este doble objetivo tiene múltiples aristas y por ende diversas acciones, siendo la que nos interesa, en este estudio, el de las leyes, específicamente las del Código Orgánico Integral Pernal, cuerpo legal que está en vigencia desde el año 2014, y que por ende se encuentra en un estado o situación de naciente acoplamiento o aplicación, tanto para la sociedad como para los

operadores y usuarios de la justicia lo que, naturalmente, comienza a desnudar la falencias o incongruencias de este nuevo cuerpo normativo, que inclusive llegan a la violación de preceptos constitucionales y por ende de los derechos humanos, como ya se ha indicado anteriormente.

Básicamente los derechos humanos están protegidos por las leyes del orden penal, ya que salvaguardan y regulan la libertad, protegen la vida, la integridad física, la honra, la indemnidad sexual, etc., y estas tienen como estandarte el principio constitucional del debido proceso, que a la razón del derecho comparado y de la doctrina se la determina como la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva no solamente protege los derechos del ciudadano procesado, del abuso del poder del Estado, también protegen los derechos de la víctima y regulan el actuar de la función judicial.

En lo que respecta al objeto de nuestro estudio, tiene incidencia dentro del principio constitucional de la proporcionalidad, ya que el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la Republica sostiene, que, "*La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"*[1], esto en directa relación con el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral penal dice:

> "*Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años".*[2]

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el

[1]Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008. Art. 76
[2]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica, Quito 2014. Art. 170

significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años"; a esto debemos sumar el contenido del artículo 68 del Código de la Niñez y Adolescencia que en razón el abuso sexual define;

> *"… para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencias de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolecente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio…".*[3]

Nótese que, a la razón de la redacción de los artículos anteriores el tipo penal es abierto, ya que por abuso sexual la doctrina y parte de la legislación comparada, se la confunde con la violación y el estupro, teniendo una visión más próxima a la penalizada por nuestra legislación penal la definición del Abuso deshonesto, traída por el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del profesor Manuel Osorio, que manifiesta:

> *"Delito consistente en cometer actos libidinosos con persona de uno u otro sexo, menor de cierta edad, privada de la razón o de sentido, o mediante el uso de la fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal. Este delito se agrava cuando el sujeto activo es un pariente en determinado grado, un sacerdote o un encargado de la educación o guarda del sujeto pasivo".*[4]

[3] Código de la Niñez y Adolescencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005. Art. 68
[4] Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Océano. 2008, Pág. 31

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

Es imprescindible tener claros los conceptos básicos de esta investigación, razón por la que se tratará las definiciones de: proporcionalidad, correspondencia, equidad, razonabilidad, Dosimetría, política criminal, abuso sexual, la pena, derechos humanos, métodos de interpretación de la ley penal, y discrecionalidad legislativa.

4.1.1. Proporcionalidad

Esta palabra deviene de la palabra proporción que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: "*Disposición, conformidad o correspondencia debida entre las partes de una cosa con el todo o entre las cosas relacionadas entre sí".*[5]

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del profesor Manuel Osorio la define *"como la disposición adecuada entre las partes y el todo, entre los integrantes o componentes de algo".*[6]

Es la magnitud medible que guarda estrecha relación entre dos partes, que por un lado si en la una aumenta en la otra debe disminuir guardando la armonía o equidad de un todo.

> *"La acción y efecto de corresponder o corresponderse; la que existe o se establece entre los elementos de dos conjuntos cuando, además de ser unívoca, es recíproca; es decir, cuando a cada elemento del segundo conjunto corresponde, sin ambigüedad, uno del primero*".[7]

---

[5] Diccionario de la Real Academia de La Lengua. Editorial Esparta. México. 2008. Pág. 1112
[6] Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas. Editorial Español. Madrid. Pág. 254
[7] Diccionario de la Real Academia de La Lengua. Editorial Esparta. México. 2008. Pág. 385

Equidad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la concreta como, *"bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar. O fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley"*.[8]

Entendiéndose de esta manera que hay que guardar la relación lógica entre uno y otro sin favorecer a ninguna de las partes.

En tanto el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales sostiene que es *"justicia distributiva: es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. Moderación en la aplicación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra. Principios generales que deben guiar la facultad discrecional del juez"*.[9]

Razonabilidad, deriva de razón, que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como *"acto de discurrir el entendimiento; argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa; justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas"*.[10]

En tanto el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, dice *"la verdad; la certeza de un caso; argumento; alegato; demostración; prueba de algo; explicación; causa, motivo, móvil; derecho para proceder; justicia de un acto; relación; proporción; apoyo de la ley en un litigio; fallo favorable en una resolución judicial".*[11]

Finalmente, sobre Dosimetría no existe una definición en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ni tampoco en el diccionario

[8] Diccionario de la Real Academia de La Lengua. Editorial Esparta. México. 2008. Pág. 572
[9] Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas. Editorial Español. Madrid. Pág. 372
[10] Diccionario de la Real Academia de La Lengua. Editorial Esparta. México. 2008. Pág. 1146
[11] Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas. Editorial Español. Madrid. Pág. 803

Jurídico, pero esta palabra es utilizada en la doctrina, definiéndola de diversas formas, pero con un solo contenido o núcleo, que es de la relación entre el hecho injurídico y la cuantificación de la pena.

4.1.2. Política criminal

El jurista mexicano Eduardo Martínez Bastida en el prólogo de su libro Política Criminológica hace un importante recuento y pretende alguna precisión conceptual manifestando que:

> *"Cuando hablamos de Política Criminal nos referimos al concepto utilizado en 1973 por Kleinsrod, por Feuerbach en 1801, por Henke en 1823, por Mittermaier en 1836, por Holzendorff en 1871 y Prins en 1886 y que se refiere, básicamente a todas las acciones que el Estado toma para reprimir la violencia intersubjetiva en su forma de actividad criminal, dicho en otros términos, la Política Criminal es la ingeniería de construcción de mecanismos de poder punitivo y control social.*
>
> *La política Criminológica se refiere a la disciplina que tiende a la prevención de violencia intersubjetiva y violencia estructural, que el propio Estado ejerce sobre sus ciudadanos, principalmente cuando se vale del Derecho Penal, es decir son estrategias a tienden a frenar la criminalidad y los procesos de criminalización primaria y secundaria".*[12]

En este marco, el profesor mexicano hace algunas consideraciones epistemológicas para preferir una denominación de Política Criminológica a la de una Política Criminal por las siguientes consideraciones:

- "*La Política Criminal entraña un discurso que legitima al poder punitivo mientras que la Política Criminológica implica un discurso de deslegitimación de tal poder;*
- *La Política criminal tiene por objeto la represión de la violencia intersubjetiva y el objeto de la Política Criminológica es la prevención de la violencia intersubjetiva y estructural;*
- *La Política Criminal tiene como sujetos de sus acciones a los gobernados y los sujetos de la reflexión Político Criminológica son*

[12]Martínez Bastidas Eduardo. Política criminológica. Medellín: Editorial: Andes, 2007. Pág. 38

tanto el Estado como los gobernados, finalmente las acciones de la Política Criminal crean mecanismos de control social y poder punitivo y las reflexiones científicas de la Política Criminológica tienden a frenar los procesos de criminalización a fin de lograr es establecimiento de un modelo de Derecho Penal Mínimo y Garantista".[13]

De esta forma podemos distinguir claramente que mientras la política criminal es el conjunto de normas del estado que busca determinar la sanción para quien infringe la Ley concomitantemente se tiene que la política criminológica se encuentra en la búsqueda de prevenir las acciones criminales.

4.1.3. Abuso sexual

Está definido por el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal (2014) cuando sostiene *"La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal…".*[14]

Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencias de naturaleza sexual, a los que se somete a un niño, niña o adolescente, aún con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio.

En tanto Smirnova Calderón, Doctora en Jurisprudencia, especializada en Prevención contra Delitos Sexuales. Actualmente, ejerce el cargo de Agente Fiscal de la Unidad de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, en la página web, Derecho Penal.com, sostiene que:

[13]Martínez Bastidas Eduardo. Política criminológica Medellín (2007) Editorial: Andes. Pág. 37
[14]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica Quito 2014, Art. 68

"El abuso sexual es toda conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: A la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales, o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar, expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad. Esta asume muchas formas: físicas y psíquicas, Por ejemplo cuando alguien:

- *Le obliga a tener relaciones sexuales a la fuerza.*
- *Utiliza el chantaje en la escuela, en la casa y/o en el trabajo para conseguir favores sexuales.*
- *Le hiere físicamente durante el acto sexual, agrede sus genitales, usa objetos o armas a nivel intravaginal, anal y oral.*
- *Le obliga a tener sexo con otras personas o le obliga a que vea a otras personas tener relaciones sexuales.*
- *Le hostiga sexualmente en la calle, en el trabajo, en la casa, en la escuela, en el colegio o en la universidad.*
- *Le obliga al sexo cuando no está completamente consciente, sin consentimiento o cuando tiene miedo.*

En el abuso sexual el agresor generalmente es conocido y aprovecha su condición de parentesco, amistad o relación laboral con la víctima.".[15]

Resumiendo el significado el abuso sexual, tenemos que es el acto por el cual se tiene relaciones sexuales en contra de la voluntad de cualquiera de las partes entendiéndose que puede ser entre adultos (as), adultos(as) – niños(as), adolescentes(as) – niños(as), niños(as) – niños(as).

4.1.4. La pena

Desde que se tiene noción del delito, surge como su consecuencia una sanción constituyendo los elementos del clásico tríptico derecho Penal: delito, delincuente y pena., e históricamente aparejada a él, la idea de sancionar, dando lugar al nacimiento de la pena

La pena, presenta un doble aspecto significa una amenaza, y constituye una ejecución, considero como pena de prevención y el de represión.

[15] Smirnova Calderón. Derecho Penal. Quito: Editorial de estudios y Publicaciones, 2008. Pág. 65

Deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia a la inobservancia de las leyes, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose sólo a uno de los momentos. La pena, no es solamente un mal, sino que también adquiere un neto carácter represivo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo con la prisión preventiva y el arresto de testigos, que también son males pero que no adquieren aspectos represivos; para comprender mejor es necesario traer lo que el Diccionario Jurídico Anbar sobre la pena:

> *"…es entendida por GOLDSTEIN como la disminución de un bien jurídico con que se amenaza y se aplica a quien viola un precepto legal, como consecuencia de tal violación./ KELSEN dice que el ordenamiento jurídico se diferencia de los ordenamientos religiosos y morales por su carácter coercitivo, mediante una sanción eminentemente para aquel que viola la norma jurídico-penal./ Para algunos como PETROCELLI, la pena no es acto de amor ni acto de odio: es acto de justicia, y como tal, por encima no sólo del odio sino también del amor./ La Escuela Clásica entendió la pena como una sanción para el hecho cometido; CARRARA sostuvo que la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad".*[16]

La Escuela Positivista estimó a la pena como a una medida de seguridad que atiende al futuro de reo y de la comunidad, los fines de la pena para esta escuela serían: la enmienda, la eliminación y la defensa./ De modo general en doctrina al estudiarse las funciones de la pena –o del sistema penal- nos encontramos frente a dos corrientes contrapuestas, una la Teoría absoluta de la pena, que sostiene que la pena no tiene un fin específico, que ella se impone como retribución o expiación del mal causado; y la otra corriente llamada Teoría relativa de la pena, que afirma que el fin de la pena misma es evitar la realización de futuros delitos, mediante la intimidación de terceros (prevención general) o mediante el mejoramiento del agente mismo (prevención especial).

> "*La tercera oposición de las dos corrientes ha dado lugar a la teoría unitaria, para cuyos sostenedores la pena es retribución y que sus*

[16]Anbar, Diccionario Jurídico, con legislación ecuatoriana. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Quito – Ecuador; Año 2004. Pág. 58

fines han de ser alcanzados dentro de los límites establecidos. Expuesta así la problemática de la pena, los partidarios de las dos primeras teorías, responden a preguntas diferentes, de allí que sus respuestas son también distintas (al respecto, ROSS expone con claridad, que cuando se dice que se pena para prevenir delitos, se responde a la pregunta: ¿cuál es el fin de la legislación penal?; cuando se dice que se pena porque el reo está incurso en una culpa jurídico-moral, con esto se responde a la pregunta: con cual motivación jurídico moral se impone la pena".[17]

La pena es la disminución del bien jurídico protegido, sanción por parte de la autoridad competente después de un determinado procedimiento jurídico, por haber faltado a lo que determina la Ley, transgresión a la norma que trae consigo la sanción correspondiente.

4.1.5. Derechos Humanos

Habitualmente, se los definen como facultades inherentes a las personas irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

La doctrina teórica de tales derechos ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los derechos humanos. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. Los derechos negativos, como el derecho a la intimidad o a no sufrir tortura, se definen exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia; los derechos positivos, por el contrario, imponen a otros agentes, tradicionalmente –aunque ya no de manera exclusiva– el Estado, la realización de determinadas actividades positivas. Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produjo o produce su reivindicación.

[17]Anbar, Diccionario Jurídico, con legislación ecuatoriana. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Quito – Ecuador; Año 2004. Pág. 54 y 55

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del profesor Manuel Osorio, sostiene:

> *"Cuando de derechos humanos se habla por diplomáticos, políticos y periodistas se hace referencia casi siempre a una transgresión supuesta o real del respeto que el hombre merece como individuo, como ciudadano y como integrante de la comunidad universal. De manera más singular aun, tales violaciones se denuncian en algunas repúblicas iberoamericanas que han padecido procesos demagógicos o soportan el flagelo de la subversión social, con reacciones vehementes, de las que no pueden estar ajenos ni el error frecuente ni siquiera el exceso cuando los represores no sólo sirven la vindicta pública, sino que también encuentran satisfacción corporativa de una venganza específica".*[18]

En tanto que el diccionario Jurídico Anbar manifiesta:

> *"En la actualidad ha tomado fuerza a nivel mundial esta denominación que garantiza los derechos fundamentales del individuo con el objeto de protegerlos frente al poder del Estado que en uso de la fuerza tiende a extralimitarse en sus atribuciones violando los principios más elementales de la condición humana, como son el derecho a la libertad, a la igualdad ante la ley, al trabajo, al de expresión, reunión asociación, libertad de pensamiento, etc. Los regímenes de facto son los principales violadores de estos principios".*[19]

Se tiene que desde tiempos determinados después de la segunda guerra mundial se creyó necesario establecer un organismo que vele por los derechos de los hombres, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las leyes por el constante abuso de poder del estado, ya que este es el único que viola estos derechos en contra de ser humano.

4.2. Marco Doctrinario

4.2.1. Métodos de interpretación de la ley penal

La expresión *"interpretar proviene del latín interpretan y éste de interpres, que significa mediador o agente; así, interpretar es aclarar o determinar el*

[18]Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas. Editorial Español. Madrid. (2008) Pág. 313
[19]Anbar, Diccionario Jurídico, con legislación ecuatoriana. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Quito – Ecuador; Año 2004. Pág. 155

alcance",[20] la orientación o sentido de un texto legal, cuando este se va a aplicar a un caso particular.

Partiremos del procedimiento analítico que se dirige a descubrir o aclarar el exacto y verdadero sentido de la norma, precisa su contenido, determina su alcance. En sentido lato es la teoría que deduce el texto de los símbolos activos presentes en el tipo penal y de loa cuales tenemos los siguientes tipos:

Gramatical: *"Aclara el significado gramatical de las palabras utilizadas en la norma, la labor de interpretación atiende únicamente a la letra de la ley"*[21].

Histórica: El intérprete se sitúa en el momento histórico en que la norma fue expedida, para así indagar "la mente" del legislador; se estudia el sentido de las normas e instituciones de la época en que fue expedida la norma interpretada.

Lógica: Aplicación del texto legal a la institución a que se refiere, a la ley general de la que forma parte y aún al sistema jurídico total.

Sistemática: Análisis orgánico del contenido del texto en relación con el caso planteado o a la duda creada.

Ahora según la índole del intérprete tenemos:

Auténtica: Es la definición realizada por el legislador; generalmente se realiza por medio de la expedición de una nueva ley, que fija el sentido de

[20]Puyo Jaramillo Gil Miller; "Diccionario Jurídico Penal"; Ediciones Librería del profesional; Bogotá – Colombia: año 2004. Pág. 376

[21]Chico Peñaherrera Reinaldo, Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano. Azuay: Editorial Amazonas, 1981. Pág. 287

una ley oscura; no se establecen disposiciones o conceptos legislativos nuevos; tan solo se determina el alcance y sentido de la ley descifrada.

Interpretación usual o jurisprudencial*:* La realizada por jueces y magistrados, al comparar el contenido de la norma legal con la hipótesis concreta sometida a su conocimiento; no tiene validez ni efectos generales, tan solo se impone a los intervinientes en el respectivo proceso, que quedan sometidos y obligados por la sentencia.

El Juez tampoco se ata a sus propias decisiones, en el futuro puede variar la interpretación realizada en una sentencia; tampoco está obligado por las decisiones de otros jueces, así sean estos sus superiores jerárquicos. Es por lo anterior por lo que el artículo 230 de la C.N., consagra el principio de la independencia absoluta del juez: *"Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley".*[22]

Interpretación doctrinal: Es realizada por escritores y juristas. Suministra al legislador y al juez la base conceptual y las nociones indispensables para la redacción y aplicación normativas.

Esta interpretación no tiene coercitividad vinculante, pues cumple funciones estrictamente orientadoras; por lo anterior, la doctrina puede emprender, en forma adicional, el estudio crítico de la norma penal vigente, denunciando sus deficiencias técnicas en orden a sus posteriores modificaciones.

Según el alcance de la interpretación:

Interpretación estricta: La literal limitada a los casos e hipótesis previstos de manera expresa por la ley, y reduce el campo de aplicación a casos determinados; las enumeraciones taxativas son de interpretación estricta,

[22]Código de la Niñez y Adolescencia. Corporación de estudios y Publicaciones. Quito, 2005. Art. 230.

lo mismo que las excepciones consideradas expresamente por el legislador.

Interpretación extensiva: La interpretación aplicada a casos similares descubiertos por el intérprete. Se amplía el contenido y alcance de la fórmula legal para hacerla comprender hipótesis no consideradas en forma expresa por el legislador. Inducen a la interpretación extensiva las enunciaciones ejemplificativas o casuistas que por ventura han pretendido eliminar tanto el Código de 1980 como el nuevo Ordenamiento sustancial. Esta interpretación incluye otras acepciones permitidas por el tenor literal de la norma, pero sin sobrepasarlo, por ello no violenta el principio de legalidad; por el contrario, si la interpretación de la norma se extiende más allá de las acepciones permitidas por su contenido literal, estaremos frente a la analogía propiamente dicha, que si no versa sobre materias permisivas (art. 6, inc. 3o del CP.) constituye flagrante violación del referido principio.

Interpretación declarativa: Establece perfecta congruencia entre el sentido de la ley y su contenido. Se realiza cuando el entendimiento de la norma es unánime e inequívoco, y el sentido de las palabras utilizadas en el texto es unívoco. Esta forma de interpretación se puede considerar como objetivo dogmático ordenado en forma implícita para la ley penal, dada su congruencia con el principio de la tipicidad enunciado en los artículos 3o (CP. de 1980): "*La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca", y 10 incisos los del nuevo Código: "La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal*".[23]

Creo necesario indicar que pese a que el artículo 13.3 del Código Orgánico Integral Penal prohíbe la utilización de analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que

[23]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica, Quito 2014.

permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos, nuestra jurisprudencia si ha utilizado la analogía, en casos emblemático o políticos “in malampartem”, y en otros "in bonampartem", por lo que creo procedente el acceder a la utilización de la analogía en el derecho penal, la que denota proporción, relación o semejanza entre dos conceptos jurídicos.
Consistente en la solución de un caso planteado, no regulado en la ley, en forma similar a otro caso previsto expresamente. Al presentarse una hipótesis no regulada, se intenta, en el ordenamiento, una norma que prevea supuestos de hecho semejantes.

La noción se fundamenta en el principio de interpretar algún texto, según el cual, "*donde exista una misma razón de hecho debe haber una misma disposición de derecho*"[24]; la doctrina ha realizado algunas clasificaciones siendo las más frecuentes:

a) Según el alcance de la interpretación analógica.

- Analogía *Legis:* El caso planteado se resuelve acudiendo a un precepto legal que prevea supuestos de hecho semejantes.
- Analogía *Juris*: Se acude al análisis sistemático del ordenamiento jurídico, visto como unidad.

b) Según los efectos que produzca en la situación del procesado

- Analogía "in malampartem": Agrava la situación del procesado en cuanto a la punibilidad, o su específica situación procesal.
- Analogía "in bonampartem": En virtud del proceso analógico surgen eximentes, atenuantes, causales de extinción del delito o de la pena y en general, circunstancias que favorecen la situación del procesado.

[24]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica, Quito 2014.

Como principio general en materia penal, la analogía ha sido tradicionalmente proscrita, por ser violatoria del principio de legalidad de los delitos y las penas; así lo establece el artículo 13.3 del Código Orgánico Integral Penal, ya que *"sólo se puede ser objeto de imputación penal por delito o conducta previamente definida en la ley penal, sin embargo en otras materias, la analogía, si es aplicable",*[25] y en la misma ley penal, cuando esta es favorable al reo y así tenemos los siguientes efectos:

- La analogía *in malampartem*es rechazada en forma absoluta; la analogía *in bonampartem*se admite bajo limitaciones normativas: no viola el principio de legalidad y desarrolla cabalmente el principio de favorabilidad.
- De acuerdo con la redacción de la norma reformada, la analogía que producía efectos favorables al procesado o condenado *-in bonampartem-* se admitía con reservas, debiendo incorporarse el principio de favorabilidad como una de las denominadas "excepciones legales". La nueva norma autoriza con mayor claridad esta forma de analogía frente a la ley permisiva o favorable. Esta concepción se basa en el postulado, según el cual, el principio de legalidad se erige como una garantía de la libertad individual, por lo que su adopción no puede impedir la analogía, que tiene por finalidad la comprensión y extensión de dicha libertad.
- El tratamiento jurídico-penal de la analogía es desarrollo del principio de legalidad estricta, que tiene su justificación exclusiva como instrumento de garantía en favor, protección, beneficio, seguridad y libertad del imputado, por lo cual, la prohibición de aquélla sólo puede comprender los aspectos desfavorables al reo.

[25]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica, Quito 2014.

4.2.2. Breve historia de la pena

> *"La filosofía o la ideología de las teorías de la pena es, desde el punto de vista del presente trabajo, el conjunto de ideas que tienen la pretensión de legitimar una determinada limitación de la libertad mediante ejercicio del ius puniendi en un Estado de Derecho".*[26]

Tales ideas reconocen, por un lado, un concepto de la criminalidad dentro de un orden social determinado y, por otro, una noción de la reacción contra ella por medio de la privación de derechos del autor del delito, es decir mediante la pena u otros medios del derecho penal, a través de los cuales el Estado está autorizado a restringir la libertad de los ciudadanos para garantizar los derecho a todos y cada uno.

"En el marco constitucional del Estado de Derecho democrático actual las teorías de la pena expresan la función del derecho penal en una sociedad basada en la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona".[27] En este sentido es indudable que las teorías de la pena son también la expresión de una ideología. Pero, en todo caso, no pretenden enmascarar la realidad, sino revelarla.

La ideología del derecho penal, en consecuencia, es una ideología de la libertad como lo son también otras concepciones del mundo, como, por ejemplo, el libre comercio o el colectivismo, la economía dirigida o la función social de la propiedad en el ámbito de la economía, que también comportan límites más o menos amplios de la libertad en la actividad humana. Sería erróneo creer que de esta manera sólo se explica la pena privativa de la libertad, pues también la pena de multa y la de inhabilitación implican limitaciones (indirectas) de la libertad de las personas.

> *"Esta visión de la ideología del derecho penal presupone la aceptación de la legitimidad del Estado democrático de derecho*

[26]Abarca Galeas, Luis. (2011). Lecciones de Procedimiento Penal; Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito – Ecuador; Año 2011. Pág. 48.
[27]Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009. Pág. 64.

establecido en las Constituciones democráticas modernas. Un auténtico discurso ideológico del derecho penal, en el sentido señalado, existió probablemente siempre, Protágoras, Sófocles, Aristóteles, Platón y Séneca son ejemplos del mundo antiguo y demuestran la persistencia histórica del problema".[28]

La parte esencial del derecho penal es el control para poner límite a la libertad en una sociedad. Los principios de un derecho penal es la reducción de la criminalización, en ciertos ámbitos, mediante discursos anti demagógicos esta frente a frente con las tendencias afectuosas de los legisladores.

La pena es ciertamente necesaria, *en sentido del Art. 8 de la Declaración de Derechos Humanos; concretamente: ¿necesarias para las respuestas a esta pregunta pretenden aclarar* hasta dónde y en qué condiciones el Estado está autorizado a reprimir a quienes vulneran los límites de la libertad mediante comportamientos socialmente dañosos previstos en la ley penal.

