



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR:

Marlo Fernando Aguilar Sotomayor

DIRECTOR:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. Mg. Sc.

**LOJA-ECUADOR
2016**

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA Y DIRECTOR DE TESIS.

Que el presente trabajo investigativo del señor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor, bajo el título **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN"**., ha sido dirigido y revisado prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Diciembre de 2016

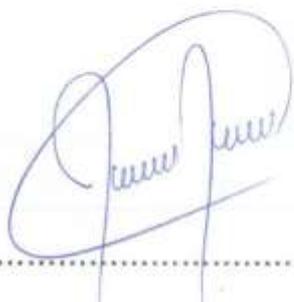
A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto Patricio Astudillo Ontaneda', is written over a set of horizontal lines. The signature is stylized and somewhat illegible due to the cursive style.

**Dr. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.
DIRECTOR**

AUTORÍA

Yo, Marlo Fernando Aguilar Sotomayor declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual



.....
AUTOR: Marlo Fernando Aguilar Sotomayor

CEDULA: 1103598874

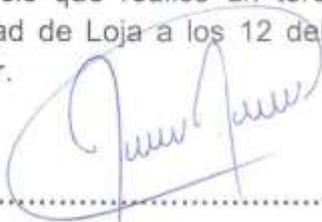
FECHA: Loja, Diciembre 2016

CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCION PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACION ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, Marlo Fernando Aguilar Sotomayor, declaro ser autor(a) de la tesis Titulada **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN"**, como requisito para optar al título 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 su 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 de 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 12 del mes de diciembre del dos mil dieciséis, firma el autor.



.....
AUTORA: Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

CEDULA: 1103598874.

DIRECCIÓN: Loja, sector Gran Colombia y Abraham Sarmiento.

CORREO ELECTRÓNICO: fernandoaguilarsotomayo@gmail.com

TELÉFONO: 0996780224.

TRIBUNAL DE GRADO:

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.

Presidente del Tribunal: Dr. Carlos Manuel Rodríguez, Mg. Sc.

Primer Vocal: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos, Mg. Sc.

Segundo Vocal: Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez, Mg. Sc.

DEDICATORIA

Por su apoyo incondicional ese amor que no encontraré en ningún otro lugar a mis padres, le dedico este trabajo que es la culminación de un largo camino en el cual he forjado mis conocimientos, a mis maestros que me acompañaron en este andar, a cada uno de mis compañeros y amigos que compartieron conmigo alegrías y tristezas en especial a la Universidad Nacional de Loja por abrirme las puertas de la sabiduría.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, a la Modalidad de Estudios a Distancia, Carrera de Derecho, por permitirme desarrollar mis habilidades intelectuales al abrirme sus puertas y formarme como una profesional del derecho, a mis padres por estar a mi lado en todo momento.

Gracias a ustedes por estar conmigo.

El Autor.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.

CERTIFICACIÓN.

AUTORIA.

CARTA DE AUTORÍA.

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1. ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Delito.

4.1.2. Pena.

4.1.3. Infracción Penal.

4.1.4. Proporcionalidad.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Función de la pena.

4.2.2. Principio de proporcionalidad.

4.2.3. Dosimetría penal.

4.2.4. El poder punitivo del Estado.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. El debido proceso.

4.3.2. Hidrocarburos en la Constitución de la República del Ecuador.

4.3.3. Estado Constitucional de Derechos.

4.3.4. Delitos Contra la Actividad Hidrocarburífera y sus Derivados

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Colombia.

4.4.2. Perú.

4.4.3. México.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.
 - 5.1. Materiales.
 - 5.2. Métodos.
 - 5.3. Técnicas.
6. RESULTADOS.
 - 6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.
 - 6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.
 - 6.3. ESTUDIOS DE CASOS.
7. DISCUSIÓN.
 - 7.1. Verificación de Objetivos.
 - 7.1.1. Objetivo General.
 - 7.1.2. Objetivo Específicos.
 - 7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal.
8. CONCLUSIONES.
9. RECOMENDACIONES.
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.
10. BIBLIOGRAFÍA.
11. ANEXOS.

1. TÍTULO.

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”.

2. RESUMEN.

El art. 1 de nuestra Constitución determina al Ecuador en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, garante de los Derechos de las personas. Para poder precautelar estos derechos o bienes jurídicos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, la legislación penal debe buscar el punto de equilibrio entre la protección de estos derechos y la potestad que tiene el Estado de castigar, limitando el ius puniendi. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

El delito es una conducta antijurídica que lesiona un bien jurídico determinado en la Constitución y protegido por la ley penal. El derecho penal tiene, aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, es débil con los fuertes y fuerte con los débiles, muchas de las infracciones tipificadas no son proporcionales con la pena.

La proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Es el más importante

principio del derecho constitucional, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo constituyen un sistema de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para declarar la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad constitucional, lo cual permitirá generar una mejor justicia y un mayor disfrute de los derechos fundamentales, que constituyen uno de los pilares del ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Una de las garantías fundamentales del debido proceso, las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

2.1. ABSTRACT.

The art. 1 of our Constitution determines to Ecuador in a Constitutional State of Rights and Social Justice, guarantor of the rights of persons. To forewarn these rights or recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador legal rights, criminal law should seek a balance between the protection of these rights and the power to the State to punish, limiting the right to punish. Therefore, criminal law should determine the limits to avoid falling into private vengeance, nor impunity.