No es posible tratar en el reducido espacio de investigación abordar ambas cuestiones Concentraré la exposición en la *ideología de la pena.* La pregunta que debe ser respondida, entonces, es: ¿qué puede hacer legítimamente el Estado con el autor de un delito?

Ya en el siglo XVII, se elaboró un primer discurso del derecho penal en este sentido que se llevaría luego a la práctica en el Estado Moderno. La premisa básica del mismo consistió en excluir de la potestad del Estado la venganza. Por lo tanto, hizo necesario diferenciar conceptualmente la pena de la venganza que correspondía al estado natural, en el que «la libertad es entendida como la ausencia de todo obstáculo». La pena, por el contrario, es considerada como una institución del Estado, es decir, del derecho de una sociedad en la que «el individuo tiene derecho sólo en tanto él reconozca los derechos de los otros». Por tanto, sólo una pena

[28]Martínez Bastidas Eduardo. Política criminológica. Medellín: Editorial: Andes, 2007. Pág. 65.

orientada a un fin legítimo, se estimó, podría ser diferenciada de la venganza y considerada una legítima limitación de la libertad. El fundamento de esta moderna ideología penal *provenía del derecho de la guerra y la paz. Hugo* GROTIUS explicaba en el capítulo XX de su famoso tratado De iure Belli Ac Pacis (1625) que «en la consideración de las causas que puedan dar comienzo a una guerra hemos dicho que son la reparación y daño o la pena»".

El fundamento de la pena, decía Muñoz Conde, es la razón de la naturaleza misma de las cosas: *"Contradice la naturaleza de los hombres que se relacionan con otros hombres para satisfacerse con el dolor ajeno como tal. Cuanto menos poder racional tiene el hombre, tanto más tiende a la venganza".*[29] Probablemente esta es la razón por la cual la respuesta penal ha sido asumida en forma monopólica por el Estado, convirtiendo al derecho penal en derecho público, en el que la relación jurídica se establece entre el Estado y el delincuente. A diferencia del Derecho medieval, la víctima sólo tenía en el marco del conflicto penal un papel procesal limitado a la reparación del daño causado por el delito.

«Pienso —agregaba Muñoz— que la pena debe contemplar la utilidad del que ha pecado o de aquél cuyo interés es que no se peque, o de algún otro». Y concluía:

> *"El fin, de que el lesionado no sufra nuevamente lo mismo, puede ser alcanzado de tres maneras: primera, excluyendo al delincuente; luego quitándole la fuerza que le permite lesionar; finalmente, enseñándole, mediante la aplicación de un mal, que no debe pecar [...]. Para que otros no repitan la lesión la pena debe ser pública y visible; entonces se podrá tomar ejemplo de ella".*[30]

---

[29]Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia – España; Año 2009. Pág. 69.
[30]Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia – España; Año 2009. Pág. 74.

La capacidad legitimante de la *finalidad preventiva,* es decir, lo que hasta entonces permitía diferenciar la pena de la venganza, fue puesta en tela de juicio a fines «del siglo XVIII. El idealismo alemán se diferencia del iluminismo en que la diferencia entre pena y venganza debe ser consecuencia de la *dignidad de la persona:* la pena es un fin en sí misma y no puede ser un medio para alcanzar otros fines. En este contexto toda finalidad preventiva carece de legitimidad. Dicho de otra manera: cam*bia* la manera en la que el autor del delito debe ser tratado por la sociedad. La dignidad de la persona debe operar como un límite a la fundamentación del Derecho penal en la razón instrumental. Por tanto, *lo que justifica la pena, es decir la reducción de la libertad, es la justicia de la misma, su proporcionalidad con el mal causado por el delito.* Con otras palabras: su proporcionalidad con la culpabilidad del autor: *"El efecto jurídico de la culpabilidad —decía Kant— es la pena (poena)".*[31]

No es pensable ningún derecho de castigar a una persona en concretó a causa de todos los delitos posibles de otro, ni de usar a la persona, que es un fin en sí mismo, como medio para un fin que le es ajeno.

La idea entrevista por Kleinschrodfue plasmada en toda su dimensión poco después por KANT*:*

> *"La pena jurídica (poena jurídico)….distinta de la natural (poenanaturalis), no puede nunca ser impuesta como medio de favorecer bienes de otro, del delincuente mismo o de la sociedad, sino que tiene que serle impuesta porque él ha delinquido; pues la persona nunca puede ser manipulada por las intenciones de otro ni mezclada con los objetos de los derechos reales, contra el cual se protege su innata personalidad, aunque pueda ser condenado a sufrir una pena civil".*[32]

---

[31]Vaca Andrade Ricardo; "Manual de Derecho Procesal Penal", cuarta Edición; Corporación de Estudios y Publicaciones; Año 2009. Pág. 295.

[32]Pabón Parra Pedro Alfonso; Manual de Derecho Penal"; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá - Colombia; Año 2013. Pág. 116.

"El principio de justicia pública, por lo tanto, no puede ser otro que la igualdad entre el daño causado y mal sufrido como consecuencia, lo que significa que «sólo el derecho retributivo (el iustalionis) [...] puede determinar la cantidad y la cualidad de la pena». Cualquier otro principio sería inadecuado a la «pura y estricta justicia». El criterio de la legitimidad de la pena, ya no es su finalidad, sino la justicia irrenunciable de la retribución equivalente al mal causado".[33]

La idea de justicia y de persona como fin en sí mismo, sin embargo, no impedían a *Kant* mantener las conclusiones drásticas ya defendidas por Rosseau *respecto de la exclusión del* delincuente del Estado, pensaba en tal sentido que:

"Todo malhechor que ataque al derecho social deviene por su deserción rebelde y traidor a la patria [...] tal enemigo no es una persona moral, es un hombre y el derecho de la guerra concede matar al vencido. Y Kant sostenía en esa línea que Aquellas infracciones de la ley pública que hacen al que las comete incapaz de ser ciudadano del Estado, se denominan simplemente crimen".[34]

También coincidían en relación a la pena de muerte, y en la consideración del penado como un esclavo.

"El Estado debe hacer valer no sólo el concepto de delito, sino la «racionalidad formal». De ello se deduce, a mi entender, que si la acción expresa la voluntad del delincuente, éste será HONRADO como un ser racional con la pena que es su propio derecho, dado que ella está ya contenida en dicha voluntad: él quiere sabiendo que lo querido acarrea la pena; él decide merecer la pena por su acción. Por tal razón, este HONOR sólo puede brindársele si el concepto y la medida de su pena se refieren a su hecho".[35]

De lo contrario sería tratado como un animal dañino que hace daño físico o moral. Tampoco se honraría al delincuente si la pena se aplicara con el fin de intimidar o de educar al delincuente. En suma: también Hegel

[33]Cárdenas García Luis Alfredo; Principios de la Jurisprudencia Bogota-Colombia: Editorial Andino, 2005. Pág. 68.

[34]Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009. Pág. 254.

[35]Abarca Galeas, Luis. (2011). Lecciones de Procedimiento Penal; Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito – Ecuador; Año 2011. Pág. 185.

rechazó expresamente la idea de Feuerbach pues entendía que la pena como amenaza desconocía al ser humano libre y que esto excluía su juridicidad.

> *"El legislador estaba vinculado por el imperativo de justicia y ello le impedía imponer al autor del delito, como pena, un mal superior al mal causado, aunque fuera preventivamente necesario. Las finalidades preventivas de la pena, que habían cumplido su función para diferenciar la pena de la venganza, cuya falta de límites Kleinschrod ya objetaba a la tesis de Feuerbach, se tornaban ahora ilegítimas limitaciones de la libertad".*[36]

El Derecho penal de la primera mitad del siglo XIX, por lo tanto, se basaba en una distinción entre pena, por un lado, y seguridad o defensa de la sociedad ante el peligro de futuros delitos, por otro. El derecho penal debía limitar la libertad sólo en la medida del mal causado por el autor, su dirección temporal debía ser el pasado, *no la prevención de futuros delitos.* La defensa anticipada de la sociedad quedaba fuera de la legítima función del Derecho penal. Ejemplo:

"Feuerbach al comienzo de la revisión de los Conceptos Fundamentales del Derecho Penal en 1799, antes de formular su teoría de prevención general, expuso una premisa importante: la pena diferencia de la seguridad y la defensa".[37]

La función del derecho penal, en suma, debía ser distinta de la función policial de prevención.

> *"Nosotros queremos dejar totalmente de lado la pena retributiva [...]. La idea de fin, que hasta ahora nos ha guiado feliz y seguramente, tiene que continuar siendo nuestra conductora.*

---

[36]Memorias; "XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología"; Editorial LEYER; Bogotá – Colombia; Año 2006. Pág. 173.

[37]Abarca Galeas, Luis. (2011). Lecciones de Procedimiento Penal; Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito – Ecuador; Año 2011.Pág. 295.

Nuestra concepción de la pena como protección de bienes jurídicos requiere indudablemente que en el caso particular se imponga aquella pena (por contenido y extensión) que sea necesaria para la protección del mundo de los bienes jurídicos mediante ella. La pena correcta, es decir la pena justa es la pena necesaria".[38]

Detrás de este programa se encuentra la negación de la libertad del individuo y su reemplazo por la concepción determinista.

A partir de aquí se postuló una nueva dirección temporal hacia el futuro, es decir un derecho basado en la prevención.

"*La idea no era nueva. Lo nuevo era la adaptación de la prevención a las necesidades determinadas por las distintas especies de delincuentes empíricamente constadas. El Derecho penal no debe tratar de la misma manera al delincuente ocasional, al susceptible de ser reeducado o al imposible de ser reeducado*".[39]

Dicho de otra manera: el Estado estaría legitimado para limitar la libertad cuando ello sea necesario para impedir delitos futuros según la especie criminológica del autor. De esta manera la necesidad derivada del imperativo de justicia era reemplazada por la necesidad (política) impuesta por la defensa de la sociedad ante el delincuente peligroso.

"Liszt llego, inclusive, a la conclusión de que la función de la pena también puede llegar a la sustracción al delincuente inútil para la sociedad de su posibilidad física de comisión de nuevos delitos separándolo de la sociedad, en forma temporal o definitiva (selección artificial). Aquí hablamos de hacer inocuo al delincuente".[40]

La sociedad tiene que protegerse del irrecuperable; y dado que no queremos decapitarlo ni colgarlo y que deportarlo no podemos, solo nos

---

[38]Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012. Pág. 98.

[39]Carbonell Miguel; "Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales"; Cevallos Editorial Jurídica; Quito – Ecuador; Año 2010. Pág. 243.

[40]Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012. Pág. 365.

queda el encierro perpetuo (o por tiempo indeterminado). La reclusión perpetua, en fin, resulto entonces un sustituto de la pena de muerte.

Estas ideas de v. Liszt han sido la base de la revisión del derecho penal clásico incorporando a la función del derecho penal la defensa de la sociedad, otorgándole al Estado una función paralela a selección del naturalista chales Darwin que le permitirá llevar a cabo una selección artificial respecto de la especie humana, con la correspondiente reducción de la libertad que ello significaba.

El Derecho penal se convirtió en un Derecho penal de defensa social, es decir un Derecho penal que, si fuera necesario, estará legitimado para utilizar la persona del autor como medio para mantener la seguridad de la sociedad. Consecuentemente, la idea moral de persona desarrollada por el idealismo alemán fue seriamente relativizada a partir del descubrimiento de la peligrosidad.

> *"Decía Aschaffenburg, criticando lo que a su juicio era la paradoja del derecho penal del siglo XIX: Un perro que muerde, debe estar atado con una cadena; ¡desgraciado del amo que no cumpla con ello! Pero a un hombre peligroso para la sociedad se le deja libre con permiso Estado".*[41]

Esta es exactamente la comparación de la persona con el animal que iba Hegel.

El discurso defensista asumió, al menos dos formas.

> *"Por un lado se pensó que en el delito la sociedad tenía el derecho de segregar al autor por el tiempo necesario para protegerse: en esta afirmación se generó la llamada sentencia indeterminada que Jiménez de Asúa definía en su tesis doctoral en 1913comoel sistema, el cual se somete a una persona al régimen penal exactamente como un enfermo, es enviado a un hospital hasta que*

[41]Abarca Galeas, Luis. (2011). Lecciones de Procedimiento Penal; Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito – Ecuador; Año 2011. Pág. 94.

su curación sea absolutamente completa. Así se convertía a los tribunales en los cuerpos colegiados de médicos censurados por Kant".[42]

La propuesta de este discurso de segregación es la expresada en el llamado Derecho Penal de doble vía, que, junto a la pena por la culpabilidad, prevé también medidas de seguridad contra el autor peligroso (por enfermedad mental o por su demostrada tendencia reincidencia), aplicables incluso acumulativamente. De esta manera la posibilidad limitación de la libertad se amplió considerablemente.

"Medidas de seguridad — definía v. Liszt—, son medidas estatales mediante las que se procura la adaptación del individuo a la sociedad (medidas educativas y de mejoramiento) o la segregación de sociedad de los incapaces de adaptación".[43] Estas medidas deben reemplazarla cuando el autor es incapaz de culpabilidad, o completarla, cuando la pena es insuficiente para los que, después de cumplida la misma, manifiestan la peligrosidad a de la habitualidad. El medio propuesto a estos efectos fue la medida de según caracterizada con diversas denominaciones tales como internamiento en casa de trabajo, en granjas agrícolas o más modernamente custodia de seguridad.

Desde su creación las medidas de seguridad han tenido un campo común con las penas:

"Ambos institutos jurídicos explicaba v. Liszt, se relacionan como círculos secantes: la pena puramente intimidante (pena retributiva) y la pura medida de seguridad se oponen una a la otra; pero, dentro de su campo común, la medida de seguridad puede reemplazar a la pena (operar con ella vicarialmente) y viceversa".[44]

---

[42]Albán Gómez Ernesto; "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano", Décima Cuarta Edición; Ediciones Legales; Quito – Ecuador; Año 2012. Pág. 174.

[43]Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009. Pág. 208

[44]Carbonell Miguel; "Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales"; Cevallos Editorial Jurídica; Quito – Ecuador; Año 2010. Pág. 172.

Es necesario subrayar que las medidas de seguridad no se limitan a las aplicables a los declarados exentos de responsabilidad (p. ej.: incapaces de culpabilidad), como erróneamente pensó el legislador español en 1995, sino que también pueden alcanzar a personas responsables que manifiestan serios riesgos de reincidencia. La incomprensión del legislador de 1995 lo llevó a una rara mezcla de las relaciones de la pena y la seguridad frente a reincidentes y habituales, previendo para éstos un aumento de la pena, con fines puramente aseguradores, difícilmente compatible con el derecho penal de culpabilidad.

La legitimación de la reacción penal en la necesidad defensiva condujo consecuentemente también a nuevas instituciones como la condena de ejecución condicional, para las penas cortas privativas de la libertad, o la libertad condicional, que eran la consecuencia lógica de la inutilidad de la ejecución cuando ella se mostrara innecesaria.

> *"Pero, la ideología de la dirección del Derecho penal hacia el futuro, es decir preventivo, permitía, de todas maneras, serias limitaciones de la libertad, sobre todo a la franja de la estadística criminal en la que se registra la criminalidad de gravedad media y en la que probablemente se dan los casos de reincidencia estadísticamente más significativos. En la medida en la que lo necesario era también lo legítimo, la distinción conceptual entre penas y medidas perdió claridad".*[45]

Las consecuencias de las ideas de segregación y de selección artificial inspiradoras de las medidas de seguridad fueron entonces considerablemente reducidas. Los medios a través de los cuales se operó esta reducción fueron: el fortalecimiento del principio de proporcionalidad en el ámbito de las penas, la introducción del principio de proporcionalidad para las medidas de seguridad y, sobre todo, de idea de resocialización en lo concerniente a la ejecución de penas y medidas, que

[45]Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012. Pág. 142.

en España llegó a ser incorporada al catálogo de derechos fundamentales (art. 25. 2 CE).

> *"Sin embargo, el programa político criminal del proyecto alternativo alemán de 1966, que acentuó estos puntos de vista, no prescindió ni de la pena perpetua de privación de la libertad, ni de la custodia de seguridad, aunque subrayó fuertemente los aspectos de terapia social de una ejecución basada en el tratamiento. En la práctica el programa de la resocialización determinó que tanto la reclusión perpetua como la custodia de seguridad, dejaran de ser definitivamente excluyentes, dado que debían permitir que el condenado pudiera, sucesivas revisiones de su situación, reintegrarse la vida libre en la sociedad y ejecución contemplará acentuadamente aspectos de terapia social".*[46]

El programa político del derecho penal de la resocialización, formulado hace casi medio siglo, condiciona su legitimación a la comprobación empírica de la realización de sus expectativas. Pero, esta comprobación no ha sido nunca lograda satisfactoriamente.

La pena es la demostración de la validez de la norma a costa del responsable. De ello pende un mal, pero no ha cumplido su función con este efecto, sino sólo a través de la norma vulnerada. Este concepto no excluye una ejecución penal basada en el tratamiento ni la humanización del mismo.

La idea de que el Derecho penal sólo tiene la función de ratificar la vigencia de la norma vulnerada y de desautorizar la conducta que vulneró; la norma conduce aparentemente a plantear, autónomamente, la cuestión de la justificación del mal que, en el caso, es consustancial con la pena. Dos preguntas surgen de inmediato: ¿Podría el Derecho penal cumplir su función sólo mediante la expresión de la desaprobación del hecho, sin aplicar un mal al autor?, ¿Cómo se justifica que el Estado, de desaprobar el hecho, esté autorizado a infligir ese mal?

---

[46]CorcoyBidasoloMirentxu; "Manual Práctico de Derecho Penal"; Editorial Tirant Lo Blanch; Segunda edición; Valencia – España; Año 2009. Pág. 84.

Cabría pensar que acción de la norma puede ser lograda con la simple declaración pública de acción de la conducta por parte del Estado. En estos casos la aplicación del mal seria superflua y se debería renunciar a ella, o sería suficiente con una reserva de pena o con aplicar una pena leve siempre y cuando ello no signifique minimizar el bien jurídico lesionado. Tomada en un sentido estricto, por lo tanto, la teoría de la prevención general positiva debería conducir a una notable limitación del derecho penal actual. Si no se sabe para qué sirve el mal que actualmente acompaña al reproche, su necesidad devendría problemática.

> *"Pero, la cuestión no es tan simple Diversos autores piensan que, de todos modos, el mal de la pena, entendido como pérdida de derechos, es necesario para que la ratificación de la norma sea realmente eficaz (Jakobs), o porque el autor no sólo ha vulnerado el orden jurídico, sino también privado a otro de un bien importante, lo que requiere un respuesta basada en el principio de justicia (Kühl) , o porque es suficiente con esperar una contribución positiva a la prevención general (A. v. Hirsch)".*[47]

Éste es el estado de la discusión actual. Es posible suponer estemos próximos a entrar en una fase crítica en la que la ciencia penal y la opinión pública se opongan manifiestamente. Hoy parece que el público está más inclinado hacia la venganza y poco preocupado por el principio de proporcionalidad. Habrá seguramente dificultades para descubrir un punto de encuentro basado en la razón. Esto se percibe actualmente en la tendencia al populismo y al oportunismo de la legislación penal que alientan cotidianamente los medios de comunicación y que los Parlamentos adoptan con frecuencia.

En cualquier caso es conveniente señalar que la capacidad preventiva del Derecho penal es reducida. El problema de la seguridad y el de la pena se han desarrollado tradicionalmente de manera separada: la prevención requerida por la seguridad pública sólo es cumplida por el Derecho penal

[47]Grocio, Hugo. Derecho constitucional. Quito: Editorial Eliastha. 2012. Pág. 53.

en una medida menor. La prevención más eficaz es la policial cumplida en el marco de las garantías del Estado de Derecho. Es totalmente equivocado creer que la amenaza legal de penas drásticas puede por sí sola resolver el problema de la seguridad pública.

Como corolario de este capítulo me permito trascribir lo manifestado por el profesor Enrique Bacigalupo en su libro, *"Teoría y práctica del Derecho penal"*.[48]

"Hasta aquí, la descripción. En tanto el Derecho penal del enemigo no sea la recordación de un programa para el tratamiento de sujetos como fuente de peligro, como el llamado «crimen control model» de H. L. *Packer,* puede servir también como una denuncia principista de las extralimitaciones penales y procesales vigentes de nuestro Estado de Derecho. *Jakobs*explica que «cuando se habla del derecho penal del enemigo no se quiere significar al mismo tiempo *"procesos sumarios, ni penas por sospecha, ni descuartizamiento público para intimidar" [al público] o procedimientos similares".*[49]

Podemos agregar: cuando se habla de Derecho penal del enemigo se habla de instituciones del Derecho vigente hoy.

A partir de aquí la valoración. La posibilidad de diferenciar conceptualmente entre personas y fuentes humanas de peligro que carecen de ciertos derechos (sobre todo procesales) garantizados por la Constitución, es en realidad un problema de definición.

La definición de «persona» no es un problema nuevo en la ciencia jurídica ni el concepto de persona es único.

---

[48]Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009. Pág. 52.
[49]Memorias; "XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología"; Editorial LEYER; Bogotá – Colombia; Año 2006. Pág. 27.

"Pero la tesis especialmente polémica en la tesis de Jakobs, difícil de compartir, es la que sostiene que el status de persona se puede perder por comportamientos que de alguna manera no garantizan fidelidad al derecho y que esa pérdida excluye la pretensión de ser tratado como persona.

A ello se opone la afirmación de que el statusde persona es intangible y no depende de la adecuación del individuo a las expectativas de la sociedad. Ambos son puntos de vista últimos, no demostrables. (T. II, p. 926)".[50]

Terminaremos haciendo un recuento de los eventos y momentos principales de la historia mundial en torno a la pena, y comenzaremos desde la era medieval en la cual los prisioneros, de guerra, tenían que cumplir la pena del vencido, es decir trabajar para el victorioso, en situaciones, inclusive, inhumanas, ya por el exceso de trabajo y por la escasa o mínima alimentación, o escasa ingesta de alimentos; seguimos con la edad antigua en donde los mismos prisioneros seguía castigados con la prestación de su fuerza de trabajo pero se fue transformando, debido a la "humanización", a la limitación de su libertad, siendo, inclusive, objetos de venta (esclavos); luego siguieron grandes momentos, negativos para la historia de la humanidad, como el de la crucifixión de Cristo, los tribunales de la inquisición, en donde la pena de muerte y la quema de los cuerpos vivos, eran una pena común para los herejes; seguimos con la pena de muerte por ahorcamiento, por la guillotina, siendo el Rey de Francia Luis XIV, "El Estado soy yo", ajusticiado por el pueblo de Francia, en el año de 1789 y que dio comienzo a la Revolución Francesa, y por ende a uno de los hechos que marcaron el cambio de gobiernos en el mundo; el destierro fue otra de las penas, principalmente para políticos, que arrasaron con los derechos humanos; con la Primera Guerra Mundial, nuevamente renació la pena del trabajo forzado para los prisioneros de guerra y las condiciones infrahumanas, situación que se acentuó en la Segunda Guerra Mundial, en la cual Hitler, líder alemán, a más de hace del trabajo forzado una pena común, se ensaño contra el

[50]Pastor Daniel; Principios Politicos y Juridicos. Buenos Aires-Argentina Editorial Luna; 2012. Pág. 172.

pueblo judío a quien se propuso exterminarlo, ya mediante los campos de concentración, el trabajo forzado, las cámaras de gas, conocidas como las cámaras de la muerte, la extradición de pueblos enteros, la experimentación biológica con personas singulares como gemelos, mellizos, etc., y con la experimentación de nuevos tipos de torturas de índoles aberrantes a la condición humana; situación que no ha desaparecido, ya que en estos tiempos todavía se escuchan que existen actos o hechos de torturas, en especial en la isla de Guantánamo, bajo el dominio de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde inclusive se denuncia la desaparición de personas, siendo esta "una pena", extrajudicial y de lesa humanidad; esto también se da en los países de medio oriente, en donde pueblos o grupos fanáticos religiosos practican métodos aberrantes de tortura en contra de "sus enemigos", a quienes, inclusive, se los ejecuta, mediante el degollamiento, en forma pública o hacen pública la forma como se los ha ejecutado por los medios de comunicación televisivos. En nuestro país esta abolida la pena de muerte, la tortura y las penas degradantes y excesivas, por lo que se están tomando medios alternativos de la pena como el de la suspensión condicional de la pena, prevista en el artículo 630 del Código Orgánico General de Procesos, para los delitos cuya pena privativa de la libertad no exceda de cinco años, que el delito cometido no atente contra la integridad sexual y reproductiva , violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; así mismo existe la posibilidad que en las infracciones sancionadas con penas de hasta seis meses de restricción de libertad, sea sustituida con la pena de servicio comunitario, tal y cual lo prevé el contenido del artículo 63 del mismo Código Orgánico Integral Penal; también existe la posibilidad de no dictarse, como medida cautelar, la prisión preventiva, la misma que puede ser sustituida por el uso de brazaletes o dispositivos electrónicos, medio por el cual se tiene controlada a la persona, en tiempo real, sobre el lugar en donde se encuentra; a esto sumamos que en muerta legislación secundaria, Código Orgánico Integral Penal, se establece, en el Libro III, las Juezas y Jueces

de Garantías Penitenciarias, quienes tiene prerrogativas o privilegios para la supervigilancia de las condiciones del cumplimiento de la pena, solicitar el cambio de régimen de rehabilitación, entre otras.

4.2.3. Los delitos sexuales; el abuso sexual en la legislación ecuatoriana

Creo necesario el comenzar, este tema, trayendo algunos criterios que se han dado a través de los tiempos por parte de nuestro foro nacional con respecto de los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano, para lo cual me remito al cuadernillo publicado por el Colegio de Abogados del Azuay, que plasma los comentarios del Dr. Reinaldo Chico Peñaherrera con el tema, “Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano”, y que en relación al delito de adulterio dice:

Pero, merece realmente contarse el adulterio entre los hechos delictivos? O debe ya erradicárselo francamente del Código Penal, como ya se lo ha erradicado de los códigos de algunos países?. Nadie duda que el adulterio es un acto malo. Nadie duda que sea un hecho manifiestamente inmoral. Esta no es la cuestión. La cuestión a decidir es si debe o no erigírselo en delito. El Código Penal no es un código de moral. Ahora ya nadie cree que deba ser un código de moral. Son muchos los hechos inmorales que no están sometidos a sanción penal, son muchas las acciones inmorales que no han sido llevadas al Código penal. Debe, con todo, someterse el adulterio a sanciones penales?. Debe integrar el adulterio el número de los delitos?

Ante todo es indispensable precisar cuál es el bien jurídico lesionado con el adulterio. No puede admitirse que se la honestidad. Habría que preguntar, la honestidad de los dos adúlteros, pues ellos son los delincuentes.

Entonces, la honestidad de quién? Tampoco es admisible que sea la moral pública o las buenas costumbres. Es difícil aceptar que un hecho que, por su misma naturaleza, ha de realizarse en forma clandestina, afecte a la moral pública; y si así fuera, afectará un interés público y, por tanto, el adulterio debiera ser una infracción de acción pública y no de acción privada, como lo es en realidad. …

La ley no ha definido el adulterio. La Ley Penal e incluso la Ley Civil se refieren al adulterio, pero ha omitido dar un concepto legal acerca de él. El Código Penal ha descuidado configurar debidamente este hecho que incrimina y así, en este punto tan esencial y básico y de tanta trascendencia como es la tipicidad del delito, ha dejado librada a la interpretación más o menos caprichosa de la ley. No se pueden sancionar hechos sin configurarlos debidamente.

Sin trazar todos sus rasgos principales, sin señalar sus caracteres, sus elementos constitutivos. Todas las figuras típicas deben delimitar con bastante precisión los caracteres materiales, los elementos constitutivos de los hechos que se incriminan; y no puede ser de otra manera, pues solamente así se hace efectiva la máxima garantía de libertad contenida en el principio de legalidad "nullum crimen sine lege", " no hay pena sin ley" hoy incorporado al Derecho Penal de todos los pueblos civilizados, tanto que ahora se enuncia como axioma aquello de "ninguna pena sin ley previa". … .

> *"Que objeto puede haber en erigir en delito ciertos hechos, sabiendo de antemano que no han de ser perseguidos, ni sancionados? Eso es legislar a espaldas de la realidad. La ley debe tener vigencia no sólo legal, sino real; de otro modo, resulta postiza, artificiosa, falsa. Es necesario despojar de una vez al Código penal de disposiciones que lo vuelven arcaico e inefectivo. En el Ecuador está abolido de hecho al delito de adulterio, podemos dudar de abolirlo de derecho? Lo único realmente razonable es eliminarlo, de una vez, del número de los delitos, como así también se pronunciara la Conferencia Internacional de Derecho Penal reunida en la Haya, en Agosto de*

1964, y como igualmente se recomendará en posteriores reuniones internacionales de Derecho Penal".[51]

Si en verdad el tema que investigo no es el de adulterio, pero nada más decidor y refrescante, para nuestra investigación, que los conceptos que se vierten en razón de la poca o nada previsión de los elementos del delito, por arte de nuestros legisladores, a la hora de plasmarlos en el catálogo de delitos – Código Orgánico Integral Penal, la falta de una concreta definición y límites de la conducta reprochada; a más de la concreción específica de la pena. Todo esto se deberá tomar muy en cuenta en esta investigación como elementos decisivos para sus conclusiones y recomendaciones.

Regresando al tema en estudio, ppese a que no se menciona expresamente en el artículo de la Constitución, la liberta sexual es una de las concreciones más importantes del derecho general a la libertad que el texto constitucional proclama en su artículo 66.3.a, y 66.9. Aunque en la doctrina se manejan diversas definiciones, la libertad sexual podría caracterizarse como el derecho de toda persona a mantener relaciones o realizar actividades de naturaleza sexual solo con su expreso consentimiento. En un sentido más amplio, podría definirse también como el derecho de todo individuo a no verse inmiscuido en contextos de la naturaleza sexual en contra de su voluntad. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no reconoce a todos los ciudadanos el derecho a decidir sobre el mantenimiento de relaciones sexuales y considera que existe determinadas personas (básicamente niñas, niños, adolescentes y sujetos que padecen trastornos psíquicos)a quienes -por razones vinculadas con su desarrollo y/o bienestar– es preciso mantener alejados de todo acto sexual, reputándose delictivo cualquier contacto de tal naturaleza que pueda mantenerse con ellos. En estos supuestos, se habla de la

[51]Chico Peñaherrera Reinaldo, Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano, Azuay: Editorial Amazonas. 1981 Pag 11, 12 y 20

indemnidad sexual como objeto de tutela, un bien que no es susceptible de disposición por parte de su titular.

La indemnidad sexual no se proclama explícitamente en la Constitución, pero podría vincularse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 66.5 C.) y el deber de protección de la infancia y de los disminuidos psíquicos por parte de los poderes públicos (arts. 44 y 47 C., respectivamente).

El tipo básico del delito de abuso sexual se encuentra definido en el art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, en los siguientes términos:

La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La conducta típica de esta infracción consiste en «atentar contra la libertad sexual de otra persona», un comportamiento que concurre en todos aquellos casos en los que se obliga a otro a realizar o a tolerar algún acto de naturaleza sexual contra su voluntad.

Para que se produzca un delito de agresión sexual es necesario que el sujeto emplee alguno de los dos medios comisivos exigidos por el art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, a saber, la violencia o la intimidación que dobleguen la voluntad.

La violencia es definida como fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima.

Antiguamente, para apreciar que la violencia había sido suficiente, la jurisprudencia exigía que la víctima hubiera ofrecido resistencia heroica al autor; hoy en día semejante exigencia ya no se plantea y se requiere sencillamente que la víctima muestre una resistencia razonable o una oposición firme, suficientes para hacer evidente al autor la negativa al contacto sexual que este se propone realizar.

En lo que a la intimidación respecta, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias acogen la definición según la cual intimidar es provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal. Existe unanimidad en que la intimidación es suficiente en aquellos casos en los que se amenaza a la víctima con causarle un mal ligado a su vida, integridad física o libertad. En cambio, no esta tan claro si cabe apreciar una intimidación típica cuando el mal que se anuncia al sujeto pasivo reviste una menor entidad: por ejemplo, aquellos casos en los que se amenaza con un mal para el patrimonio o el honor.

Creo necesario anotar que la jurisprudencia al respecto no es unánime. Así, se ha afirmado la existencia de intimidación en el caso de un médico de un hospital público que efectuó varios tocamientos a sus pacientes con la amenaza, en caso de negarse, de no emitir las recetas que solicitaban; sin embargo, la misma Sala Segunda ha entendido que no concurría intimidación en el caso de un individuo que llevo con su motocicleta a una

joven a un descampado y que, ante la negativa a mantener relaciones sexuales, le dijo que tendría que volver a su casa andando.

Para determinar la concurrencia de intimidación es necesario atender no solo a aquello que el autor explícitamente anuncia a la víctima, sino a otros factores circundantes que pueden contribuir a crear un auténtico cuadro intimidatorio, lugar en el que suceden los hechos, edad del sujeto pasivo, episodios previamente acontecidos, etc. Así, por ejemplo, se han apreciado agresiones sexuales en el caso de una mujer que fue obligada por dos desconocidos a subir a un vehículo para llevarla a un paraje solitario donde la obligaron a mantener relaciones, ello pese a no probarse la existencia de concretas expresiones amenazantes.

Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva los delitos de agresiones sexuales requieren siempre que el sujeto activo haya actuado con dolo. A esta exigencia, como antes se ha expuesto, los tribunales suelen añadir la del ánimo lubrico o lascivo.

En lo que se relaciona a la edad de la víctima, en el caso de nuestra legislación catorce años, una alegación frecuente en esta modalidad de abusos es el desconocimiento de la edad exacta de la víctima por parte del sujeto activo, sobre todo cuando se halla en una edad próxima al límite legal. Una eventual admisión de este error tiene como consecuencia la imposibilidad de apreciar la presente modalidad típica con independencia de su sensibilidad, puesto que los denominados «delitos sexuales» requieren siempre un comportamiento dolo-so, no siendo punible la realización imprudente. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia afirma que basta con que el autor tenga dudas sobre la edad para afirmar que concurre dolo eventual, una interpretación que en la práctica restringe notablemente las posibilidades de apreciar un error de tipo.

Ahora debemos indicar que existe también la situación de la privación del sentido, momentos en los cuales se aprovecha el sujeto activo del hecho para hacer sensaciones o tactaciones corporales libidinosas, besar, tomar fotografías con contenidos sexuales o libidinosos. En este tipo de acciones se debe tomar en cuenta que la "privación del sentido" no debe ser entendida en el sentido de que la víctima se encuentre totalmente inconsciente, sino que se pueden integrar aquellos supuestos en los que existe una disminución apreciable e intensa de las facultades anímicas que haga a la víctima realmente inerme a los requerimientos sexuales, al quedar practica-mente anulados sus frenos inhibitorios. En tal sentido, los estados de aletargamiento, así como la ingesta de bebidas alcohólicas pueden originar una momentánea perdida de aquellos, así lo expresa la sentencia Nro. 2234 – 1999 de la Segunda Sala de lo Penal la Corte Nacional de Justicia.

En lo que respecta al requisito de que "cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa que no pueda resistirlo", concurrimos a la jurisprudencia internacional y así tenemos que la Segunda Sala del Tribunal Supremo de Justicia de España en su sentencia de 14 de julio de 1997 (ponente Conde-PumpidoTouron) sostiene que la apreciación de la presente modalidad delictiva exige la constatación de dos requisitos: «1.°) que el sujeto pasivo sea un enajenado, es decir una persona incapaz de comprender el sentido del acto sexual y sus consecuencias y por ello incapaz para consentir válidamente, y 2.°) que el sujeto activo abuse de dicha enajenación, es decir que conociendo la concurrencia objetiva de la incapacidad, se aproveche de ella». El mismo Tribunal establece que debe descartarse la concurrencia de enajenación en los supuestos de debilidad mental moderada o leve, por estimar que en estos casos no se encuentra anulada la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo. En este último supuesto, no obstante, se admite la posibilidad de apreciar abusos por prevalecer o de una situación de superioridad.

Para la jurisprudencia el criterio decisivo debe ser —más allá de la patología que pueda presentar el sujeto— la capacidad para entender la naturaleza del acto cuya realización se consiente. Así, se afirma en la STS d 27 de marzo de 2000 (ponente Ramos Gancedo) que «la expresión "trastorno mental" que se emplea por la norma —quizás no demasiado afortunada— no reduce su ámbito de aplicación a la persona que padece genuinas enfermedades mentales, sino que debe ser interpretada en el sentido de que tienen cabida en la misma, todos aquellos supuestos en los que las ciencias psíquicas permitan deducir razonablemente que quien las padece encuentra impedido de prestar un consentimiento consciente y libre aquello que se le propone*».*

Cuando concurre este último requisito los tribunales españoles, por lo general, sostienen la existencia de un abuso, sin entrar a valorar si la actividad sexual realizada ha repercutido de algún modo negativo en el bienestar presente o futuro de la víctima.
Esta interpretación plantea la duda de si el castigo de estos abusos siempre responde a una real lesividad de la conducta o bien a valoraciones (de dudosa legitimidad) sobre la personalidad del sujeto.

Por ello, en la doctrina algunos autores señalan que, en el caso de los incapaces, la existencia de un abuso no debería apreciarse de forma tan automática como sucede con los menores.

"Desde el punto de vista de su tipicidad subjetiva los delitos de abusos sexuales requieren siempre que el sujeto activo haya actuado con dolo, además de la ya mencionada exigencia, por parte de los tribunales, de ánimo lubrico".[52]

[52]Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia – España; Año 2009

El ejercicio de la acción penal es pública, de acuerdo a lo que establece el artículo 409, 410 y 415 del Código Orgánico Integral Penal, por lo tanto no se necesita de denuncia previa sino de que llegue a conocimiento, por cualquier, del fiscal el suceso de ese hecho.

Es preciso anotar que no se ha previsto el perdón o remisión de la pena, por parte de la víctima deduciendo que esta previsión legal tiene como finalidad básica dejar en manos de la víctima la decisión sobre la oportunidad de incoar un procedimiento penal para castigar el delito, atendiendo a que, en ciertas ocasiones, la apertura de dicho procedimiento y, en especial, el acto del juicio, pueden resultar muy traumáticos para la víctima. No obstante, una vez abiertas las diligencias se niega todo valor al perdón del ofendido para evitar posibles presiones por parte del procesado o de personas de su entorno para que retire la denuncia.

La jurisprudencia española prevé en este tipo de delitos, los abusos sexuales la continuidad delictiva siempre que se den una serie de requisitos que se exponen, entre otras resoluciones, en la STS de 10 de julio de 2002 (ponente Colmenero Menéndez de Luarca). En ella se afirma que:

> *"Solo es posible el delito continuado en los casos en que se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se cuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con s datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo".*[53]

E*n el caso de las* agresiones sexuales los mismos tribunales judiciales españoles consideran que diversos tocamientos y accesos carnales

[53]Chico Peñaherrera Reinaldo, Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano. Azuay: Editorial Amazonas, 1981. Pág. 95.

llevados a cabo en idénticas circunstancias de lugar y tiempo y dentro de un mismo «furor erótico» forman parte de un único hecho y, en consecuencia, dan lugar a un único delito.

> *"Lo que al delito continuado respecta, tradicionalmente se había negado su aplicación a las agresiones, si bien últimamente se ha admitido en caso de reiteración del comportamiento típico en un breve lapso temporal o en supuestos los que resulta difícil concretar el número exacto de agresiones".*[54]

> *"La prescripción de estos delitos están dentro de la regla general de la prescripción, es decir en el tiempo máximo de la pena de privación de libertad prevista en el tipo penal, contado desde que el delito es cometido, pero en ningún caso, el ejercicio de la acción prescribirá en menos de cinco años (Art. 417. COIP), en este punto quiero anotar lo que prevé la legislación española en donde no cuentan los años que se tarde en denunciar los hechos ya que para que la regla del 132.1.II Código Penal español contiene regla según la cual en los delitos con victima menor de edad, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que aquella alcance la mayoría de edad o fallezca antes de alcanzarla".*[55]

En relación a la valoración de la prueba, creo preciso indicar que en nuestro medio y es la tendencia iberoamericana sobre una fuerte tendencia en los delitos en contra la libertad y la indemnidad sexual que la declaración de la víctima sea la única prueba existe sobre la culpabilidad de un acusado, en tanto la misma este corroborada con otros elementos. En este sentido la jurisprudencia española ha manifestado que tal declaración puede ser prueba de suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia siempre y cuando existan tres requisitos: verosimilitud, ausencia de incredibilidad subjetiva y preexistencia en la incriminación.

Así lo sostiene el Tribunal Supremo de España en su Sentencia de 29 de diciembre 1997 (ponente Conde-PumpidoTouron) que en lo fundamental sostiene:

---

[54] Ibíd. Pág. 108.

[55] Chico Peñaherrera Reinaldo, Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano. Azuay: Editorial Amazonas, 1981. Pág. 128.

"Esta Sala ha señalado reiteradamente que aun cuando, en principio, la declaración de la víctima puede habilitar para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, atendiendo que el marco de clandestinidad en que se producen determinados delitos, significadamente contra la libertad sexual, impide en ocasiones disponer de pruebas, ha de resaltarse que para fundamentar una sentencia condenatoria en dicha única prueba es necesario que el Tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos: 1.°) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusa pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2.°) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio —declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso— sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECrim); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la existencia del hecho; 3.°) persistencia en la incriminación: esta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de este es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su veracidad (...)".[56]

Finalmente, en nuestros Tribunales de justicia con el ánimo de facilitar a las víctimas, especialmente menores, el duro trance que supone el proceso penal por estos delitos, el Código Integral Penal contiene previsiones que permiten evitar la confrontación visual de víctima y procesado y de la víctima con el público, esto bajo el principio de no re victimización, tanto en la fase de instrucción como en el momento del juicio oral para lo cual se ha previsto la adopción de medios técnicos o audiovisuales que impidan dicha confrontación, mediando un informe pericial y una resolución judicial motivada.

[56] Armaza Galdos Jorge; "La decisión Judicial"; Editorial Gaceta Jurídica; Lima – Perú; Año 2009. Pág. 37.

En la práctica, el medio más habitualmente empleado ha sido la colocación de un biombo o mampara entre el acusado y la víctima, si bien en ocasiones se ha recurrido también a la declaración por videoconferencia y últimamente mediante la Cámara Gesell.

4.2.3. El abuso sexual en la legislación comparada.

Es el artículo artículo 210ª el Código Penal colombiano, (Adicionado por la Ley 1257 de 2008, art. 29), que se lo titula como acoso sexual, la figura que más se acerca a la de "abuso sexual" tipificado y sancionado por nuestra legislación.

El artículo en mención dice:

> *"El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno a tres años*".[57]

4.2.3.1. Clasificación

Tipo de mera conducta. La realización la acción no exige la producción de resultados naturales o jurídicos, con lo que, para el perfeccionamiento típico, no son necesarios la producción de contacto corporal o relación sexual entre los sujetos o la verificación de efectos concretos sobre el cuerpo o la psiquis de la víctima.

Tipo de peligro. Basta la amenaza de lesión sobre la libertad individual y sexual de la víctima, para que el juicio de antijuridicidad material se

[57]Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito – Ecuador; Año 2014. Pág. 28.

consolide. No obstante dicho peligro sube ser efectivamente acreditado de acuerdo con el artículo 11.

Tipo de conducta instantánea. El iter del comportamiento no admite solución de continuidad entre el comienzo de los actos ejecutivos y la consumación delictual, por lo que muy difícilmente podrá estructurarse la modalidad tentada.

Tipo pluri-ofensivo.

4.2.3.2. Sujetos

Tipo especial propio en cuanto a los sujetos -activo y pasivo- deben estar inmersos en una relación de autoridad o poder, que bien puede ser dictada por su edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica.

La mencionada relación debe tener características de habitualidad o, por lo menos, de cierta permanencia, con lo que no aceptaos el acoso sexual dentro de los vínculos esporádicos o casualmente entre sujetos.

> *"Así mismo la configuración exige que el agente se encuentre en posición de superioridad manifiesta: profesor-alumno, padre-hijo, empleador-empleado, jefe-subalterno, sacerdote-joven, tutor-pupilo, etc., o que entrañen concretas e incontrovertibles relaciones de autoridad o poder, las cuales casi siempre se observan cuando se patentiza la superioridad manifiesta. El agente está entonces en una situación de desventaja de la cual se vale, como medio, para acosar u hostigar con fines sexuales a su víctima".*[58]

Por lo demás, el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona – hombre o mujer- sin cualificación especial adicional; de la misma manera, el sujeto pasivo no posee especiales calificaciones.

[58]Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito – Ecuador; Año 2014. Pág. 49.

Así, las acciones que rige el comportamiento pueden ser realizadas por un hombre hacia la mujer, de una mujer hacia un hombre, de hombre hacia hombre y de mujer hacia mujer.

4.2.3.3. Conducta

Verbo determinador compuesto alternativo: Acosar, perseguir, hostigar o asediar.

> *"Acosar es apremiar, importunar a la víctima con requerimientos de contenido sexual; perseguir es seguir o buscar al sujeto pasivo con frecuencia e inoportunidad, incomodarlo procurando su padecimiento; hostigar es molestarlo de manera insistente, incitarlo reiteradamente para que acceda a los requerimientos del agente; asediar es importunar a la víctima sin descanso o reiteradamente con las pretensiones sexuales incorporadas al tipo".*[59]

"El término acoso sexual que sirve para denominar el presente tipo, es precisamente el resultado de varios actos reiterados de hostigamiento molestias etc., que se unen a frases, actitudes y gestos que indican la finalidad sexual del agente",[60] de esta forma todos los verbos determinadores –que sin duda padecen sinonimia relativa- llevan en sí mismos ese componente de reiteración, con lo que la persecución, el hostigamiento o el asedio difícilmente se pueden configurar en solo acto, sino que, repito, son el resultado de todo un conjunto de comportamientos, actitudes y gestos. Sin embargo la anterior característica no convierte a este tipo en permanente o de resultado, pero si perfila adecuadamente el contenido material del comportamiento descrito.

Como puede observarse no se incrimina la simple solicitud de favores sexuales, sino que es necesaria una reiteración o insistencia que precisamente alcance a configurar acoso, persecución o asedio.

---

[59] Smirnova Calderón. Derecho Penal. Quito: Editorial de estudios y Publicaciones, 2008. Pág. 59.
[60] Vaca Andrade Ricardo; "Manual de Derecho Procesal Penal", cuarta Edición; Corporación de Estudios y Publicaciones; Año 2009.

De esta forma el acoso aquí comprendido tiene un alcance más restringido que el llamado acoso “ambiental” o “coloquial”, en el que de manera directa se observa la pretensión sexual, pero la persona se ve asediada con reiteradas alusiones a lo erótico en conversaciones, bromas, etc.

4.2.3.4. Tipo subjetivo

Complemento subjetivo: cualquiera de las acciones determinadas se ha de realizar con el fin de obtener favores sexuales no consentidos del sujeto pasivo; así el acoso con finalidad económica, laboral, política o religiosa, por ejemplo queda excluido de la presente cobertura típica. La finalidad sexual debe ser directa, explícita e inequívoca.

> *“La expresión fines sexuales es amplia y puede comprender tanto el acceso carnal como actos sexuales diversos; pero además debe incorporar la pretensión de cualquier otro comportamiento de la víctima que tenga claro contenido sexual, tal es el caso, por ejemplo, en el que se busque la observación por parte de la víctima de actividades sexuales realizadas por el agente o por terceros”.*[61]

“Así, no es necesario que la finalidad sexual pretendida incluya contacto corporalmente entre los sujetos y, de la misma manera, como lo señala expresamente el tipo, puede tener como beneficiario tanto al agente como a un tercero”. [62]

En lo que respecta a la legislación española –Código penal español-, el artículo 181,1 quedó de la siguiente manera:

> *“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.*[63]

---

[61]Smirnova Calderón. Derecho Penal. Quito: Editorial de estudios y Publicaciones, 2008. Pág. 125
[62]Pabón Parra Pedro Alfonso; Manual de Derecho Penal”; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá - Colombia; Año 2013. Pág. 314,315 y 316
[63]Código Penal Español. Madrid (1999) Editorial Jurídico

Comentando, el profesor Francisco Muñoz Conde (2009), en análisis a esta norma manifiesta:

Respecto a lo que debe entenderse por acto contra la libertad o indemnidad sexual se presentan en algunos casos las mismas dificultades interpretativas que ya veíamos antes en relación con el tipo básico de las agresiones sexuales, por lo que habrá que recurrir también aquí a los criterios culturales y a las circunstancias personales. Un beso, un abrazo, una caricia, etc., pueden tener o no un significado sexual dependiendo del contexto.

Sujetos, activo y pasivo, pueden serlo cualquier persona.

La falta de consentimiento es requisito fundamental, bastando simplemente que el sujeto activo aproveche el descuido del sujeto pasivo. El consentimiento, incluso tácito, des - tipifica en todo caso el hecho; lo que no quiere decir que cualquier acto que implique un contacto corporal (un apretón de manos, un abrazo) signifique automáticamente un abuso sexual si el sujeto no consiente en el mismo.

"Los casos más dudosos se resuelven la mayoría de las veces con el conflicto verbal o simplemente con la negativa expresa del sujeto que rechaza expresamente el contacto corporal".[64]

Los casos de erros sobre el consentimiento deben ser tratados como casos de error sobre un elemento integrante de la infracción penal y determinan, por tanto, la impunidad, al no estar prevista la comisión imprudente.

> *"Especial consideración de los abusos sexuales de menores y de personas con trastornos mentales. Como ya se ha dicho a propósito*

[64] Puyo Jaramillo Gil Miller; "Diccionario Jurídico Penal"; Ediciones Librería del profesional; Bogotá – Colombia: año 2004. Pág. 76.

de la rúbrica del título VIII al comienzo de este capítulo, la prohibición penal de la relación sexual con menores hasta una determinada edad o personas incapaces para auto determinarse sexualmente en la medida en que exista realmente esa incapacidad".[65]

Sólo puede entenderse si junto a la libertad sexual se incluye en el ámbito de la indemnidad sexual, es decir, la exclusión del menor o incapaz como sujeto de una relación sexual.

"De ahí que también se haga referencia a esta indemnidad en el art. 181 y que, de acuerdo con el art. 181,2, se consideren en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare".[66]

4.2.4. Principales estudios sobre Dosimetría penal.

Previo a introducirnos a revisar las diversas posiciones que existen sobre la Dosimetría penal, creo necesario en traer el concepto político criminal de Neopositivismo el mismo que es acuñado por el profesor argentino,

Daniel Pastor (2008), quien entiende que:

"La actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la nación nepotismo, entiende ello como corriente político criminal que caracteriza por la renovación de la creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social".[67]

Así el Neopositivismo como corriente Político Criminal sencillamente responde a un drástico acrecentamiento desmesurado de leyes penales

[65] Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito – Ecuador; Año 2014. Pág. 137.
[66] Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia – España; Año 2009. Pág. 208 y 209
[67] Pastor Daniel; Principios Políticos y Jurídicos. Buenos Aires-Argentina Editorial Luna; Año 2012 Pág. 57.

que a criterio de diversos autores puede denominarse como inflación de las leyes.

> *"El Neopositivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexión político criminales de los últimos años el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal que engloba sus componentes es su marcada deshumanización y recrudecimiento sancionador creciente… con una legislación y una ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político criminales clásicas".* [68]

Expansión del Derecho Penal o Derecho Expansión; Conformación paquidérmica de las incriminación punitivas; Derecho penal de emergencia; Derecho penal de la tercera velocidad; y Derecho Penal del Enemigo como lo denominado el profesor alemán Jakobs.

Por ello las urgencias políticas instaladas mediáticamente en la sociedad tienden a reemplazar al estudio detenido minucioso y con rigor científico del conflicto social. Así la banalización del Derecho Penal es una de las características más saliente del Neopositivismo. Es por esta razón que el autor Daniel Pastor considera que es evidente que, el derecho penal material neopositivista, en razón de sus características de configuración, no puedo ser realizada con los principios liberales del derecho procesal penal, los cuales deben ser funcionalmente pervertidos este "relajamiento" es justificado, como ya se dijo, en la mayor eficacia… que dicha renuncia a los derechos del acusado promete en el castigo de los crimen másgraves; otras dos características, que reviste el Derecho Penal Neopositivista, es que este es un Derecho Penal Simbólico y de carácter Omnicomprensivo.

[68]Memorias; "XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología"; Editorial LEYER; Bogotá – Colombia; Año 2006 pág. 57.

> *"Es así que el Derecho Penal del Neopunitivismo ha adquirido una extensión desmesurada debido a que se lo ha empleado, simbólicamente y demagógicamente, como herramienta, supuesta pero omnipresente y omnipotente, para reaccionar contra todos los males de este mundo".*[69]

Por lo tanto, podemos concluir que el Neopositivismo como corriente Político-Criminal "*se caracteriza por el recrudecimiento del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín, a modelos Político Criminales Autoritarios, tal y cual, como ya lo anotamos*"[70], como el Derecho Penal Expansivo o Expansión del Derecho Penal, Derecho Penal de Emergencia, Derecho Penal de Tercera Velocidad o Derecho Penal del Enemigo.

Así sus características más salientes son la supresión total de las garantías, mediante la implementación de un Derecho Penal Simbólico Omnicomprensivo, Omnipotente y Omnipresente que amenaza con abarcar todos los rincones de la vida social.

Dados estos criterios, que son los que parecen inspirar a nuestros legisladores, es necesario recrear lo sostenido por el abogado José Sebastián Cornejo Aguilar el cual sostiene:

"Para enfocarnos en el desarrollo de este tema, me parece oportuno partir mencionado lo que para Beccaria, son las leyes, mismo que las delimita como

> *"Las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla.*
> *Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano, es su administrador y legítimo depositario.*

---

[69]Carbonell Miguel; "Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales"; Cevallos Editorial Jurídica; Quito – Ecuador; Año 2010. Pág. 173.
[70]CorcoyBidasoloMirentxu; "Manual Práctico de Derecho Penal"; Editorial Tirant Lo Blanch; Segunda edición; Valencia – España; Año 2009. Pág. 118.

Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular (…)".[71]

4.2.4.1. Proporcionalidad de la pena al delito, en base al impacto social.

Podemos decir entonces que el origen del principio de proporcionalidad, se remonta desde la antigüedad, ya que en la obra de Platón "Las Leyes", se puede apreciar la exigencia de que la pena sea proporcional al delito, así mismo en la obra de Cesar de Beccaria "De los Delitos y las Penas", en el cual se indica que la pena debe ser necesaria e infalible.

Por lo que la sanción penal es la disminución del bien jurídico protegido por lo que no debe ser exagerada y la sentencia debe ser analizada técnicamente de acuerdo al acto.

La proporcionalidad se mide en base en la importancia social del hecho desprendiéndose de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad decir, no debe ser exagerada

4.2.4.2. Subsunción y Ponderación: Operaciones de aplicación jurídica

Si tenemos la idea de que el principio de proporcionalidad se vuelve importante, ya que existen derechos consagrados en la Constitución, y que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, estaríamos generando un concepto que nos conllevaría necesariamente a partir con un análisis entre principios constitucionales.

[71]Cornejo Aguilar José Sebastián. Origen y Proporcionalidad de las Penas Bogotá Editorial; Andes. 2015

La Subsunción. - Es un movimiento lógico en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general. En derecho, más estrictamente, "*Es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley"*.[72]

La Ponderación. - Parte con una organización de carácter decisiva para su racionalidad y permite reconocer en tres pasos su aplicabilidad, en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, en segundo paso se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.

4.2.4.3. Sub principios derivados de la Ponderación

Finalmente, el último paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro, de esto podemos concluir que la ponderación no ofrece ni garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos sino que más bien presupone una jerarquía de los mismos, en donde surge una amalgama de sub principios tales como:

1.- Sub principio de idoneidad: Constituye un medio adecuado para contribuir al logro del fin que con ella se persigue y que proyecta sobre la norma de conducta o sobre la norma de sanción estableciendo la necesidad de una verificación directa de si la acción u omisión descrita en el tipo penal, es susceptible de afectar al bien jurídico protegido por la norma la misma que representa, un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida, también es conocido con el nombre de sub principio de adecuación y sirve para verificar si toda intervención

[72]Cornejo Aguilar José Sebastián. Origen y Proporcionalidad de las Penas Bogotá Editorial; Andes. 2015. Pág. 92.

en los derechos fundamentales es adecuada para contribuir a un fin constitucionalmente legítimo.

2.- Sub principio de necesidad: Hace referencia al control de los tipos penales acreditando que no existe otra alternativa que no sea la tipificación de conductas para dar protección a los bienes jurídicos protegidos.

Este sub principio también prevé la posibilidad de realizar una intervención lo más restringida posible.

3.-Sub principio de proporcionalidad: Involucra que la importancia de la intervención en el derecho es fundamental debe ser justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

4.- Sub principio de la lesividad: *"Hace referencia a las acciones que no dañan a nadie, no generan conflicto, por ende, no pueden ser delito y deberían estar fuera del ámbito de la intervención estatal".* [73]

4.2.4.4. Proporcionalidad de la pena en el marco jurídico ecuatoriano

Entendido a breves rasgos lo que es la ponderación y subsunción debemos enfocarnos en el ámbito penal, en donde la proporcionalidad si partimos de la constitución en su artículo 76 núm. 6 menciona "*La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza*".[74]

Así mismo como el Código Orgánico Integral Penal que menciona, en su artículo 12 núm. 16 *"…las sanciones disciplinarias que se impongan a la*

[73]Cárdenas García Luis Alfredo; Principios de la Jurisprudencia Bogotá-Colombia Editorial Andino 2005. Pág. 76.

[74]Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008. Art. 76.

persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas.

No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos".[75]

Es decir, lo que se busca con la proporcionalidad, es que el poder punitivo, que garantiza a los ciudadanos ecuatorianos como una de las formas de intervención en el ejercicio de los derechos humanos, debe ser aplicado solo cuando sea estrictamente necesario por haberse trasgredido bienes jurídicos protegidos, claro está haciéndolo de carácter proporcional a la actuación realizada.

4.2.4.5. La 'Legislación Contravencional' de Zaffaroni

Para Zaffaroni esto se denominaba como legislación contravencional, entendida, como:

> *"(…) campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad en donde tenemos la certeza de que un buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía de Código Penal (...)".*[76]

Iniciando de lo descrito por Zaffaroni podemos concluir, que el principio de proporcionalidad, opera tanto en el momento de creación del Derecho, como en el momento de su aplicación, es decir implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad del criminal, siempre y cuando se busque generar una serie de medidas que permitan la tranquilidad de la sociedad, que merece protección por estar necesitada de la misma, así como también merece, ser capaz de generar protección y poseer suficiente importancia social, es entonces que la verdadera esencia del Derecho

[75]Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica, Quito 2014. Art. 12

[76] Zaffaroni, Análisis del derecho penal. México. Editorial Grijalvo. 1984. Pág. 86

Penal, no puede hacerse extensiva a todos los ámbitos de la vida social donde existan ilícitos.

4.2.4.6. Parámetros determinativos de la proporcionalidad de la pena

Por lo que necesariamente, se trata de la más importante herramienta de protección que concede el Estado, estableciendo ciertos parámetros básicos que serían, por ejemplo:

- *"A mayor sanción punitiva, mayor valor del bien jurídico.*
- *A menor sanción punitiva, menor valor del bien jurídico.*
- *A mayor sanción penal, las conductas son más reprochables.*
- *A menor sanción penal, las conductas son menos reprochables".*[77]

Con esto podemos determinar que el establecimiento de penas, es necesario para garantizar una readaptación, resocialización, rehabilitación siempre y cuando se lo aplique de manera proporcional al ilícito cometido, ya que la mayoría de los delincuentes tanto juveniles como adultos necesitan diferentes tratamientos y políticas carcelarias para lograr su reinserción en la sociedad en donde surge un carácter instrumental del derecho penal y de la justicia criminal

En donde se busca posibles soluciones a problemas planteados en función de postulados y premisas que no tengan clara la posición en la que el delincuente se encontraba previo a la comisión del acto, sino que más bien lo único que se analiza y se valora es el criterio de la sociedad entendida como el conglomerado o medio ambiente sociocultural y económico, que determina la sanción y pone límites al mundo en algunas ocasiones sin valorar preceptos o tipologías tanto criminológicas como victimológicas.

4.2.4.7. Causas originarias de la delincuencia

"Es entonces que para determinar las verdaderas causas de la delincuencia, se debe partir estudiando la significación y los procesos

[77]González Cuellar Serrano. Análisis punitivo de las penas. Quito. Editorial Oriol. 1990. Pág. 74.

que sufrieron los actores para realizar una conducta específica, siendo necesario el análisis de las percepciones del actor",[78] durante la perpetuación, la transmisión y la planificación del delincuente, por otra parte se debe considerar que los individuos forman parte de grupos y clases sociales distintas que pueden variar la consecución de los actos en virtud de experiencias y vivencias suscitados a lo largo de su vida, en donde el paso del sujeto, será necesariamente el del sujeto al acto denotado de una decisión racional entre múltiples alternativas, en donde surgirá la delincuencia entendida como una serie de conductas extravagantes y reprochables a todo valor y conciencia moral de una sociedad, surgiendo la necesidad de la conformación de un sistema de control judiciario y social que busque analizar y controlar las expresiones de este denominado conflicto.

La instrucción debe partir de propuestas concretas de acción social, que permitan que la conducta del delincuente parta de un estudio específico de los factores económicos y culturales que lo caracterizaron a realizar determinada actuación, para lo cual habrá de realizarse investigaciones comparativas, coordinadas e interdisciplinarias, a fin de poder determinar uniformidades y diferencias en las causales.

> *"En los factores de consecución de resultados, e instaurar programas de prevención y tratamiento que eviten que se desencadene el acto social suponiendo que este se halla presente en toda sociedad y en cada individuo, ya sea partiendo de una distorsión causada por falta de afectividad, socialización, defectos u orientaciones que lo inclinan a cometer actos antisociales".*[79]

Entendidos como conjuntos de aspiraciones y de repulsiones con variaciones limitadas a nivel cultural y personal, en donde el acto es dependiente de variables en donde cada sociedad define sus propias

[78]González Cuellar Serrano. Análisis punitivo de las penas. Quito. Editorial Oriol. 1990. Pág. 120
[79]Martínez Bastidas Eduardo. Política criminológica. Medellín: Editorial: Andes, 2007. Pág. 59.

reglas de conducta y castiga de distintas formas a quienes las transgreden.

Para Glueck, se debe analizar postulados donde se propongan programas de investigaciones comparativas que las subdividen en cuatro categorías:

> *1. "Los estudios sobre la reincidencia y el impacto de los programas de tratamiento o de resocialización en la carrera criminal de los individuos. Se podrían determinar los ciclos de la vida de un individuo marcando bien los episodios antisociales, así como el impacto de las medidas judiciales o correccionales (…)*
>
> *2. Los estudios sobre la causalidad de la delincuencia ofrecen también muchas posibilidades en el dominio de las comparaciones transculturales (…), en donde el valor educativo de las sanciones tomadas contra los delincuentes se basa en buena parte en las relaciones entre su edad cronológica y su madurez afectiva.*
>
> *3. (…) el predominio de ciertos tipos físicos en las poblaciones criminales especialmente los mesomorfos.*
>
> *4. "(…) la importancia de los análisis comparativos para los procedimientos legales o médicos psicológicos, efectivamente se observa una diferencia, muchas veces considerable, entre las disposiciones o estipulaciones de tales procedimientos y el conocimiento científico de la realidad humana a que se aplican (…)".*[80]

Es decir esto se puede resumir a que el aumento de los factores criminógenos bio-psíquicos o socioeconómicos, se da más bien por la insuficiencia de medidas de acción preventivas y represivas que no busquen partir de un conocimiento de un juicio de discriminación que conlleve a la alienación y represión de un sujeto por parte de las estructuras pertinentes de una sociedad, a través de mecanismos institucionalizados de control como los hospitales psiquiátricos, las prisiones que en algunos casos no contribuyen mayormente a recuperar la identidad del individuo que debe convivir en sociedad.

---

[80]Glueck, El análisis de la criminalística desde el derecho penal. Bogotá: Editorial Andes. 1970. Pág. 98.

El doctor Miguel Valarezo Tenorio (2013), toca este tema y lo aborda en un artículo que, también, se encuentra en la Revista Electrónica Ecuatoriana “Derecho”, en el cual expone:

4.2.5. Introducción

La Constitución forma el principio de proporcionalidad cuando determina que se establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales de acuerdo a la gravedad del delito cometido.

Para que exista proporcionalidad entre penas y delitos debe existir una verificación técnica, valorativa de tal forma que la pena sea adecuada al delito. Es por esto que el legislador al momento de establecer una pena a un delito lo debe hacer con criterio técnico; para no provocar con esto una distorsión del principio de proporcionalidad, el mismo que establece que, a mayor restricción de la libertad, mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente. Dicha distorsión hace que, en la actualidad, infracciones menores, tengan penas severas comparables a las infracciones más graves y viceversa.

En este artículo nos vamos a concretar en el primer momento.

4.2.5.1. Derecho penal constitucionalizado como límite de la técnica legislativa penal.

> *“El derecho penal en el nuevo constitucionalismo se lo debe entender como un derecho constitucional aplicado. Este proceso de constitucionalización del derecho penal hace que el legislador no se maneje a su arbitrio siendo dependiente de coyunturas políticas, dado que debe respetar los valores que se encuentran constitucionalmente establecidos”.*[81]

[81]Zaffaroni, Análisis del derecho penal. México. Editorial Grijalvo. 1984. Pág. 259.

Fernández Carrasquillas dice que la dogmática jurídica penal debe tomar la forma de una ciencia lógica- axiológica teniendo como referente los derechos humanos y la equidad. Es por eso que la técnica legislativa penal cobra importancia en un ordenamiento jurídico constitucional, dado que dicho ordenamiento al ser eminentemente principia lista y valorativo, permite que bajo un efecto de irradiación un cuerpo normativo punitivo garantice los derechos que les asisten a todos los miembros de una sociedad.

La Constitución obliga al legislador a adecuarse a un programa penal que consta en su parte dogmática. El legislador, cuando define tipos penales, está ante una paradoja. Por un lado, debe promover los derechos humanos y evitar su restricción; por otro lado, debe restringir los derechos de las personas que cometen delitos.

En este dilema, el legislador debe, para no dejar a las víctimas de violaciones a sus derechos en la impunidad y para garantizar que van a tener un trato justo, tanto en el procedimiento como en la sanción que restringirá sus derechos, basar su actividad en algunos principios básicos.

En un estado constitucional el principio de proporcionalidad hace que las penas no sean excesivas, que limiten la actividad del legislador en el establecimiento de las penas y que estas partan de categorías axiológicas.

> *"Es por esto que Ferrajoli sostiene, que el único modelo de derecho penal que el Estado Constitucional demanda, se llama garantismo penal, entendiéndolo como un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la Constitución y al ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones".*[82]

[82]Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito – Ecuador; Año 2014. Pág. 49.

La mayoría de tratadistas del derecho penal –dice Ferrajoli- tratan este asunto esencialmente como un instrumento de defensa social *"no se puede condenar o absolver a un hombre porque convenga a los intereses o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable"*.[83].

Al momento que el legislador cree penas en un sistema constitucionalizado, lo tiene que hacer pensando y recordando la situación carcelaria con la que se enfrenta y la historia de la represión penal de su país.

4.2.5.2. Técnica Legislativa Penal para la formulación de las penas

El legislador erróneamente considera al Derecho Penal como un instrumento más para la obtención de una fácil ganancia política a corto plazo. Asistimos a una práctica política dirigida no a modificar la realidad, sino la imagen de la realidad en los ciudadanos, a la que Baratta denomina "política como espectáculo" o el también denominado "populismo penal".

"Cuando hablamos de técnica legislativa nos referimos al estudio de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas, en tanto que la ciencia de la legislación se ocupa del proceso de producción de las leyes y de las normas en general".[84]

Manuel Atienza propone dos niveles de análisis de la Ciencia de la Legislación: el de la Técnica y el de la Teoría de la Legislación. Esta última se ocupa de la legislación como objeto científico, de las posibilidades y límites de su conocimiento. La técnica legislativa, destinada a regular el procedimiento de normas, ha de analizar cuáles

[83]Zaffaroni, Análisis del derecho penal. México. Editorial Grijalvo. 1984. Pág. 79.
[84]Albán Gómez Ernesto; "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano", Décima Cuarta Edición; Ediciones Legales; Quito – Ecuador; Año 2012. Pág. 59.

son los medios idóneos para alcanzar o maximizar unos fines que la regulación debe buscar. Es decir, la Técnica Legislativa se plantea como objetivo la optimización de la producción de las leyes, mientras que la Teoría de la Legislación de la explicación del fenómeno desde una perspectiva general.

El estudio de la Ciencia de la Legislación comprende un aspecto dinámico y un aspecto estático. El elemento estático es el producto final, a saber, el texto normativo, de nivel constitucional, legal reglamentario, etc. El elemento dinámico, por el contrario, es el proceso de creación y de elaboración de la legislación, así como su puesta en práctica. La Metódica de la Legislación pone el acento sobre este último aspecto. Subraya sobre todo la naturaleza dinámica del fenómeno normativo, y busca tener en cuenta lo que pasa antes y después de la adopción de los actos normativos.

> *"No cabe duda que la teoría y técnica de la legislación, en su doble dimensión teórica y práctica, sea uno de los temas (indebidamente) postergados por la Teoría y la Filosofía del Derecho, a consecuencia quizá de la incomunicación, que, según el modelo propuesto por Austin, se observa entre la Ciencia de la Legislación y la Ciencia de la Jurisprudencia".*[85]

No hace falta ser muy perspicaz para darse cuenta, que se ha prestado muchas más atenciones a los procesos de interpretación y aplicación, que al proceso de creación del Derecho.

4.2.5.3. Técnica Legislativa para la determinación de penas

En una entrevista realizada a jueces de garantías penales y fiscales en nuestro país, cuando se les pregunto cuál debería ser el criterio que siga el legislador para establecer la pena de un delito, el 62% respondió que debería ser una fórmula técnica. A éste respecto vamos a adoptar el

[85]ArmazaGaldos Jorge; "La decisión Judicial"; Editorial Gaceta Jurídica; Lima – Perú; Año 2009.

método de la racionalidad como alternativa para fundamentar el criterio de valoración de la pena.

En primer lugar, lo que tiene que hacer el legislador es establecer el techo de la pena o el máximo de pena (TCH*P), para eso tiene que con argumentos sólidos justificarla, tomando en cuenta la racionalidad lingüística (RL), la racionalidad sistemática (RS), racionalidad pragmática (RP), la racionalidad teleológica (RT), y la racionalidad ética (RE).

En nuestro país las penas más graves tenían un límite de dieciséis años, hasta las reformas realizadas en el año 2001, en las que se aumentó drásticamente a 25 años. Ferrajoli ha sostenido, de forma documentada y persuasiva, que la pena no puede superar los diez años de privación de libertad; pasados los cuales, dice, se causaría un daño irreversible en las personas.

La fórmula sería la siguiente:

Posteriormente el legislador tendrá que utilizar la teoría del bien jurídico ponderado y reflexionar, tipo por tipo, la relación que existe entre el bien jurídico constitucionalmente protegido, el tipo penal y la potencial restricción del derecho a la libertad.

A continuación se tiene que utilizar los parámetros del principio de lesividad: solo se persiguen hechos que afecten a un bien jurídico; y el de proporcionalidad: a mayor restricción de la libertad mayor importancia del bien jurídico lesionado penalmente.
"La sociedad debe tomar en cuenta que lo más importante en la creación de la pena, es su eficacia y prontitud de la imposición, que la severidad de la misma"[86].

[86]Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012. Pág. 273.

Ponderado el bien jurídico el legislador tendrá que a su vez racionalizar la gravedad del delito, es decir: el grado de la ofensa, el desvalor de la acción; la trascendencia social del hecho; el grado de ejecución y las formas de participación. Todo esto tomando en cuenta la necesidad de tutela y los fines que se persigue con la pena a implantarse.

Para orientar la creación de las penas por parte del legislador y prohibirle el exceso de las mismas, este debe aplicar, como siguiente paso, el principio constitucional de proporcionalidad. Es decir, será él quien debe efectuar el juicio de proporcionalidad en abstracto, describiendo una conducta de manera tal, que sea posible adjudicarle un contenido de gravedad.

Es por eso que, toda pena exige al legislador preguntarse por la concreción de tres sub principios: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad, propio de un régimen constitucionalizado, solamente puede afirmarse con el derecho penal moderno, es decir cuando hablamos de legalidad, certeza, igualdad, mensurabilidad y la calculabilidad de las penas.

Ya Basigalupo pensaba que *"si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura"*.[87]

Ante esto dice Ferrajoli que no se puede lograr con las viejas penas del talión, desde las corporales a las capitales: las cuales, aunque en apariencia más próxima al principio retributivo, no permitían ninguna graduación y medición, a causa de su indivisibilidad.

[87] Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009. Pág. 194.

Solo con el advenimiento de las penas abstractas y convencionales privativas de libertad y pecuniarias se realiza, mediante la posibilidad de cuantificación en tiempo y en dinero, el presupuesto técnico de la proporcionalidad de la pena.

Ferrajoli concluye afirmando que: Desgraciadamente, como observó Bentham, la idea en apariencia elemental de la proporcionalidad de la pena al delito no ofrece, de por sí, ningún criterio objetivo, de ponderación.

Una vez separada la calidad de la primera de la calidad del segundo y reconocida la insuperable variedad entre una y otro, no existen en efecto criterios naturales, sino solo criterios pragmáticos basados en valoraciones ético- políticas o de oportunidad.

> *"Es por lo expuesto que la única solución que se podría dar a la proporcionalidad entre penas y delitos es utilizando el método técnico propuesto por nosotros en el sentido de que solamente a través de la racionalidad legislativa se logrará establecer argumentos que logren fijar penas por lo menos razonables".*[88]

Por último, también en este punto, he traído el artículo escrito por el profesor Dr. José García Falconí de larguísima trayectoria docente y profesional, quien se ha desempeñado en diversas funciones del quehacer jurisdiccional como: Juez Quinto de lo Civil de Pichincha, Magistrado de la Corte de Pichincha, Juez de la Corte Suprema del Ecuador, Fiscal de Pichincha, en la actualidad Asesor de la Fiscalía General del Ecuador, profesor de la Universidad Central del Ecuador, y de la Escuela Judicial del Ecuador, entre otros, quien escribe sobre el tema, para la misma Revista Electrónica del Ecuador, "Derecho" y en donde manifiesta:

---

[88] Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012. Pág. 273.

El Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República señala entre las reglas del debido proceso

> *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: …6. La ley establecerá la debida proporcional entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas y de otra naturaleza".*[89]

4.2.5.4. Tratados internacionales sobre este principio

Tenemos los siguientes:

- Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos;
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales del año 1950;
- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, del año 1955;
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes del año de 1975;
- Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, del año 1979;
- Principios de Ética Médica, aplicables a la función del personal de salud en la protección de las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1982; y,
- La Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

4.2.5.5. Comentarios al principio constitucional de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad admite la consideracion de bienes jurídicos constitucionales y esta valoracion asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y

[89] Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008. Art. 76

concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia.

Por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de los derechos constitucionales, y que está señalado en el Art. 132 numeral 2 de nuestra Constitución de la República, solo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales; así en términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad, mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal.

Hay que señalar que mediante el principio de proporcionalidad, se introducen las clases de la anti juridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional, de tal modo que la responsabilidad de los particulares, para su existencia requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intensión que se juzga lesiva; o sea que solo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifican la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución.

Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto.

> *"Por lo tanto el principio de proporcionalidad, es necesariamente individual y el castigo impuesto debe causar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa; y es así que el Art. 306 del Código de Procedimiento Penal en su parte pertinente señala que el Tribunal de Garantías Penales al elaborar la sentencia debe incluir una motivación completa y suficiente, y la regulación de la pena respectiva en caso que se hubiera declarado la culpabilidad del procesado; igualmente el Art. 312 en su parte pertinente señala que la sentencia que declare la culpabilidad (…)*

determinará con precisión el delito por el cual se condena y la pena que se impone".[90]

El principio de proporcionalidad, es la herramienta de aprovacion entre las facultades de investigación y persecución de los órganos del sistema penal y los derechos constitucionales atinentes a las personas objeto de la acción de este sistema; o sea que el principio de proporcionalidad, es el equilibrio que debe mantenerse entre el derecho a castigar que tiene el Estado y los derechos de las personas, de tal manera que ambas partes queden en igualdad de condiciones, para mantener un balance equitativo entre el poder punitivo del Estado y los derechos de las personas; porque toda persona a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada, con el respeto debido a la dignidad inherente del ser humano.

4.2.5.6. ¿Qué es la dosimetría penal?

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la Dosimetría de penas y sanciones es un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución, pero aclara que el carácter social del Estado de Derecho, es el respeto a la persona humana, a su realidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, que se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena.

De modo que ésta solo se consagre cuando sea estrictamente necesario; de tal manera que la Dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a los jueces velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa, se respeten los principios de razonabilidad

[90] Corcoy Bidasolo Mirentxu; "Manual Práctico de Derecho Penal"; Editorial Tirant Lo Blanch; Segunda edición; Valencia – España; Año 2009. Pág. 183.

y proporcionalidad, además el principio de igualdad está consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República y de este principio, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas al caso, o sea que el juicio exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 351 del 29 de diciembre de 2010, en los Arts. 175 y 176 trata sobre la infracción aduanera y las medidas preventivas y en los Arts. 177 al 189 sobre los delitos aduaneros, tipificando dichos ilícitos de acuerdo al valor de las mercancías, siendo contrabando cuando la cuantía sea superior a diez salarios unificados del trabajador en general; y esto tiene su razón de ser, pues el aumento de la pena en razón del valor de la cosa, objeto del delito se justifica siempre que el hecho punible se hubiere producido bajo algunas de la formas de culpabilidad, que admite el tipo analizado; de tal manera como señala el Código Penal, en ningún caso podrá imponerse dicha sanción con base en una mera valoración objetiva de la responsabilidad.

Además, la anti juridicidad material, conforme es de conocimiento general y así lo señala la doctrina, como queda manifestado en líneas anteriores se colige que entre la conducta típica y la respuesta punitiva se debe dar una relación de proporcionalidad, de tal modo que la gravedad de la pena dependa de la gravedad de la infracción.

En relación sobre los elementos de carácter normativo, que reforman el régimen aduanero, de acuerdo al valor económico de las mercancías materias de la operación, la doctrina y la jurisprudencia internacional han manifestado que la expansión de las circunstancias de agravación genérica, sin un aumento correlativo en la valoración social de los bienes jurídicos protegidos, que trae como consecuencia necesaria la restricción

de la libertad de los posibles infractores sería inconstitucional; más aún uno de los más importantes derechos que se han consagrado en la Constitución vigente, conforme señala el Art. 76 numeral 6 antes descrito, es aquel en cuya virtud no se puede responsabilizar a nadie con apoyo exclusivo en elementos objetivos, ya que según el Art. 76 numeral 2 ibídem *"Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad, mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada"*.[91]

Lo cual significa que en nuestro sistema no se admite la responsabilidad objetiva en materia penal, sino exclusivamente la subjetiva, toda vez que el Estado, para imponer la pena, está obligado a demostrar que la persona es culpable, es decir que ha actuado culpablemente.

4.2.5.7. El principio de lesividad

El principio de lesividad o anti juridicidad material, se deduce de las normas constitucionales, de tal manera que entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, así la gravedad de la pena, depende de la gravedad o levedad de la infracción, pues como he manifestado en líneas anteriores, la igualación de las conductas de poca significación social con aquellas de mayor gravedad, viola el principio de igualdad, porque no puede haber una pena excesiva, injusta, inequitativa y desproporcionada en relación con la ofensa cometida.

De lo presentado se desprende que el principio de lesividad, justifica el trato diferenciado en materia punitiva; de tal manera que si no existe objetivamente una mayor lesión al patrimonio económico, carece de fundamento jurídico imponer una misma sanción por la comisión de un

[91]Albán Gómez Ernesto; "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano", Décima Cuarta Edición; Ediciones Legales; Quito – Ecuador; Año 2012. Pág. 163.

delito sobre bienes de pequeña cantidad que sobre bienes que representan una lesión más grave al bien jurídico tutelado.

4.2.5.8. ¿Qué es el poder punitivo del estado?

El contenido axiológico que no es otra cosa que: orden, paz, seguridad jurídica, seguridad internacional consideración, que se plasma Constitución de la Republica, constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades de tal manera que con su elemento esencia La Constitución complementa en el terreno de la coerción publica voluntad o razón; o sea que solo el uso proporcionado del orden punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y solidaridad humanas, que es característica fundamental del Socialismo del Siglo XXI en la que se funda nuestra Constitución de la República.

Hay que recordar que el Asambleísta Constituyente de ciudad Alfaro, Cantón Montecristi, provincia de Manabí, erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio, de tal modo que sólo la utilización medida, justa y moderada de la coerción estatal destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento jurídico, pues solo así se lo puede entender a un Estado constitucional de derechos y justicia, cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades, lo cual presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal; de tal modo que la estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona, torna la dignidad e integridad del infractor penal en límite del auto de defensa social.

En el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el Asambleísta Nacional al dictar las leyes correspondientes, especialmente penales, debe actuar dentro de los límites constitucionales.

Tales límites pueden ser expresados con claridad como positivos, de tal manera que a este Asambleísta le está vedado, por voluntad expresa del Asambleísta Constituyente, la pena de muerte, porque en la Constitución de la República, en el Art. 66 numeral 1 dispone "Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte".[92]

De igual manera tampoco se pueden establecer penas de destierro, prisión perpetua o confiscación, peor aún someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, pues así lo señalan los Arts. 66 y 323 de la Carta Magna.

De lo citado se desprende, que, en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el Asambleísta Nacional debe propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre ellos, los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y de asegurar la vigencia de un orden justo, de una paz social y la garantía de la ética social pública.

4.2.5.9. ¿Qué es antijuridicidad material o principio de lesividad?

La antijuridicidad material ha sido distinguida por la doctrina jurídica penal y recogida en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito.

Sin duda alguna que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas que

[92]Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008. Art. 66.

viven en el Ecuador, pero en materia del ejercicio del poder punitivo del Estado, esta protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando a pesar de la reducida importancia del bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor.

Recordemos que la antijuridicidad material, tiene arraigo en la Constitución de la República y se lesionaría a la misma, por el hecho de dar un tratamiento punitivo a delitos contra el patrimonio económico independiente del grado de afectación del bien jurídico tutelado, como he manifestado en líneas anteriores.

4.2.5.10. La ley del Talión

Hay que considerar, que si admitimos un argumento de reciprocidad según el cual el derecho penal debe imponer al trasgresor un castigo equivalente al mal que causa, equivaldría a la negación de la idea misma de los derechos humanos y del constitucionalismo, pues se estaría eliminando todo límite al poder punitivo estatal, ya que resultaría, que si una persona tortura entonces ¿Debe el Estado torturarla?, si mutila a sus conciudadanos ¿Debe el Estado mutilarlo?; conviene recordar que vivimos en un Estado constitucional de derechos y justicia; y, que los derechos de las personas nacieron precisamente como limitaciones al Estado, por lo cual su consagración prohíbe la utilización de determinados medios para alcanzar objetivos de interés general, pues de lo contrario el juicio no sería la carta de derechos del ciudadano -como establece la Filosofía de los derechos humanos- sino la prueba y la declaración de que el delincuente al haber roto el pacto social se ha convertido en enemigo y por tal ya no ciudadano del Estado, con lo cual estaríamos aceptando la teoría del derecho penal del enemigo de Gustav Jakobs; en cambio, conforme a nuestro Estado constitucional de derechos y justicia, *"…se*

reconoce alas personas privadas de la libertad los siguientes derechos…",[93] en el Art. 51 de la Constitución de la República vigente.

De todo lo puntualizado se desprende, que la innovación democrática se construye con la idea de abandonar la Ley del Talión, pues la justicia penal, si quiere ser digna de su nombre no debe ser una venganza encubierta.

> *"De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción sean entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación".*[94]

Pues bien se considera la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena y el delito librado de culpabilidad, pues el derecho humanista abandona el accionar retributivo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos, como bien lo señala la Corte Constitucional de Colombia en varias de sus resoluciones.

También hay que mencionar que de acuerdo con el Art. 201 de la Constitución de la República, señala que el sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de la libertad y la garantía de sus derechos; el Art. 202 señala como se lleva a cabo la administración del sistema de rehabilitación social; y el Art. 203 las directrices de este sistema.

---

[93]Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008. Art. 51.
[94]Cornejo Aguilar José Sebastián. Origen y Proporcionalidad de las Penas Bogotá Editorial; Andes. 2015. Pág. 132.

4.2.5.11. Conclusiones

Se manifiesta el principio de proporcionalidad por las autoridades encargadas de administrar justicia especialmente a la hora de dictar sentencia condenatoria o absolutoria, en la que necesariamente deberá darse balance a la equidad entre la pena impuesta y los hechos cometidos, atendiendo a las circunstancias en que se dieron los mismos, pero es el juez o tribunal de garantías penales, el garante del equilibrio que se mantenga, pues son ellos quienes deben determinar la pena que debe dictarse, observándose que ella, se adecúe proporcionalmente a la gravedad de los hechos.

De lo que se colige, que el principio de proporcionalidad está íntimamente relacionado con la racionalidad en la actividad jurisdiccional, pues los criterios de la sana crítica se entrelazan con el principio de proporcionalidad a lo largo del proceso penal y deben ser observados por el juez en todo momento; de tal modo que el principio de proporcionalidad es el parámetro de conducta, que debe poner el juez para que garantice en todo momento un equilibrio entre el derecho a castigar del Estado y los derechos de las personas sometidas a un proceso penal, o sea que la pena debe ser resultante y consecuencia del hecho cometido.

Así la pena debe estar limitada entre otras circunstancias por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo, pues sólo de este modo la relación de culpabilidad y el grado de culpa con que se actuó en el caso concreto, se constituye en el principal parámetro a considerar para fijar la pena, teniendo siempre en cuenta que la pena tiene un significado rehabilitador, por lo que debe considerarse las condiciones personales del sujeto directamente relacionados con su acción, pues solo así se encuentra el equilibrio entre el valor concedido al bien jurídico afectado por el delito, en relación con el afectado por el tanto de la pena que le corresponde a quien lo realizó, siempre respetando la dignidad humana.

Hay que recordar que los principios generales del derecho consistente en dar a cada cual lo suyo y de proporcionalidad entre el daño y el castigo, saldrían mal librados de seguirse aplicando tal rigorismo, máxime si se tiene en cuenta que uno de los motivos de descredito y cuestionamiento de la justicia ha sido su severidad extrema con la pequeña delincuencia y la laxitud o generosidad con los grandes criminales.

Para concluir acotando, sobre este artículo es necesario insistir que la función del derecho penal en una sociedad transformada y en el Estado constitucional de derechos y justicia es más recatada, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social.

De tal manera que las penas en un Estado constitucional de derechos y justicia, no están orientadas por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general y de rehabilitación; esto es, debe tener efectos disuasivos ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones, así lo dispone el Art. 195 de la Constitución de la República que establece los parámetros dentro de los cuales tiene que intervenir la Fiscalía General del Estado en la investigación de los delitos de acción pública, esto es atendiendo los principios de proporcionalidad y mínima intervención penal, cuyo análisis jurídico lo hace el Dr. José C. García Falconí en el libro titulado “EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL, LA AMNISTÍA, EL INDULTO, LA LEY DE GRACIA Y SUS TRÁMITES. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE OPORTUNIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL”. .

4.3. Marco Jurídico

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1…; 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza".

Art. 75.- "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedida de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

Art. 76.1.- "Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las personas".

Art. 77.- "En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: 1…; 11. La juez o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada".

4.3.2. Código Orgánico Integral Penal

Art. 170. Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal,

será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia

Artículo 68 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,

“Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencias de naturaleza sexual, a los que se somete a un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio…”.

4.3.4. Código Orgánico de la Función Judicial.

Artículo 129.1 que habla sobre las Facultades y Deberes Genéricos de las Juezas y Jueces.

1. “Aplicar la norma constitucional y la de los instrumentos internacionales de derechos humanos por sobre los preceptos legales contrarios a ella”.

4.3.5. Legislación Comparada

4.3.5.1 Legislación española.

Artículo 181 del Código Penal

“1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
2. A los efectos del apartado anterior, se considerará abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3.- La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en el artículo se impondrán en su mitad superior si incurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, De las previstas en el apartado 1 de artículo 180 de este Código”.

Artículo 182.

“1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por laguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Artículo 180.

“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para los del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1ª) Cuando la violencia o intimidación ejercidas resistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2ª) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3ª) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4ª) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”.

4.3.5.2. Legislación colombiana.

El artículo 210ª, (Adicionado por la Ley 1257 de 2008, art. 29), sostiene como acoso sexual:

“El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno a tres años”.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

Entre los materiales utilizados se encuentran: Bibliografía jurídica, copias, Internet, impresora, computador, cartuchos de tina, carpetas, anillados, empastados, Cds, Esferográfico, lápiz.

5.2. Métodos

Realizar una investigación histórica, bibliográfica, y jurisprudencial del Derecho Penal con respecto a la pena y su evolución y del abuso sexual, con lo cual se determinará y delimitará el abuso sexual y su penalidad en nuestra legislación penal ecuatoriana, artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

Método materialista histórico.- Permitirá realizar un recorrido desde los orígenes de la pena, pasando por la República y llegar al tiempo contemporáneo.

Método científico.- Este método, mediante la utilización de herramientas confiables, permite conseguir conocimientos auténticos.

Método inductivo.- Facilita la investigación desde lo particular a lo general, mediante el estudio de casos de los cuales conseguimos la característica frecuente, lo que nos permite un juicio universal, con lo cual nos prepara reglas de carácter general.

Método deductivo.- Con este método competamos y ratificamos la valides del método inductivo, ya que de lo general llegamos a lo singular del problema, de las premisas a la conclusión, por medio de las reglas o pasos lógicos y descendentes.

Método descriptivo.- Facilitará el realizar una representación objetiva de la realidad actual en que se encuentra en problema a resolverse.

Método analítico.- Mediante la descomposición de la norma ene estudio determinaré sus consecuencias jurisdiccionales, lo que me permitirá de establecer y delimitar el abuso sexual y su penalidad en nuestra legislación penal ecuatoriana.

Método sintético.- Mediante la combinación de los elementos objetos de estudio, con los resultados del método analítico, realizaremos la conexión de sus relaciones formando un todo del abuso sexual y su penalidad, distinguiéndolas perfectamente, para construir homogéneamente la pena, de acuerdo al principio constitucional de la proporcionalidad.

Método estadístico.- Proporcionará información tabulada de la recolección de datos obtenidos mediante la técnica de la encuesta.

5.3. Técnicas

Las técnicas idóneas para el tipo de investigación a desarrollarse y que serán utilizadas son:

La observación.- Mediante la recopilación de casos y posiciones doctrinales me permitirá establecer las corrientes de política criminal aplicadas.

La entrevista.- Será dirigida a los operadores de justicia, a los usuarios y a un docente universitario, a quienes dirigiré preguntas directas sobre el abuso sexual y su pena en la legislación ecuatoriana, y con sus criterios estructurar una opinión sobre el tema.

La encuesta.- Será dirigida a profesionales del derecho, y personas naturales a quienes realizaré diez preguntas cerradas sobre el tema, lo que será tabulado e interpretado.

6.4. Instrumentos

Los instrumentos que utilizare en proyecto de investigación son:

Guía de observación.- En ellas se anotará el título de la obra, el nombre del autor, editorial, país, y número de páginas.

Guía de entrevista.- Que con los datos de las fichas bibliográficas servirán para facilitar la identificación y ubicación de revistas, periódicos, semanarios, etc.

Cuestionario.- Son fichas que me ayudaran a organizar la información obtenida de los libros, revistas, periódicos, etc.

Los resultados recopilados de la investigación serán contrastados y expuestos durante el desarrollo del trabajo investigativo ya como recopilación bibliográfica, cuadros estadísticos, culminado con la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, con conclusiones, recomendaciones y con la elaboración de la propuesta de reforma al artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de encuentras

De acuerdo a la tabulación e interpretación de las respuestas dadas a la encuesta tenemos las siguientes respuestas:

1.- En los términos que se encuentra redactado el artículo 170 del COIP, cree usted que es de tipo penal abierto o cerrado.

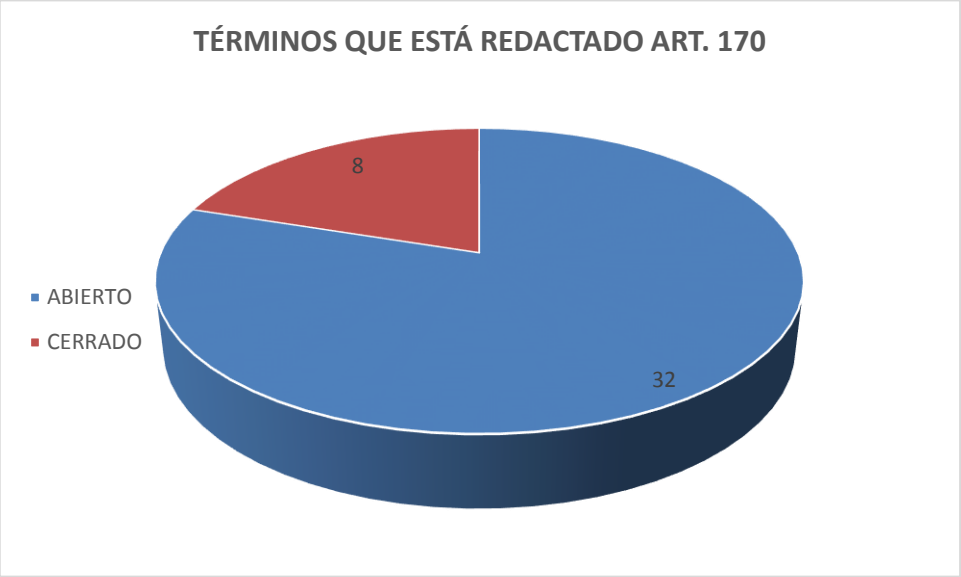
CUADRO 1

TÉRMINOS QUE ESTÁ REDACTADO ART. 170

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
ABIERTO	32	80%
CERRADO	8	20%
TOTAL	20	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 1



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

Treinta y dos son los profesionales del derecho que sostienen que es de tipo abierto, que significa un 80%; y ocho de tipo cerrado, lo que significa el 20%.

Interpretación:

Las razones que dan las personas que sostienen que es de tipo abierto se apegan a la doctrina existente, es decir que el artículo no delimita los casos y más bien deja a discrecionalidad del administrador de justicia en acomodar o encajar otras conductas en este tipo.

2.- Cree usted que la infracción de “abuso sexual”, tal y cual está descrita en el Art. 170 del COIP, está debidamente delimitada.

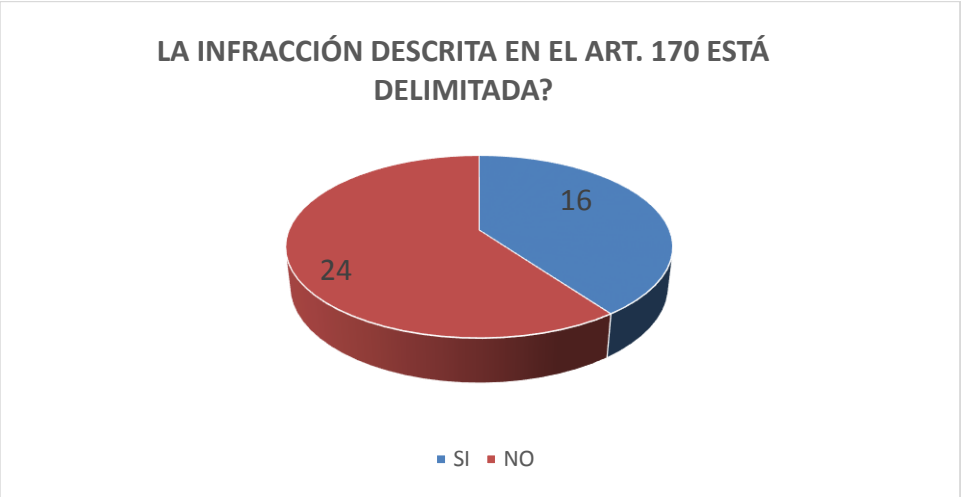
CUADRO 2

LA INFRACCIÓN DESCRITA EN EL ART. 170 ESTÁ DELIMITADA

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	16	40%
NO	24	60%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 2



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel chacón

Análisis:

Veinte y cuatro son los profesionales del derecho que sostienen que la infracción está debidamente delimitada, lo que significa el 60%; y dieciséis sostienen que no, lo que significa el 40%.

Interpretación:

Debemos interpretar los porcentajes como una variabilidad en el conocimiento de los conceptos de “norma de tipo abierto y de tipo cerrado”, con el de norma “debidamente delimitada”, ya que la norma cerrada es la que está debidamente delimitada, y al existir una diferencia del 20% en relación al porcentaje de la pregunta anterior existe duda del conocimiento de la pregunta; sin embargo se está confirmando por porcentaje mayoritario que la norma no es cerrada y por ende existe discrecionalidad del juzgador a la hora de juzgar.

3.- Todo contacto físico de naturaleza sexual, debe ser sancionado con pena de privación de la libertad de tres a cinco años o como una contravención.

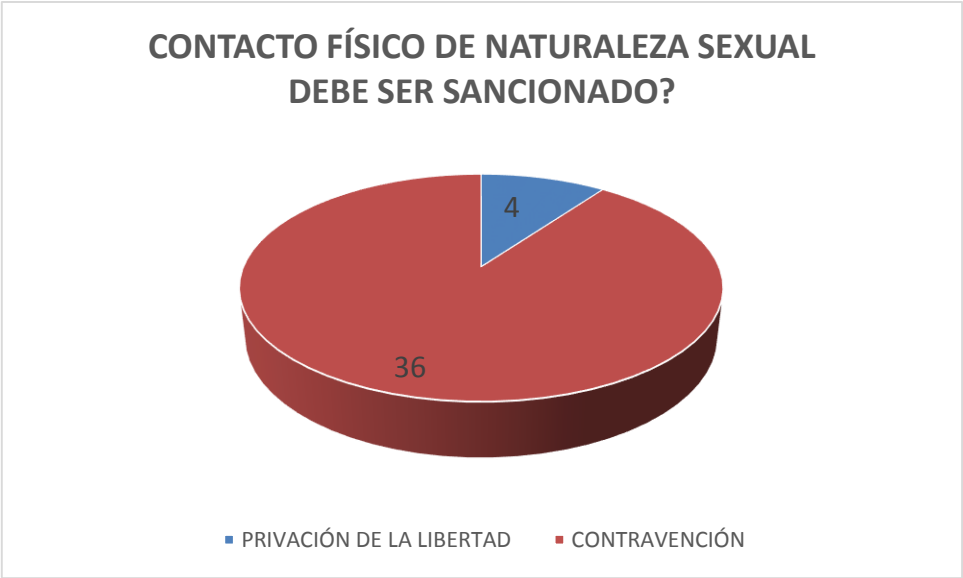
CUADRO 3

CONTACTO FÍSICO DE NATURALEZA SEXUAL DEBE SER SANCIONADO

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD	4	10%
CONTRAVENCIÓN	36	90%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 3



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

Son treinta y seis personas las que opinan con pena de privación de la libertad, lo que significa el 90%; y, son cuatro personas, las que sostienen que debe ser contravención, lo que significa el 10%.

Interpretación:

Dada la contundencia de las prepuestas en favor de que sea sancionada como contravención, esta corrobora la pretensión de este trabajo que es de introducir una norma que sancione a este tipo de acciones como infracciones y no como delitos, dado a lo específico del hecho, a que la acción no es violenta ni agresiva a más de ser rápida y no permanente que no pone en estado de inferioridad a la víctima.

4.- Cual cree que debería ser la pena máxima para este tipo de infracciones como tocamiento o sensaciones libidinosas?

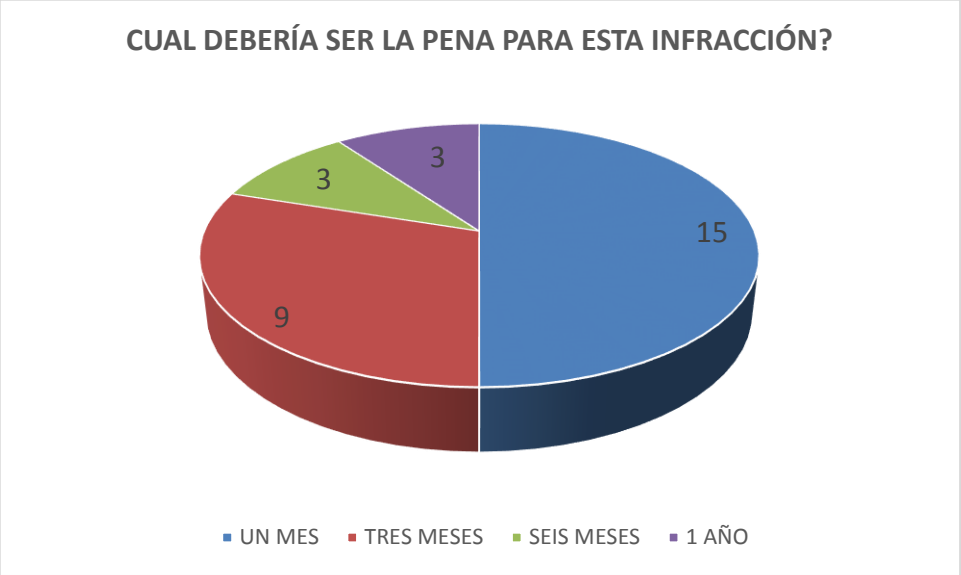
CUADRO 4

CUAL DEBERÍA SER LA PENA PARA ESTA INFRACCIÓN

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
UN MES	15	37.5%
TRES MESES	9	22.5%
SEIS MESES	3	7.5%
1 AÑO	3	7.5%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 4



Fuente: Encuestas aplicadas

Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

El treinta y siete coma cinco por ciento de los encuestados cree que debería ser la máxima de un mes, en tanto que el veinte y dos coma cinco por ciento sostiene que la pena máxima debe ser de tres meses, a esto sumamos que un siete coma cinco por ciento cree que debería ser un máximo de hasta seis meses, y un siete coma cinco por ciento piensa que deberían ser de un año la pena máxima.

Interpretación:

Con este escenario teneos que una pena “justa”, en razón de la muestra seria la del máximo un mes, a lo que añadiríamos, como interpretación, que la de dos meses debería ser para los reincidentes específicos.

5.- Cual debería ser el tipo de juzgamiento para estas infracciones

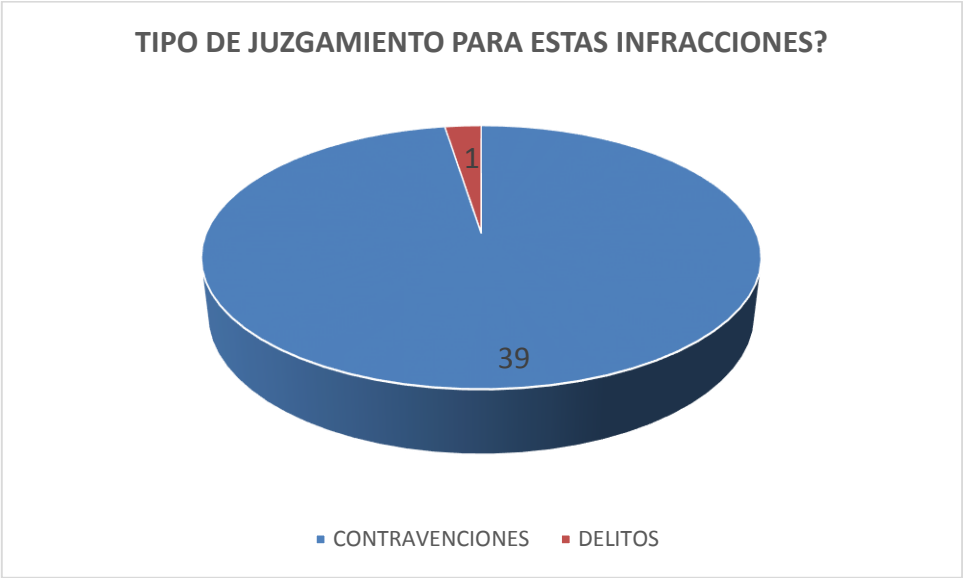
CUADRO 5

TIPO DE JUZGAMIENTO PARA ESTAS INFRACCIONES

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
CONTRAVENCIONES	39	97.5%
DELITOS	1	2.5%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 5



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

El noventa y siete coma cinco por ciento de los encuestados manifiesta que el trámite para este tipo de infracciones debe ser el de las contravenciones, mientras que el dos coma cinco por ciento determina que se debe considerar como delito.

Interpretación:

Esta repuesta contundente tiene como sustento el que ese procedimiento es rápido e impide en un gran porcentaje la impunidad, a más de que el tipo de infracción por ser fugaz, y no abrasiva no necesita de prueba contundente y abundante.

6.- Cree usted que la acción de hacer desvestir a una persona para mirar su cuerpo, para besar su cuerpo desnudo, o para tocarlo o acariciarlo, es una acción de igual reproche que la del "tocamiento o sensaciones libidinosas".

CUADRO 6

LA ACCIÓN DE ACARICIAR TODO EL CUERPO ES UNA ACCIÓN DE IGUAL REPROCHE

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	5%
NO	38	95%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 6

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

La respuesta, así mismo es contundente, ya que el noventa y cinco por ciento da una respuesta positiva, mientras que el cinco por ciento de los encuestados determina que no es reprochable.

Interpretación:
Aquí la mayoría razona en forma unánime sosteniendo que cuando se hace desvestir a una persona esta lo hace con conciencia, es decir, en el desvestirse la persona lo hace con prevención y temor de que le pueda sobrevenir algún mal mayor, en tanto que en los tocamientos estos se realizan en forma repentina y en forma inmediata se lo puede interrumpir.

7.- Cree usted que la acción de realizar un coito vestibular es de igual o casi similar reproche a la acción que, especialmente, en los buses o sitios de aglomeración de personas, se da cuando los hombres aprovechan para sobar o apegar su miembro viril en las caderas de una mujer; o la

otra acción, consistente en aprovecharse de las mismas circunstancias de aglomeración de personas para tocar cualesquiera de las partes sexuales

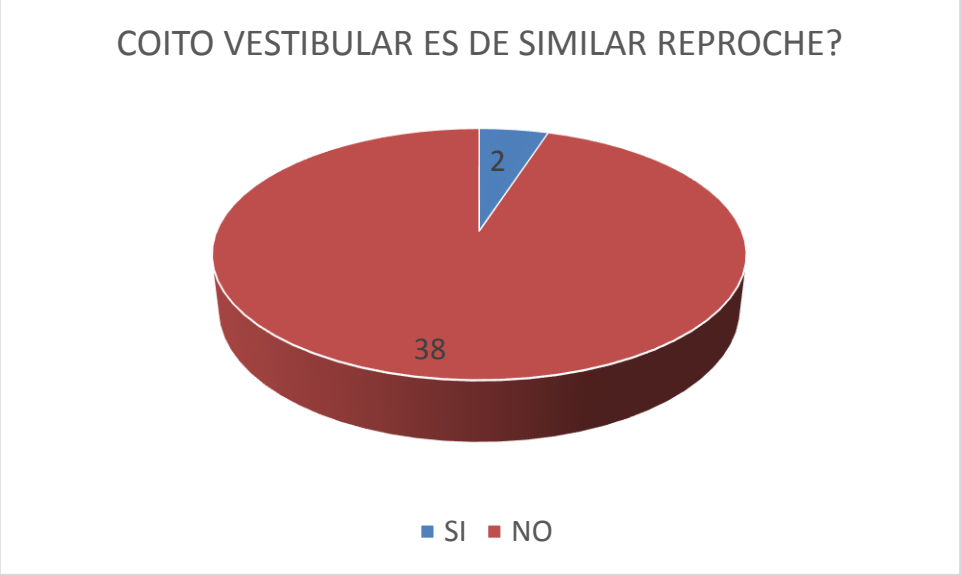
CUADRO 7

COITO VESTIBULAR ES DE SIMILAR REPROCHE

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	5%
NO	38	95%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 7



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis e interpretación:

Igual que la pregunta anterior aquí también la contestación es unánime

Interpretación:

Se sostienen casi idénticos argumentos, sumándose aquí que para lograr el coito vestibular pudo haber existido previamente violencia o amenaza lo que hacen la diferencia diametral con el otro tipo de infracción ya que en los trocamientos se realizan en forma repentina y en forma inmediata, con voluntad, se lo puede interrumpir, lo que a lo mejor en el coito vestibular la voluntad esta anulada. .

8.- Cree usted que una de las formas para agravar la sanción a este tipo de infracciones, las que se dan, especialmente, en los buses o sitios de aglomeración de personas, cuando los hombres aprovechan para sobar o apegar su miembro viril en las caderas de una mujer; o la otra acción, consistente en aprovecharse de las mismas circunstancias de aglomeración de personas para tocar cualesquiera de las partes sexuales, una vez penalizada como infracción, sería la de duplicar la pena máxima que se prevea para este tipo de conductas.

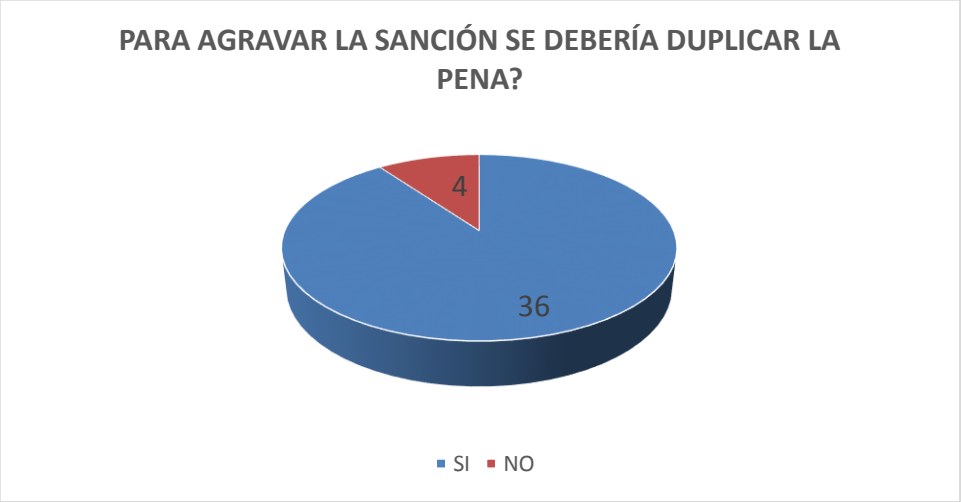
CUADRO 8

PARA AGRAVAR LA SANCIÓN SE DEBERÍA DUPLICAR LA PENA

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	36	90%
NO	4	10%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 8



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

Esta pregunta tiene una conexión con el contenido de la pregunta cuatro, razón por la que con el análisis de esta dos preguntas tendremos una confirmación de las dos preguntas, de ser coherentes sus estadísticas y repuestas, por lo tanto siendo dieciocho, el 90%, las personas que creen que debería duplicarse la pena para los reincidentes.

Interpretación:

Esta pregunta es concordante con el análisis de la pregunta cuatro que sostiene: cincuenta por ciento de los encuestados cree que debería ser la máxima de un mes, en tanto que el diez por ciento sostiene que se la máxima de un año o más, a esto sumamos que un treinta por ciento cree que debería ser un máximo de hasta tres meses, y un diez por ciento piensa que deberían ser seis meses la pena máxima, con este escenario teneos que una pena "justa", en razón de la muestra seria la del máximo un mes, a lo que añadiríamos, como interpretación, que la de dos meses debería ser para los reincidentes específicos.

9.- Piensa usted que de acuerdo a la descripción del tipo penal de Abuso Sexual traída en el Art. 170 del COIP, existe discrecionalidad punitiva, por parte de los operadores de justicia, derivada de la gravedad de la acción.

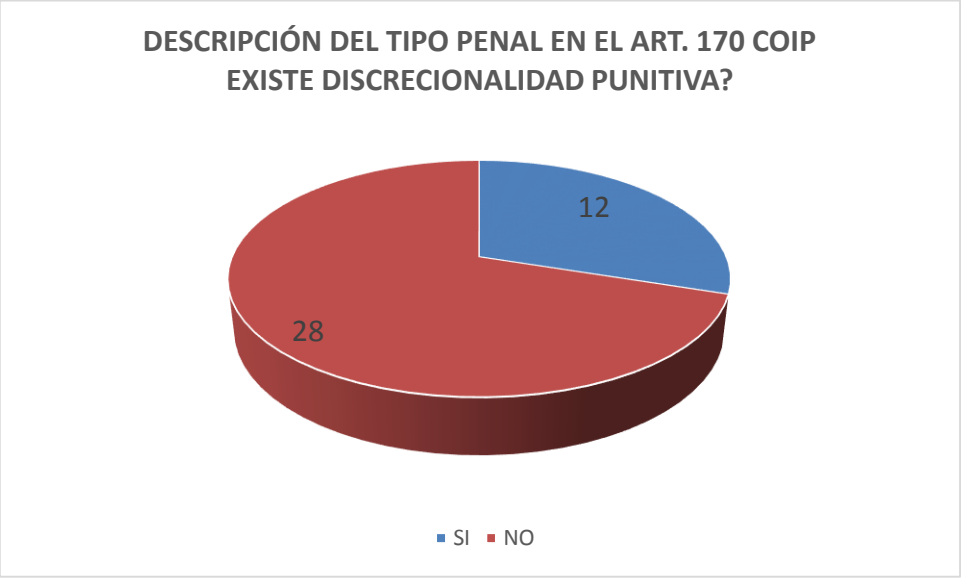
CUADRO 9

DESCRIPCIÓN DEL TIPO PENAL EN EL ART. 170 COIP EXISTE DISCRECIONALIDAD PUNITIVA

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	30%
NO	28	70%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 9



Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

Veinte y ocho personas sostienen que no, lo que significa un 70%; y doce personas sostienen que sí, lo que significa un 30%, debiendo tomar en cuenta una variable que afecta al 70% que será explicada seguidamente.

Interpretación:

Aquí la repuesta negativa es mayoritaria, en un setenta por ciento, explicando que el treinta por ciento se confunde en relación a la aplicación de atenuantes y agravantes, con lo cual concluiríamos que es un setenta por ciento que esta por la idea de que el operador de justicia no tiene discreción o ponderación al momento de imponer la pena por abuso sexual con base al contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

10.- ¿Estaría de acuerdo en que la pena para las acciones de tocamiento sexuales sin consentimiento y que no atenten gravemente al pudor sexual, deben ser sancionadas como contravención penal?

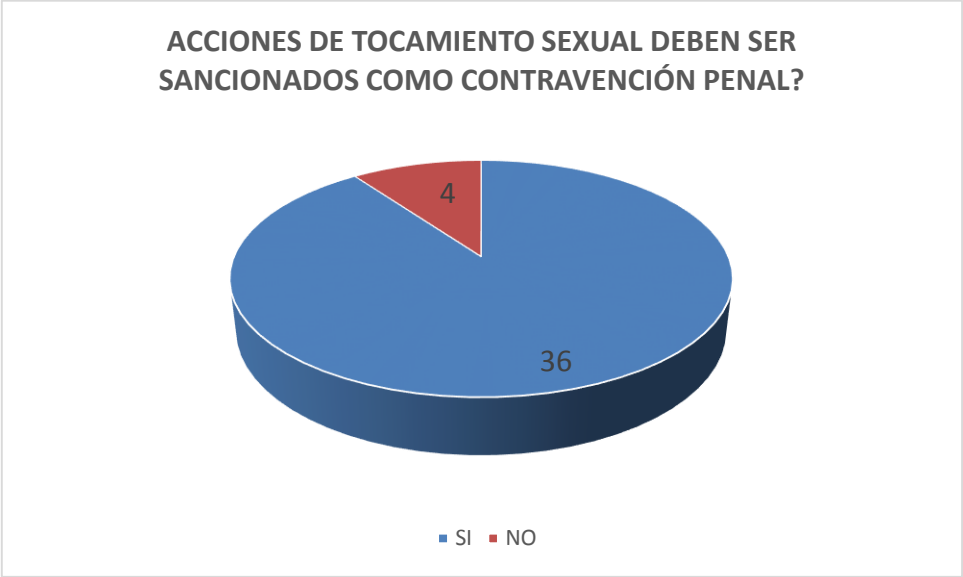
CUADRO 10

ACCIONES DE TOCAMIENTO SEXUAL DEBEN SER SANCIONADOS COMO CONTRAVENCIÓN PENAL

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	36	90%
NO	4	10%
TOTAL	40	100%

Fuente: Encuestas aplicadas
Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

GRÁFICO 10



Fuente: Encuestas aplicadas

Elaborado por: Héctor Hugo Muriel Chacón

Análisis:

Treinta y seis personas, es decir el 90%, contesta afirmativamente; y cuatro personas negativamente, lo que significa el 10%.

Interpretación:

coinciden en que las penas impuestas son demasiado drásticas a la razón del tipo de delitos en tanto otros, con más gravedad social tienen penas mínimas; dentro de estos casos dicen los de corrupción; las otras dos personas sostienen que tiene que erradicarse todo tipo de violencia y con mayor razón la violencia sexual.

6.2. Resultado de aplicación de entrevistas

Escuchadas y analizadas, en forma pormenorizada, las entrevistas realizadas a dos magistrados de la justicia penal sobre el tema, ambos coinciden en que la construcción y contenido de la norma, (Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal), adolece del defecto de amplitud, falta de delimitación, de la escasa delimitación del concepto cerrado de "abuso sexual", de la consideración de los diferentes grados de reproche que tienen los actos típicos que pueden estar inmersos en esta norma, y en lo exagerado de las penas impuestas en relación de la acción, del daño ocasionado a la víctima, de las secuelas que deja la acción reprochable, a más de la estrictez de la pena a imponerse, con mayor razón cuando a esta se le aplica las agravantes específicas determinadas en el artículo del Código Orgánico Integral Penal.

6.3. Estudio de casos

RECURSO DE CASACIÓN No. 1156
Juez Ponente: Dr. Paúl Iñiguez Ríos:

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.

Quito, 9 de septiembre de 2013, las 09h00.
VISTOS: ANTECEDENTES. El 20 de agosto de 2012, las 11h30, el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Manabí, dictó sentencia condenatoria en contra del ciudadano de nacionalidad ecuatoriana

Leonardo Colón Castro, por considerarle autor del delito tipificado en el artículo 504-1 en relación 508 del Código Penal, concomitantemente con lo dispuesto en el artículo 29.1 del mismo cuerpo normativo, que establece que para delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se consideraran circunstancias atenuantes, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor extraordinaria. Fallo que fuere impugnado mediante recurso de apelación interpuesto por el sentenciado y al que se adhiere la Fiscalía General del Estado. Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2012, a las 12h31, la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia condenatoria dictada por los jueces del Tercer Tribunal de Garantías Penales de Manabí, al considerar que existe la certeza de que está comprobada la existencia del delito así como que el procesado es autor del mismo, sentencia de la cual, Leonardo Colón Castro interpuso recurso de casación. Siendo el estado de la tramitación del recurso de casación el de resolver, para hacerlo, previamente, se considera: COMPETENCIA. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, tiene competencia para conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley, en virtud del artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, de los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio del 2013, que sustituye a los artículos 183 y 186 de la misma ley, y de las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia No. 03-2013 de 22 de julio del 2013 y No. 04-2013 de 22 de julio del 2013. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa, el doctor Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente, doctor Jorge Blum Carcelén Juez Nacional; y, doctor Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional. VALIDEZ PROCESAL. En el trámite del presente recurso de casación, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal, por lo que este Tribunal, declara la validez de lo actuado. FUNDAMENTACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL

RECURSO DE CASACIÓN. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: En la audiencia oral, pública y contradictoria, la abogada María Moreira Mendoza, en representación del recurrente Leonardo Colón Castro, manifestó lo siguiente: El Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, declaró culpable a mi cliente como autor del delito de atentado contra el pudor tipificado y sancionado en el artículo 504.1 en relación con el artículo 508 del Código Penal, imponiéndole una pena de 4 años reclusión mayor ordinaria, sentencia que fue apelada y por sorteo le correspondió conocer a la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, la misma que desestimó el recurso y confirmó la sentencia subida en grado. El presente recurso también lo fundamento en la causal tercera de la Ley de Casación, esto aplicación de los preceptos jurídicos en la valoración de la prueba. Tanto los señores Jueces del Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, como los señores Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, han sentenciado a mi cliente basándose en pruebas que no amerita. Se basan en el testimonio del señor Perito Médico Legista, Dr. Gabriel Loor, el mismo que el día de la audiencia, manifestó que había realizado el examen médico legal a Nancy Maricela Medranda Napa, la misma que es la hermana mayor de la supuesta ofendida N.N., pero en él supuesto no consentido de que se haya realizado el examen médico legal a la supuesta ofendida, en la audiencia de juzgamiento manifestó que no encontró nada, no hubo lesiones, escoriaciones que indiquen que la menor fue víctima de atentado contra el pudor por parte de mi defendido. Tanto el Tribunal Tercero de lo Penal como la Primera Sala de la Corte Provincial de Manabí, indicaron que se comprobó la materialidad de la infracción con el examen médico y con el reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento que no especifica ninguna característica del inmueble donde vivía la menor supuestamente afectada. Los jueces han violado los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal. El señor fiscal no logró probar ni la existencia de la infracción peor aún la responsabilidad de mi defendido. No se comprobó

el nexo causal en el presente caso. Como antecedente, la presente causa inicia por una denuncia presentada por Nancy Medranda Napa, hermana mayor de la menor. En esa denuncia manifiesta que ha sido víctima de atentado contra el pudor, indicando que mi defendido en alguna ocasión le había tocado sus partes íntimas, pero sucede que cuando sucedieron estos hechos, la víctima tenía 19 años y en la misma denuncia indica que su hermana menor también había sido víctima de atentado al pudor y las versiones que rindió esta señorita fueron totalmente contradictorias, en una dice que estos hechos sucedieron en marzo del 2011, en otras ocasiones dice que fue en mayo de 2011 y en otras dice que sucedió el 12 de agosto de 2011, cuando se encontraba durmiendo, en horas de la madrugada lo ve a mi defendido sobre el toldo, al percatarse de eso sale corriendo, pero la pregunta es que al estar sobre el toldo jamás pudo haberle tocado las partes íntimas, sin embargo los jueces toman en cuenta este testimonio para condenar a mi defendido. Nunca hubo un examen psicológico a la menor, para demostrar la materialidad de la infracción. Los jueces del Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, como los, señores Jueces de la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, han violado los artículos antes mencionados y además el artículo 76 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República; así como, el numeral primero del artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN: (sic) Por su parte, la doctora Yolanda Paredes, representante del señor Fiscal General del Estado, manifestó lo siguiente: El Tribunal Tercero de Garantías Penales de la Provincia de Manabí, declaró culpable al ciudadano Leonardo Colón Castro, autor responsable del delito de atentado al pudor tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, imponiéndole una pena de 4 años reclusión mayor ordinaria, sentencia que fue confirmada en todas sus partes por la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, es decir existe doble conforme. De esta sentencia el hoy recurrente interpone recurso de casación el hoy recurrente (sic) y en su exposición la abogada manifestó que lo

fundamenta en el artículo 3 de la Ley de Casación, sin tomar en cuenta que el artículo 20 de la misma ley refiere que esta ley no es aplicable en los procesos penales. Se dice que se ha violentado el artículo 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, de lo cual debo manifestar que se ha demostrado tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del hoy recurrente, con las pruebas y documentos que fueron introducidos en la audiencia del juicio, cuyas pruebas han sido valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica. Si hubiese alguna lesión o agresión a la víctima estaríamos frente a otro tipo penal. La recurrente no ha mencionado violación alguna de la ley, en la cual haya incurrido el Tribunal juzgador. No ha mencionado las causales establecidas en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal. No ha demostrado el error de derecho que contiene la sentencia, que puede ser subsanada mediante este recurso. Se ha limitado a hacer un análisis de todas las pruebas que ya fueron practicadas y valoradas en la audiencia de juzgamiento, lo cual desnaturaliza la esencia del presente recurso extraordinario de casación, pretendiendo que se vuelva a valorar las mismas. Por lo expuesto solicito rechacen el presente recurso por falta de argumento legal. REPLICA: En la réplica, la abogada de la parte recurrente, doctora María Moreira Mendoza, manifestó: "Los jueces han violentado las normas legales y constitucionales que referí anteriormente. Los señores jueces al valorar la prueba en la sentencia dicen cosas diferentes, totalmente erradas, narran cosas que jamás dijeron los peritos y testigos al rendir sus testimonios en la audiencia de juzgamiento. Solicito que casando la sentencia dictada por la Sala Corte Provincial de Justicia de Manabí, se ratifique el estado de inocencia de mi defendido". EL RECURSO DE CASACIÓN. El tratadista, español Andrés de la Oliva Santos, respecto del recurso de casación, sostiene: "El recurso de casación es un recurso devolutivo extraordinario ante el grado supremo de la jerarquía judicial Por su carácter extraordinario procede únicamente si concurren los presupuestos y requisitos especiales determinados en la ley" (Derecho Procesal Penal, Editorial Centro de Estudios Ramón

Areces, S.A., Cuarta Edición, Primera Reimpresión, 2000, Madrid-España, pág. 623), de este concepto se infiere, que para la procedencia del recurso de casación, es necesario que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, esto es, que se precise la violación de la norma en cualquiera de las hipótesis determinadas en la ley. La casación al ser un medio de impugnación extraordinario, está sometida a restricciones para su procedencia, se ha configurado en interés de la ley para un control de legalidad de la sentencia impugnada. En tal virtud, el recurso de casación penal constituye un instrumento protector de los derechos humanos y de las garantías constitucionales de los sujetos procesales, teniendo por objeto alcanzar la justicia y recuperar la paz social. Asimismo, la casación constituye una manifestación del ejercicio del derecho a la impugnación, garantizado en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República, en relación con el artículo 8.2 literal h) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que señala: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: "...derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior", norma que guarda concordancia con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece: "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescrito por la ley". La jurisprudencia ecuatoriana, sobre la procedencia del recurso de casación penal, se ha pronunciado en los siguientes términos: "...Para la procedencia del recurso de casación en el ámbito penal, es imprescindible que en la fundamentación se determinen con certeza los cargos contra la legalidad de la sentencia impugnada, vale decir, que se especifique la violación de la norma en cualesquiera de las hipótesis fijadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal. La violación del precepto no debe buscarse en la parte motivada de la sentencia, sino en la parte dispositiva que es la que contiene la decisión definitoria. De otro lado, necesario es destacar que

por cuanto la casación no es un recurso ordinario, no está en la esfera de las facultades de la Sala efectuar nueva valoración del caudal probatorio, ni volver a analizar las argumentaciones jurídicas sostenidas por los sujetos procesales durante la sustanciación de la causa. En lo atinente a la apreciación de la prueba, debe tener presente que la sana crítica no está sujeta a una escala valorativa, por lo cual no puede sustentarse un recurso de casación en supuesta violación de su normativa. (Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 186.). No hay otra causa que sustente la procedencia del recurso, puesto que, en virtud del principio de taxatividad, solo la ley determina los motivos para su procedencia. EL DELITO DE ATENTADO CONTRA EL PUDOR. El delito de atentado contra el pudor, se encuentra tipificado y sancionado en el artículo 504.1 del Código Penal, que establece lo siguiente: "Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista- acceso carnal.", dicho delito consiste en obligar a una persona, a realizar actos de naturaleza sexual, sin llegar al acceso carnal, siendo el derecho humano a la integridad psíquica, física y sexual, el que se vulnera con una conducta de esta naturaleza. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PRIMERO: El artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, establece las causales por las cuales procede el recurso de casación, así, cuando en la sentencia se hubiera violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. Existe contravención expresa del texto de la ley, cuando se desobedece o se actúa en contrario de lo que la ley expresamente señala; tiene lugar la aplicación indebida de una norma, cuando se aplica una norma legal de manera errónea a determinado caso; y, errónea interpretación, cuando por interpretar la norma de derecho material que se encuentra oscura e incompresible, se llega a una interpretación distinta a su verdadero sentido. En virtud de lo expuesto y en uso de sus facultades, a este Tribunal le compete, resolver el recurso de casación en el marco de las

violaciones que se alegaren por parte del recurrente, respetando los hechos fijados por el tribunal de apelación, pues como se ha dicho reiteradamente, lo que corresponde es la valoración jurídica de la sentencia impugnada, a fin de determinar si existe violación de la ley en los términos establecidos en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, de ahí que reviste gran importancia que el recurrente mencione y fundamente claramente cuáles normas específicas de la ley se han violado. SEGUNDO: En el presente caso, la defensa del casacionista, fundamentalmente alegó que el tribunal de alzada, al dictar sentencia condenatoria en contra de Leonardo Colón Castro, como autor del delito de atentado al pudor tipificado en el artículo 504.1 en relación con el artículo 508 del Código Penal, aplicó indebidamente los preceptos jurídicos de valoración de la prueba y por tanto lo dispuesto en los artículos 85, 86 y 88 del Código de Procedimiento Penal, enfatizando que la sentencia ha sido dictada basándose en pruebas que no amerita la condena. No obstante, la defensa del casacionista incurre en un error, al fundamentar el recurso de casación en el artículo 3 de la Ley de Casación, sin tomar en cuenta que dicho cuerpo normativo en el artículo 20 plantea una excepción en materia penal al establecer que: "(...) EXCEPCIÓN.- El recurso de casación en las causas penales se regirá por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal (1), mal se puede fundamentar entonces el recurso de casación en materia penal, en una norma que no es aplicable en materia penal, reiterándose que en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se encuentran claramente establecidas las causales por las cuales procede el recurso de casación, por lo que la fundamentación del recurrente es equivocada al proponer dicho recurso al amparo de lo establecido en la causal tercera de la Ley de Casación. TERCERO: No obstante lo anotado, revisada la sentencia impugnada, al amparo de las alegaciones del casacionista, considera este Tribunal de Casación, por así evidenciarse, que el tribunal de alzada, al dictar la sentencia, no violó la ley, por indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 85, 86 y 88 del Código de

Procedimiento Penal, por cuanto del proceso se observa que la prueba ha sido pedida, valorada, practicada e incorporada en la audiencia de juzgamiento, conforme a ley, las mismas que en libertad han sido practicadas por los sujetos procesales, sin que las mismas contravengan la ley y los derechos de las personas, existiendo nexo causal entre la infracción y el responsable del delito señor Leonardo Colón Castro, por tanto, sin que signifique revalorizar la prueba, este Tribunal considera, que el juzgador ad-qúem llegó a determinar la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado, de conformidad con lo establecido en el artículo 304-A del Código de Procedimiento Penal, consecuentemente la sentencia de apelación es la que constitucional y legamente corresponde. Es importante señalar y dejar claro que, en la interposición del recurso de casación, deben observarse necesariamente los principios de taxatividad, de autonomía y no contradicción, de limitación, de prioridad, de presunción de acierto, de trascendencia, de insensibilidad, de imposibilidad, a fin de que se pueda realizar un debido cuestionamiento de la ratio decidendi de los Juzgadores. DECISIÓN. En virtud de la consideraciones que anteceden, al tenor de lo previsto el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el señor Leonardo Colón Castro y fundamentado por la doctora María Moreira Mendoza. Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines pertinentes. Actué la doctora Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada. Notifíquese.f) Dr. Paul Iñiguez Ríos, Juez Nacional Ponente. Dr. Jorge Blum Carcelén, Juez Nacional. Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional".

Dados estos dos casos encontramos que el delito de atetado al pudor, - el cual está inmerso en el artículo en estudio- es el que mayor concreción tiene en relación a un delito de mayor reproche y que debe ser penalizado

en la forma como lo está, pero no así las otras acciones de “tocamiento”, que en la mayoría de las veces son de tipo sorpresivo, instantáneo, disimulado, sin agresión ni amenaza.

En todo caso, la tradicional gravedad de las sanciones asignadas a estos delitos —si se las compara con las previstas para los tipos básicos contra la libertad— permite sostener que, en realidad, con ellas no solo se castiga la conducta de obligar a otra persona a realizar o tolerar una conducta no deseada (si así fuera, bastaría seguramente con el delito de coacciones), sino que también se valora la importante afectación a la dignidad de la víctima que se produce en los casos más graves de atentados contra la libertad sexual.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

A medida que avanzaba la investigación los objetivos propuestos en el marco teórico, jurídico y doctrinario se fueron cumpliendo uno a uno, los mismos que paso a detallarlos en la siguiente forma:

7.1.1. Objetivo general.-

El objetivo general planteado fue, analizar el monto de la pena prevista para los delitos de “abuso sexual”, tipificados y sancionados en el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, pena privativa de la libertad que tiene como piso el tiempo de tres años, y como techo el tiempo de diez años, todo esto bajo el título que se le dio a la investigación como, “Dosimetría de las penas en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 170”.

Con este objeto, partiendo del principio constitucional de la proporcionalidad de las penas, se revisó y analizo en forma crítica los pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador, de Organismos Internacionales de Derechos Humanos, la doctrina, las leyes y normas, que tienen que ver con el caso, lo que nos ha llevado a la conclusión de que se debe agregar una norma legal, luego del artículo 170 del Código Orgánico Integral al Penal, que delimite y especifique delitos que están, al momento, inmersos y castigados bajo el contenido del artículo 170 y que son de menor cuantía o gravedad, con lo que se confirmado, en su totalidad, el objetivo general planteado.

7.1.2. Objetivos específicos

1. Dentro del tema propuesto, como tema específico, se encuentra el determinar que para el contacto físico libidinoso, de una persona a otra, sin su consentimiento, sea tipificado fuera del contenido del artículo 170, en razón de que estas acciones son de menor gravedad, y sus secuelas son casi nulas.

Es así que del análisis del desarrollo del tema, así como de las repuestas dadas a las preguntas "2.- Cree usted que la infracción del "abuso sexual", tal y cual está descrita en el Art. 170 del COIP. Está debidamente delimitada", ocho positivas y doce negativas; a la pregunta 3.- "Dado a que el Art. 68 del Código de la Niñez y Adolescencia penaliza "todo contacto físico", que debe ser de naturaleza sexual, lógicamente, cree usted que la acción que, especialmente en los buses o sitios de aglomeración de personas, se da cuando los hombres aprovechan para sobar su miembro viril en las caderas de la mujer; o la otra acción consistente en aprovecharse de las mismas circunstancias de aglomeración de personas para tocar cualesquiera de las partes sexuales o corporales apetecibles de una mujer, debe ser sancionado con pena de privación de la libertad de tres a cinco años o como contravención" siendo la repuesta de quince personas que la sanción sea de un mes, de que debe ser tratada como contravención; en lo que se refiere a la pregunta 4, que dice, "Cual cree que debería ser la pena máxima para este tipo de infracción" se llegó a la conclusión que debería ser la de un mes; la pregunta 6 aborda, "Cree usted que la acción de hacer desvestir a una persona para mirar su cuerpo, para besar su cuerpo desnudo, o para tocarlo o acariciarlo a todo su cuerpo, es una acción de igual reproche que las descritas en la pregunta 3 de esta encuesta, la repuesta es contundente, en sostener el noventa y cinco por ciento que no es de igual reproche, por lo tanto no son de igual gravedad; igual pronunciamiento aplastante se tiene cuando se compara, en la pregunta 7, el contenido de la pregunta 3 con la de coito vestibular . El análisis de estas repuestas dadas nos ha llevado a la conclusión de que no está debidamente

tipificado y delimitado el “abuso sexual” en el COIP, lo que influye en forma directa en su penalización, lo que abordaremos en forma inmediata.

2.-Otro tema que deriva como especifico, es el que tiene que ver con la “regulación de la pena”, dado a que no existe un delimitación del “abuso sexual” y por ende se incluyen en esta tipificación a hechos que poca monta, es lógico que esto llega a incidir en forma sustancial en la imposición de la pena, lo que se ha dado a llamar en la doctrina como “Dosimetría”, lo que está recogido en los resultados de la pregunta 3 que dice, “Dado a que al Art. 68 del Código de la Niñez y Adolescencia penaliza “todo contacto físico”, que debe ser de naturaleza sexual, cree usted que estas acciones previstas que se dan especialmente en los buses o sitios de aglomeración de personas, y cuando los hombres aprovechan para sobar o apegar su miembro viril en las caderas de la mujer: o la otra consistente en aprovecharse de las mismas circunstancias de aglomeración de personas para tocar cualesquiera de las partes sexuales o corporales apetecibles de una mujer, debe ser sancionado con pena de privación de la libertad de tres a cinco años o como una contravención”, aquí los encuestados se pronuncian en contundente dieciocho personas para que se los penalice como contravención y dos como delito; a esto sumamos que la pregunta 4 tiene como respuesta el cincuenta por ciento de que se penalice como contravención con el máximo de un mes de privación de la libertad, y en análisis del porcentaje restante se concluye que sería el máximo de dos meses de privación de la libertad como pena máxima para reincidentes; estas dos respuestas analizadas, fluyen con las repuestas de la pregunta 5 y de la 8, que en el 100% sostiene que el procedimiento para juzgar estos hechos debe ser el de las contravenciones”.

De todo esto se tienen dos posiciones que no llegan a conciliar, la primera la del legislador ecuatoriano, quien mediante el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, tipifica y sanciona al abuso sexual,

sin delimitarlo al mismo, es decir en este tipo penal caen todas aquellas conductas que, “una persona que en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal”; en tanto que el operador de justicia, los abogados en libre ejercicio y el usuario del servicio de la administración de justicia discrepan en cuanto a la falta de delimitación del abuso sexual o del atentado al pudor, como se lo llamaba hasta las reformas del Código Penal del 2005, en donde se lo despenalizó y luego, en forma desesperada se introdujo una interpretación en donde se dijo que ese tipo de conducta estaba subsumida en el artículo 9 de la Ley Reformatoria al Código Penal que tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de edad, publicada en el Registro Oficial N° 45, de 23 de junio de 2005, en el sentido que: “Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia. Las palabras “someta”; y, “Obligarla”, que contienen este artículo se entenderán como actos momentáneos o paramentes para doblegar la voluntad de la víctima…”.

Es preciso anotar, que en este sentido el profesor Francisco Muñoz Conde, nos indicaba que no puede penalizarse a los besos, a los abrazos, caricias y otro tipo de expresiones de amistad o cariño, aun cuando el pasivo no los quiera recibir, o cuando estos han sido dados por error, y nosotros diríamos peor aún con las agravantes que estos comporta, la familiaridad, el ser conocidos, ser cónyuges o ex cónyuges, conviviente o ex conviviente, pareja o ex pareja en unión de hecho, ascendientes o descendiente como lo establece la disposición común a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva previstos en el artículo 175 del Código

Orgánico Integral Penal, y con mayor razón cuando la pena puede llegar hasta la privación de la libertad de trece años, cuatro meses, con el mecanismo de aplicación de las agravantes determinado en el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal.

Por todo esto concluimos que “la Dosimetría de las penas previstas en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal”, que es el título de esta investigación se ha justificado de manera plena ya que se ha demostrado que la penalización prevista atenta contra los derechos humanos, la dignidad de la persona, pese a que con esto no se desconoce la dignidad de la víctima, sino que se le reconoce la oportunidad de reeducación del sujeto activo, de enmendar su conducta y de ser un hombre propositivo para la sociedad.

3.- Como consecuencia de los objetivos específicos antes indicados, es imperiosa la necesidad de elaborar una propuesta jurídica que incluya un artículo, luego del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, que penalice los tocamientos libidinosos de una persona a otra, sin su consentimiento, de forma más benigna a la establecida en el artículo 170, cumpliéndose así el principio constitucional de la proporcionalidad.

7.2. Contrastación de la hipótesis

Se planteó como hipótesis, la ausencia o carencia de conceptualización a los actos libidinosos cometidos por una persona en otra persona, sin su consentimiento, ya que están incluidos dentro del contenido del título “abuso sexual” del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, y por ende el monto de la pena es desproporcionada, lo que contraviene el principio constitucional de la proporcionalidad de la pena en razón del hecho lesivo reprochable, conocido en la doctrina como “Dosimetría de las penas”.

Esto ha sido debidamente determinado, ya por el alcance del principio constitucional de la proporcionalidad, de los pronunciamientos de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, del derecho comparado y de la doctrina, así como de los resultados de las entrevistas y encuestas realizadas, mediante investigación de campo, que a la final son para quienes se elaboran las leyes y quienes deben cumplirlas.

7.3. Fundamentación de la Reforma Legal

Como ya lo hemos indicado en el punto anterior existe una muy amplia distancia, entre el atentado al pudor y los “acciones de tocamiento”, ya que en las primeras siempre prima un estado mental de dolo, de preparación y de efectos negativos en la víctima, en razón del alto grado de reproche que implica esta infracción, en tanto que las “acciones de tocamiento”, por su esencia misma son fugases, no planificadas o predeterminadas, en razón de la víctima, que no dejan huellas o secuelas graves, sino, a lo mejor, una conspicua previsión para evitarlas, y por lo tanto su exagerada penalización no está acorde con la gravedad del hecho y el grado de reproche, es decir debe imperar principio de proporcionalidad que presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales en colisión.

Así mismo, dada a una deficiente estructura de la norma, el juzgador no tiene los elementos ni parámetros suficientes para determinar con certeza la intención del legislador, lo que lo obliga a introducir en el delito tipo a todo acto en contra de la libertad e indemnidad sexual, sabiendo que estos son de diversos tipos, desde muy leves hasta aquellos que causan graves daños psicológicos, a más de esto su penalización no se compadece con las conductas leves o levísimas que atacan este bien jurídico protegido. Estas conclusiones no solo surgen de la antigua y actual legislación ecuatoriana, sino también de la legislación comparada.

8. CONCLUSIONES

1. Desde una perspectiva político-criminal conviene destacar el proceso de endurecimiento que el Derecho penal sexual ecuatoriano, como el de otros ordenamientos jurídicos próximos, ha experimentado en los últimos años. Este fenómeno se ha manifestado tanto en un aumento general de las penas como en la creación de figuras legales para luchar contra nuevas formas de agresión a los bienes protegidos.

2. Se ha determinado que la infracción de “abuso sexual”, no está debidamente delimitada o conceptualizada en nuestra legislación ya que se ha legislado como un tipo penal abierto, lo que da discrecionalidad al juzgador para “determinar” actos que ingresen en este “tipo penal”, y lo convierte en peligros ya que atenta contra el principio de legalidad, que sostiene que el hecho o la acción debe estar previamente declarada o descrita como infracción para que sea penalizada; y,

3. Toda penalización debe obedecer o subsumirse al principio de proporcionalidad que presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferenciada, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia.

9. RECOMENDACIONES

1. Que se cree una normativa que justifique el delimitar el concepto de “abuso sexual”, en nuestra legislación y determinar los actos o alcances de este concepto.

2. Se considere el derecho a la penalización que debe ser de acuerdo a la gravedad del hecho.

3. Se considere incluir un nuevo artículo o norma en el Código Orgánico Integral Penal, luego del Art. 170, que salve o delimite hechos que atentan contra la sexualidad o indemnidad sexual, en proporción a la subjetividad del agente activo, el daño físico y psicológico de la víctima o agente pasivo, y las consecuencias del hecho en relación a la proporcionalidad del grado de reproche, esto bajo el principio constitucional de la proporcionalidad de las penas y del principio doctrinario de la Dosimetría de las penas.

4. Que la Universidad Nacional de Loja, acoja este estudio y lo socialice mediante foros, eventos, y otros, para hacer conciencia de la falencia de la ley y el peligro en que se encuentran los ciudadanos, para así llegar a concienciar a la legislatura y proceda a realizar la inclusión de un nuevo artículo, que lo estamos proponiendo, o que reforme la figura penalizada del “abuso sexual”, delimitándolo en su conceptualización y concomitantemente con su penalización teniendo en cuenta el principio constitucional de la proporcionalidad de las penas y el principio doctrinario de la “Dosimetría de las penas”.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

Asamblea Nacional

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 84 de la Constitución concede a la Asamblea Nacional la potestad normativa y la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los Tratados Internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano;

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia y que es necesario realizar cambios normativos que respondan coherentemente al espíritu de la Constitución;

Que, en el inciso primero del artículo 424, se ordena que la Constitución es la Norma Suprema del Estado y prevalece sobe cualquier otra del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales;

Que, de conformidad con el artículo 76 de la Constitución se debe establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, de acuerdo a la gravedad o grado de reproche;

EN USO DE LAS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES EXPIDE LA SIGUIENTE LEY QUE DEBERA SER INTEGRADO AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

ARTÍCULO 1.- AGRÉGUESE: A continuación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal agréguese el siguiente artículo innumerado que diga:

“Art. Innumerado…. Acciones de tocamiento.- La persona que ejerciere acciones de tocamientos sexuales libidinosos a otra persona sin su consentimiento, será sancionada con privación de la libertad de hasta sesenta días, y esto se agrava cuando sea en contra de personas de atención prioritaria y su reincidencia será penada con el doble de la pena prevista”.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA:

PRIMERA.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, a los treinta días del mes de agosto del año dos mil dieciséis.

Gabriela Rivadeneira

Presidenta

10. BIBLIOGRAFÍA

Abarca Galeas, Luis. (2011). *Lecciones de Procedimiento Penal*; Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito – Ecuador; Año 2011.

Albán Gómez Ernesto; "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano", Décima Cuarta Edición; Ediciones Legales; Quito – Ecuador; Año 2012.

Anbar, Diccionario Jurídico, con legislación ecuatoriana. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Quito – Ecuador; Año 2004.

Armaza Galdos Jorge; "La decisión Judicial"; Editorial Gaceta Jurídica; Lima – Perú; Año 2009.

Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid – España, Año 2009.

Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesal Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato – Ecuador; Año 2012.

Carbonell Miguel; "Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales"; Cevallos Editorial Jurídica; Quito – Ecuador; Año 2010.

Cárdenas García Luis Alfredo; Principios de la Jurisprudencia Bogota-Colombia: Editorial Andino, 2005

Chico Peñaherrera Reinaldo, Reflexiones sobre los delitos sexuales en el Código Penal Ecuatoriano. Azuay: Editorial Amazonas, 1981.

Código de la Niñez y Adolescencia. Corporación de estudios y Publicaciones. Quito, 2005.

Código Orgánico Integral Penal, Editorial Jurídica,Quito 2014.

Código Penal Español. Madrid: Editorial Jurídico, 1999

Constitución de la República del Ecuador. Montecristi – Ecuador. 2008

Corcoy Bidasolo Mirentxu; "Manual Práctico de Derecho Penal"; Editorial Tirant Lo Blanch; Segunda edición; Valencia – España; Año 2009.

Cornejo Aguilar José Sebastián.Origen y Proporcionalidad de las Penas Bogotá Editorial; Andes. 2015

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Océano. 2008

Glueck, El análisis de la criminalística desde el derecho penal. Bogotá: Editorial Andes. 1970.

González Cuellar Serrano. Análisis punitivo de las penas. Quito. Editorial Oriol. 1990.

Grocio, Hugo. *Derecho constitucional.* Quito: Editorial Eliastha. 2012.

Martínez Bastidas Eduardo. Política criminológica. Medellín: Editorial: Andes, 2007

Memorias; "XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología"; Editorial LEYER; Bogotá – Colombia; Año 2006

Montealegre Eduardo; "La Ponderación en el Derecho"; Editorial de la Universidad Externado de Colombia; Año 2008.

Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia – España; Año 2009.

Osorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas. Editorial Español. Madrid. 2008

Pabón Parra Pedro Alfonso; "Manual de Derecho Penal"; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá - Colombia; Año 2013.

Pastor Daniel; "Principios Políticos y Jurídicos". Buenos Aires-Argentina Editorial Luna; 2012

Puyo Jaramillo Gil Miller; "Diccionario Jurídico Penal"; Ediciones Librería del profesional; Bogotá – Colombia: año 2004.

Smirnova Calderón. Derecho Penal. Quito: Editorial de estudios y Publicaciones, 2008.

Vaca Andrade Ricardo; "Manual de Derecho Procesal Penal", cuarta Edición; Corporación de Estudios y Publicaciones; Año 2009.

Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito – Ecuador; Año 2014.

Zaffaroni, Análisis del derecho penal. México. Editorial Grijalvo. 1984.

LINKOGRAFÍA

http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933

http://www.wipo.int/portal/index.html.es

http://www.wipo.int/sme/es/documents/wipo_magazine/1_2004.pdf

http://www.innovarte.cl/creandoDerecho/?p=237

http://www.revistasabiertas.com/preguntas-frecuentes/preguntas-derecho-de-autor/

http://www.wipo.int/freepublications/es/copyright/935/wipo_pub_935.pdf

11. ANEXOS

11.1 MODELO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PLAN DE CONTINGENCIA.

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA:

Señor profesional de derecho:

Con el objeto de llegar a una conclusión cercana a la realidad sobre la proporcionalidad de las penas, específicamente en la infracción prevista en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal como "abuso sexual" que a la letra sostiene:

"*Art. 170.- Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.*

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años".

Complementariamente a este artículo es necesario tener en cuenta lo que se debe entender por abuso sexual de acuerdo al contenido del artículo 68 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. "*Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencias de naturaleza sexual, a los que se somete a un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio*…".

Sírvase contestar las siguientes preguntas que nos servirán para determinar el pensamiento del foro ecuatoriano, en relación a la construcción misma de la norma y su penalización, por lo cual de antemano le agradecemos su colaboración:

1.- En los términos que se encuentra redactado el artículo 170 del COIP, cree usted que es de tipo penal abierto o cerrado?

( ) Abierto ( ) Cerrado

Por qué?

2.- Cree usted que la infracción de "abuso sexual", tal y cual está descrita en el Art. 170 del COIP, está debidamente delimitada?.

( ) Si ( ) No

Por qué?

3.- Dado a que el Art. 68 del Código de la Niñez y Adolescencia penaliza "todo contacto físico", que debe ser de naturaleza sexual, lógicamente, cree usted que a la acción que, especialmente, en los buses o sitios de aglomeración de personas, se da cuando los hombres aprovechan para sobar o apegar su miembro viril en las caderas de una mujer; o la otra acción, consistente en aprovecharse de las mismas circunstancias de aglomeración de personas para tocar cualesquiera de las partes

corporales apetecibles de una mujer, debe ser sancionado con pena de privación de la libertad de tres a cinco años o como una contravención?

( ) Pena de privación de la libertad ( ) Contravención

Por qué?

4.- Cual cree que debería ser la pena máxima para este tipo de infracciones?

( ) Hasta un mes ( ) hasta tres meses ( ) hasta seis meses

( ) un año o más

Por qué?

5.- Cual debería ser el tipo de juzgamiento para estas infracciones?

( ) Procedimiento para contravenciones ( ) procedimiento para delitos

Por qué?

6.- Cree usted que la acción de hacer desvestir a una persona para mirar su cuerpo, para besar su cuerpo desnudo, o para tocarlo o acariciarlo a todo su cuerpo, es una acción de igual reproche que las descritas en la pregunta 3 de esta encuesta?

( ) Si ( ) No.

Por qué?

7.- Cree usted que la acción de realizar un coito vestibular es de igual o casi similar reproche que las descritas en la pregunta 3 de esta encuesta?

( ) Si ( ) No

Por qué?

8.- Cree usted que como una de las formas para agravar la pena a este tipo de infracciones, descritas en la pregunta 3 de esta encuesta, una vez penalizada como infracción, sería la de duplicar la pena máxima que se prevea para este tipo de conductas?.

( ) Si ( ) No

Por qué?

9.- Piensa usted que de acuerdo a la descripción del tipo penal de Abuso Sexual traída en el Art. 170 del COIP, existe discrecionalidad punitiva, por parte de los operadores de justicia, derivada de la gravedad de la acción?

( ) Si ( ) No

Por qué?

10.- ¿Estaría de acuerdo en que la pena para las acciones de tocamiento libidinoso sin consentimiento y que no atenten gravemente al pudor sexual, deben ser sancionadas como infracción penal?

( ) Si ( ) No

Gracias.-

11.2 PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"DOSIMETRÍA DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTÍCULO 170"

PROYECTO DE TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

AUTOR:

Héctor Hugo Muriel Chacón

DIRECTOR:

Dr. Francisco Sinche Fernández

LOJA – ECUADOR
2015

A. TEMA

“DOSIMETRÍA DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, ARTICULO 170”

B. PROBLEMÁTICA

La palabra proporcionalidad tiene como significado la disposición, conformidad o correspondencia debida entre las cosas relacionadas entre sí; y en matemáticas, en forma sencilla, se determina a la proporcionalidad como la correspondencia de las magnitudes en forma directa o inversa, lo que se conoce como inversamente proporcional.

Es indudable que esto nos traslada a un ideal de estado o acción de equidad, de igualdad, conceptos que son sinónimos y de frecuente uso en el derecho y más aún del legislador, autoridad representante del pueblo que plasma en las leyes, fundamentalmente en el derecho penal, conceptos, ideas, conductas, penas, atenuantes y agravantes de las conductas.

Este difícil actuar de los legisladores siempre está guiado u obedece a una preconcebida “política criminal”, sin desconocer los deslices o errores que se cometen al momento de plasmarse en una norma, en una ley; deslices o errores que influyen o menoscaban los derechos humanos y por ende los derechos constitucionales, en el presente caso el del bien preciado de la libertad corporal, razón más que suficientes para la justificación de este trabajo.

La transición de nuestro país, de un Estado Social de Derechos a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es de inconmensurable significación para los derechos humanos, ya que la Constitución tiene como fin y motivo la protección del ser humano y su buen vivir. Este doble objetivo tiene múltiples aristas y por ende diversas acciones, siendo la que nos interesa, en este estudio, el de las leyes, específicamente las del Código Orgánico Integral Pernal, cuerpo legal que está en vigencia desde el año 2014, y que por ende se encuentra en un estado o situación de naciente acoplamiento o aplicación, tanto para la sociedad como para los

operadores y usuarios de la justicia lo que, naturalmente, comienza a desnudar la falencias o incongruencias de este nuevo cuerpo normativo, que inclusive llegan a la violación de preceptos constitucionales y por ende de los derechos humanos, como ya se ha indicado anteriormente.

Básicamente los derechos humanos están protegidos por las leyes del orden penal, ya que salvaguardan y regulan la libertad, protegen la vida, la integridad física, la honra, la indemnidad sexual, etc., y estas tienen como estandarte el principio constitucional del debido proceso, que a la razón del derecho comparado y de la doctrina se la determina como la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva no solamente protege los derechos del ciudadano procesado, del abuso del poder del Estado, también protegen los derechos de la víctima y regulan el actuar de la función judicial.

En lo que respecta al objeto de nuestro estudio, tiene incidencia dentro del principio constitucional de la proporcionalidad, ya que el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución sostiene, a la letra, que, “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”, esto en directa relación con el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral penal dice, “Abuso sexual.- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o

daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años"; a esto debemos sumar el contenido del artículo 68 del Código de la Niñez y Adolescencia que en razón el abuso sexual define, "Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencias de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolecente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio …" (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003, Art. 68)

Nótese que, a la razón de la redacción de los artículos anteriores el tipo penal es abierto, ya que por abuso sexual la doctrina y parte de la legislación comparada, se la confunde con la violación y el estupro, teniendo una visión más próxima a la penalizada por nuestra legislación penal la definición del Abuso deshonesto, traída por el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del profesor Manuel Osorio, que manifiesta, "Delito consistente en cometer actos libidinosos con persona de uno u otro sexo, menor de cierta edad, privada de la razón o de sentido, o mediante el uso de la fuerza o intimidación, sin que haya acceso carnal. Este delito se agrava cuando el sujeto activo es un pariente en determinado grado, un sacerdote o un encargado de la educación o guarda del sujeto pasivo". (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 2008, pág. 31)

C. JUSTIFICACIÓN

Es indudable que los derechos humanos de las personas son la razón de ser de los estados democráticos, y dentro de estos el de la libertad, libertad no solo para el común de los ciudadanos sino para aquellos en conflicto con la ley penal.

Las sociedades no son iguales y divergen en razón de su cultura, de sus costumbres, de la raza, e inclusive de su ubicación geográfica, y esto influye en forma directa en su autodeterminación, en su forma de gobierno, y claro en sus normas y leyes.

En nuestro país, a la razón de la nueva Constitución del año 2008, existe el mandato constitucional de realizar una actualización o una nueva legislación, en forma general, es por esto que ya se encuentra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, se encuentra en vigencia y en espera de su aplicación el Código Orgánico General de Procesos, y en trámite algunas leyes como la del sector laboral, mercantil, etc.

Dada a una deficiente estructura de la norma, el juzgador no tiene los elementos ni parámetros suficientes para determinar, con certeza, la intención del legislador, lo que lo obliga a introducir en el delito tipo a todo acto en contra de la libertad e indemnidad sexual, sabiendo que estos son de diversos tipos, desde muy leves hasta aquellos que causan graves daños psicológicos, a más de esto su penalización no se compadece con las conductas leves o levísimas que atacan este bien jurídico protegido. Estas conclusiones no solo surgen de la antigua y actual legislación ecuatoriana, de su casuística anterior y contemporánea, sino también de la legislación comparada.

De acuerdo a esto tenemos que la pena impuesta en el artículo no tiene relación con el principio de proporcionalidad de las penas establecido en la Constitución, lo que contraviene a este principio, y como ya se ha

indicado a los derechos humanos de la persona en conflicto con la ley penal. Las penas, de acuerdo a la Dosimetría para este delito, con aplicación de atenuantes y agravantes puede llegar hasta los trece años, tres meses de privación de la libertad, y como mínimo a tres años, de privación de la libertad, a lo que le sumamos que de acuerdo al artículo 175.5 del Código Orgánico Integral Penal (2014) “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”. (Art. 175.5)

Como vemos son algunos elementos los que inciden dentro de la tipificación de esta conducta, lo que será analizado en el desarrollo de este trabajo, esperando que despeje dudas y afiance criterios bajo la salvaguardia constitucional.

D. OBJETIVOS

Objetivo General

Realizar un análisis teórico, doctrinario, crítico y normativo de la legislación penal ecuatoriana, en relación a la proporcionalidad de la pena; en forma particular sobre el contenido del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, bajo el contenido del artículo 76.6 de la Constitución y de la legislación comparada, con el objeto de determinar el cumplimiento del principio de proporcionalidad de la pena; y plantear soluciones al problema.

Objetivos Específicos

Realizar un análisis teórico, doctrinario, crítico y normativo de la legislación penal ecuatoriana, en relación a la proporcionalidad de la pena.

Realizar un estudio teórico, doctrinario, crítico y normativo del artículo 170 del Código Orgánico Integral penal.

Proponer alternativas de solución al problema.

E. MARCO TEÓRICO

Partiremos del principio constitucional que la proporcionalidad de las penas es un derecho humano y por ende constitucional ya que afecta al derecho a la libertad.

En relación a esta facultad punitiva del Estado, el artículo 1 del Código Orgánico Integral penal dice, "Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas" (COIP, 2014, Art. 1). Del contexto de la disposición se demuestra la trascendental importancia que tiene la pena dentro del conjunto del sistema. Delito y pena son los dos componentes inseparables de esta realidad jurídica y sobre los cuales se ha construido la ciencia del Derecho Penal.

En lo que se refiere a la pena en general, es necesario trascribir los siguientes artículos del Código Orgánico Integral Penal, así:

Art. 51.- "Pena.- La pena es una restricción de 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 sentencia condenatoria ejecutoriada";

Art. 52.- "Finalidad de la pena.- Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como la reparación del derecho de la víctima. En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales"; y,

Art, 53.- "Legalidad de la pena.- No se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código. El tiempo de duración de la pena debe ser determinado. Queda proscritas las penas indefinidas". (COIP, 2014, Art. 51, 52 y 53)

Debemos tener en cuenta que la filosofía o la ideología de la pena siempre ha sido el conjunto de ideas que tienen la pretensión de legitimar determinada limitación de la libertad mediante el ejercicio del ius puniendi -poder de punibilidad-, en un Estado de derecho. Tales ideas presuponen, por un lado, una concepción de la criminalidad dentro de un orden social determinado y, por otro, una noción de la reacción contra ella por medio de la privación de derechos de los involucrados en el delito, es decir mediante la pena u otros medios del derecho penal, a través de los cuales el Estado está autorizado a restringir la libertad de los ciudadanos para garantizar los derechos de todos y cada uno de sus componentes; sin embargo de esta formal descripción del derecho existe otra visión ideológica la cual concibe al Derecho penal como un instrumento de dominación de una clase sobre otra.

Al respecto existe un auténtico discurso ideológico del Derecho penal, que existió y existe, los filósofos Protágoras, Sófocles, Aristóteles, Platón y séneca son ejemplos del mundo antiguo y demuestran la persistencia histórica del problema.

Es en el Derecho penal moderno, luego de la Revolución Francesa, cuando el profesor Secaría (2005), partícipe de la filosofía del iluminismo, que define como el fin de la pena a "impedir al reo hacer nuevos daños a sus conciudadanos y motivar a los demás a no hacerlos de la misma manera" (p. 65); esto tiene mucho que ver con la exclusión de la pena como realización de la venganza, como último medio de retribución. Sobre este punto el jurista Grocio (2009) sostiene que:

La pena debe contemplar la utilidad del que ha pecado o de aquél cuyo interés es que no se peque, o del algún otro, ... en fin, de que el lesionado no sufra nuevamente lo mismo, lo que puede ser alcanzado de tres maneras: primera, excluyendo al delincuente; luego quitándole la fuerza que le permite lesionar; finalmente, enseñándole, mediante la aplicación de un mal, que no debe pecar (...). Para que otros no repitan la lesión la pena debe ser pública y visible, entonces se podrá tomar ejemplo de ella. (p. 142)

En tanto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que la dosimetría de penas y sanciones es un asunto librado a la definición legal y cuya relevancia constitucional es manifiesta únicamente cuando el legislador incurre en un exceso punitivo del tipo proscrito por la Constitución, pero aclara que el carácter social del Estado de Derecho, es el respeto a la persona humana, a su realidad y autonomía, principios medulares del ordenamiento constitucional, que se sirven mejor con leyes que encarnen una visión no disociada del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena, de modo que ésta solo se consagre cuando sea estrictamente necesario; de tal manera que la dosimetría de las penas es un asunto librado a la definición legal, pero corresponde a los jueces velar para que en el uso de la discrecionalidad legislativa, se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad, además el principio de igualdad está consagrado en el Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República y de este principio, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato, pero atendiendo a las circunstancias concretas al caso, o sea que el juicio exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

F. METODOLOGÍA MÉTODOS

Realizar una investigación histórica, bibliográfica, y jurisprudencial del Derecho Penal con respecto a la pena y su evolución y del abuso sexual, con lo cual se determinará y delimitará el abuso sexual y su penalidad en nuestra legislación penal ecuatoriana, artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

Método materialista histórico.- Permitirá realizar un recorrido desde los orígenes de la pena, pasando por la República y llegar al tiempo contemporáneo.

Método científico.- Este método, mediante la utilización de herramientas confiables, permite conseguir conocimientos auténticos.

Método inductivo.- Facilita la investigación desde lo particular a lo general, mediante el estudio de casos de los cuales conseguimos la característica frecuente, lo que nos permite un juicio universal, con lo cual nos prepara reglas de carácter general.

Método deductivo.- Con este método competamos y ratificamos la valides del método inductivo, ya que de lo general llegamos a lo singular del problema, de las premisas a la conclusión, por medio de las reglas o pasos lógicos y descendentes.

Método descriptivo.- Facilitará el realizar una representación objetiva de la realidad actual en que se encuentra en problema a resolverse.

étodo analítico.- Mediante la descomposición de la norma ene estudio determinaré sus consecuencias jurisdiccionales, lo que me permitirá de establecer y delimitar el abuso sexual y su penalidad en nuestra legislación penal ecuatoriana.

Método sintético.- Mediante la combinación de los elementos objetos de estudio, con los resultados del método analítico, realizaremos la conexión de sus relaciones formando un todo del abuso sexual y su penalidad, distinguiéndolas perfectamente, para construir homogéneamente la pena, de acuerdo al principio constitucional de la proporcionalidad.

Método estadístico.- Proporcionará información tabulada de la recolección de datos obtenidos mediante la técnica de la encuesta.

Técnicas

Las técnicas de idóneas para el tipo de investigación a desarrollarse y que serán utilizadas son:

La observación.- Mediante la recopilación de casos y posiciones doctrinales me permitirá establecer las corrientes de política criminal aplicadas.

La entrevista.- Será dirigida a los operadores de justicia, a los usuarios y a un docente universitario, a quienes dirigiré preguntas directas sobre el abuso sexual y su pena en la legislación ecuatoriana, y con sus criterios estructurar una opinión sobre el tema.

La encuesta.- Será dirigida a profesionales del derecho, a quienes realizaré diez preguntas cerradas sobre el tema, lo que será tabulado e interpretado.

Instrumentos

Los instrumentos que utilizare en proyecto de investigación son:

Guía de observación.- En ellas se anotará el título de la obra, el nombre del autor, editorial, país, y número de páginas.

Guía de entrevista.- Que con semejantes datos que las fichas bibliográficas servirán para facilitar la identificación y ubicación de revistas, periódicos, semanarios, etc.

Cuestionario.- Son fichas que me ayudaran a organizar la información obtenida de los libros, revistas, periódicos, etc.

Los resultados recopilados de la investigación serán contrastados y expuestos durante el desarrollo del trabajo investigativo ya como recopilación bibliográfica, cuadros estadísticos, culminado con la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, con conclusiones, recomendaciones y con la elaboración de la propuesta de reforma al artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

G. CRONOGRAMA

ACTIVIDADES	AÑO 2015																			
Meses semanas	MARZO				ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del perfil de proyecto		X	x																	
Presentación y sustentación del perfil de proyecto				X																
Incorporación de recomendaciones al perfil					X															
Aprobación del proyecto y designación del director de tesis						X	X													
Elaboración y Revisión de Literatura								X	X	X	X									
Trabajo de campo												X	X							
Procesamiento de la información													X							
Verificación de hipótesis														X						
Formulación de conclusiones														X						
Presentación del Borrador del Informe Final															X	X				
Incorporación de recomendaciones al Borrador del informe final																	X			
Presentación del informe final y certificación del Director/a																	X	X	X	

H. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Materiales

- Papel bond
- Esferográficos
- Carpetas
- Impresora
- Cuaderno
- Grabadora
- Anillados
- Cds
- Empastados
- Flash memory
- Cámara fotográfica
- Transporte
- Internet
- Línea telefónica
- Libros de derecho
- Borrador
- Clips
- Engrampadora

- Perforadora
- Cartuchos de tinta

Talento humano

Investigador: Héctor Hugo Muriel Chacón

Director de tesis: Dr. Juan Francisco Sinche Fernández

Profesionales del Derecho

Presupuesto

Bibliografía básica	$ 400,00
Movilización	$ 50,00
Servicio de internet	$ 100,00
Material de escritorio	$ 150,00
Imprevistos	$ 100,00
Total	$ 800,00

Recursos financieros

El trabajo de investigación será realizado con fondos propios de autor.

I. BIBLIOGRAFÍA.

- Abarca Galeas, Luis. (2011). *Lecciones de Procedimiento Penal;* Corporación de Estudios y Publicaciones"; Quito - Ecuador; Año 2011.
- Anbar, Diccionario Jurídico, con legislación ecuatoriana. Fondo de Cultura Ecuatoriana, Segunda edición; Quito - Ecuador; Año 2004.
- Albán Gómez Ernesto; "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano", Décima Cuarta Edición; Ediciones Legales; Quito - Ecuador; Año 2012.
- Armaza Galdos Jorge; "La decisión Judicial"; Editorial Gaceta Jurídica; Lima -Perú; Año 2009.
- Basigalupo Enrique; "Teoría y Práctica del Derecho Penal"; Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset; Madrid - España, Año 2009.
- Carbajal Flor Paúl; "Manual Práctico de Derecho Procesa! Penal"; Editorial Librería Astrea; Ambato - Ecuador; Año 2012.
- Carbonell Miguel; "Neo constitucionalismo y Derechos Fundamentales"; Cevallos Editorial Jurídica; Quito - Ecuador; Año 2010.

- Corcoy Bidasolo Mirentxu; Manual Práctico de Derecho Penal"; Editorial Tirant Lo Blanch; Segunda edición; Valencia - España; Año 2009.
- Grocio, Hugo (2012). *Derecho constitucional.* Quito: Editorial Eliastha.
- Rabón Parra Pedro Alfonso; Manual de Derecho Penal"; Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá - Colombia; Año 2013.
- Puyo Jaramillo Gil Miller; "Diccionario Jurídico Penal"; Ediciones Librería del profesional; Bogotá - Colombia: año 2004.
- Memorias; "XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho penal y Criminología"; Editorial LEYER; Bogotá - Colombia; Año 2006
- Montealegre Eduardo; "La Ponderación en el Derecho"; Editorial de la Universidad Externado de Colombia; Año 2008.
- Muñoz Conde Francisco; "Derecho Penal"; Decimoséptima edición; Editorial Tirant lo Blanch Libros; Valencia - España; Año 2009.
- Vaca Andrade Ricardo; "Manual de Derecho Procesal Penal", cuarta Edición; Corporación de Estudios y Publicaciones; Año 2009.

- Villagómez Cabezas Richard; "Revisión Penal, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia" Editorial ZONA G; Quito - Ecuador; Año 2014.

INDICE

PORTADA i
CERTIFICACIÓN ii
CERTIFICA: ii
AUTORÍA iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS iv
DEDICATORIA v
AGRADECIMIENTO vi
1. TÍTULO 1
2. RESUMEN 2
2.1. ABSTRACT 3
3. INTRODUCCIÓN 4
4. REVISIÓN DE LA LITERATURA 7
4.1. Marco Conceptual 7
4.1.1. Proporcionalidad 7
4.1.2. Política criminal 9
4.1.3. Abuso sexual 10
4.1.4. La pena 11
4.1.5. Derechos Humano 13
4.2. Marco Doctrinario 14
4.2.1. Métodos de interpretación de la ley penal 14
4.2.2. Breve historia de la pena 20
4.2.3. Los delitos sexuales; el abuso sexual en la legislación ecuatoriana 35
4.2.3. El abuso sexual en la legislación comparada. 46
4.2.3.1. Clasificación 46
4.2.3.2. Sujetos 47
4.2.3.3. Conducta 48
4.2.3.4. Tipo subjetivo 49
4.2.4. Principales estudios sobre Dosimetría penal. 51
4.2.4.1. Proporcionalidad de la pena al delito, en base al impacto social.54
4.2.4.2. Subsunción y Ponderación: Operaciones de aplicación jurídica 54
4.2.4.3. Sub principios derivados de la Ponderación 55
4.2.4.4. Proporcionalidad de la pena en el marco jurídico ecuatoriano 56

4.2.4.5. La ‘Legislación Contravencional’ de Zaffaroni 57
4.2.4.6. Parámetros determinativos de la proporcionalidad de la pena 58
4.2.4.7. Causas originarias de la delincuencia 58
4.2.5. Introducción 61
4.2.5.1. Derecho penal constitucionalizado como límite de la técnica legislativa penal. 61
4.2.5.2. Técnica Legislativa Penal para la formulación de las penas 63
4.2.5.3. Técnica Legislativa para la determinación de penas 64
4.2.5.4. Tratados internacionales sobre este principio 68
4.2.5.5. Comentarios al principio constitucional de proporcionalidad 68
4.2.5.6. ¿Qué es la dosimetría penal? 70
4.2.5.7. El principio de lesividad 72
4.2.5.8. ¿Qué es el poder punitivo del estado? 73
4.2.5.9. ¿Qué es antijuridicidad material o principio de lesividad? 74
4.2.5.10. La ley del Talión 75
4.2.5.11. Conclusiones 77
4.3. Marco Jurídico 79
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 79
4.3.2. Código Orgánico Integral Penal 79
4.3.3. Código de la Niñez y Adolescencia 80
4.3.4. Código Orgánico de la Función Judicial. 80
4.3.5. Legislación Comparada 81
4.3.5.1 Legislación española. 81
4.3.5.2. Legislación colombiana. 82
5. MATERIALES Y MÉTODOS 84
5.1. Materiales 84
5.2. Métodos 84
5.3. Técnicas 85
6.4. Instrumentos 86
6. RESULTADOS 87
6.1. Resultados de la aplicación de encuentras 87
6.2. Resultado de aplicación de entrevistas 100
6.3. Estudio de casos 100

7. DISCUSIÓN 110
7.1. Verificación de objetivos 110
7.1.1. Objetivo general.- 110
7.1.2. Objetivos específicos 111
7.2. Contrastación de la hipótesis 114
7.3. Fundamentación de la Reforma Legal 115
8. CONCLUSIONES 116
9.RECOMENDACIONES 117
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA. 118
10. BIBLIOGRAFÍA 120
10.1 LINKOGRAFÍA 122
11. ANEXOS 123
11.1 MODELO DE ENCUESTA 123
11.2 PROYECTO DE INVESTIGACIÓN 127
INDICE 145