The offense is unlawful conduct which violates a specific legal interest in the Constitution and protected by the criminal law. The criminal law has apparently contradictory double role against the rights of individuals. On the one hand, it protects rights and, secondly, restricts. From the perspective of the victims, it protects them when one has been seriously injured. From the person who is in conflict with the law, you may exceptionally restrict their rights if a person violates the rights of others and justifies the application of a sanction.

Our Comprehensive Organic Code of Criminal Procedure, is weak with the strong and strong with the weak, many of the criminalized offenses are not proportional with the punishment.

Proportionality is an instrument of judicial measures restricting fundamental rights. It is the most important principle of constitutional law, which applies

clearly, through rules that constitute a system of precise controls assessment constitutionality of measures restricting fundamental rights to declare unconstitutional or eventual declaration of constitutional admissibility, the which will generate greater justice and greater enjoyment of fundamental rights, which constitute one of the pillars of the legal system in a Constitutional State of rights and justice.

One of the fundamental guarantees of due process, the penalties are consistent with the principle of proportionality, ie, there must be some consistent relationship between the degree of impairment of a right and severity of the penalty.

3. INTRODUCCIÓN.

La presente tesis titulada “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN**”, se encuentra estructurada de la siguiente manera:

Marco Conceptual: En el que se recogen conceptos y definiciones de palabras utilizadas en el desarrollo de la presente Tesis de Grado, estos han sido recogidos de renombrados diccionarios, enciclopedias, de autores nacionales y extranjeros como: Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Ossorio Manuel, Diccionario de derecho constitucional de Prieto Sanchís Luis, Teoría del Delito y Practica Penal de Ricardo Nieves, Consultorio Jurídico Digital, con ello se pretende facilitar la comprensión del tema abordado y su desarrollo.

Marco Teórico: Durante el desarrollo de este, se ha recogido doctrina referente a los derechos y principios constitucionales como el principio proporcional y docimetría penal, además la función de la pena y el poder punitivo del Estado tomadas de libros, revistas, periódicos de renombrados especialistas del derecho como: MALINOI'SK Crimen y costumbre, Marco del Pont Manual de criminología, Ferrajoli Luigi Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Oscar Julián Guerrero profesor de la Universidad Externado de Colombia, Ivonne Yenissey Rojas la Proporcionalidad en las Penas, Aguado

Correa el Principio de proporcionalidad en Derecho Penal, González Cuéllar Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal, entre otros.

Marco Jurídico: Se analizado la Legislación Ecuatoriana, como la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, en la Legislación Comparada en la que se ha tomado como referencia la normativa vigente de países: Colombia, Perú y México.

En cuanto a los métodos aplicados durante el desarrollo de la investigación se han utilizado: El Método Científico-Bibliográfico, Método Analítico, Método Descriptivo, El Método Inductivo y Deductivo.

En cuanto a las técnicas se ha utilizado la encuesta y la entrevista. Para la aplicación de la encuesta se ha tomado una muestra de una población o universo de 30 Abogados en libre ejercicio profesional, mientras que la entrevista se ha tomado de una población o universo de 5 profesionales conocedores de la materia como; Jueces y Ayudantes Judiciales.

En cuanto a la Verificación de Objetivos: se ha verificado que los objetivos tanto el general como los específicos han sido cumplidos; el objetivo general se ha podido realizar un exhaustivo análisis de la normativa constitucional y penal que aborda la temática hidrocarburífera en nuestro país. Se ha podido verificar el objetivo general planteado con el desarrollo del Marco Jurídico en de los puntos 4.3.2. Hidrocarburos, 4.3.3. Estado Constitucional de Derecho y 4.3.4. Delitos contra la actividad hidrocarburífera y sus derivados, en los cuales

se analizado la norma constitucional y penal, a partir del reconocimiento de los recursos no renovables como patrimonio del Estado, los derechos de la naturaleza, la definición de nuestro Estado y la protección de la actividad hidrocarburífera como bien jurídico reconocido en nuestra Constitución y la protección del mismo en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

El primer objetivo específico se ha podido verificar en el presente trabajo investigativo en el desarrollo del Marco Conceptual en el punto 4.1.4. Proporcionalidad, en donde se ha definido el concepto de proporcionalidad de manera general tomando conceptos de distintos tratadistas en conformidad con nuestra Constitución. Además con el desarrollo del Marco Doctrinario se ha desarrollado los puntos 4.2.1. Función de la pena, 4.2.2. Principio de proporcionalidad y 4.2.3. Dosimetría, esenciales para entender estos preceptos jurídicos y poder fundamentar la necesidad de una reforma legal en el artículo 265 de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

El segundo objetivo específico se ha podido verificado con el desarrollo del punto 4.4. Legislación Comparada, en donde se ha tomado las legislaciones penales de países como Colombia, Perú y México comparándola y analizándola con la nuestra.

El tercer objetivo específico se ha podido verificado con el desarrollo con los puntos 7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal y 9.1. Propuesta de Reforma. Se ha podido desarrollar una propuesta de reforma

legal coherente con nuestra realidad y respetando la supremacía constitucional. En cuanto a la investigación de campo se ha podido verificar con la quinta pregunta de la encuesta, el 93% de la población encuestada contesto que sí, considera necesario reformar al art. 265 del Código Orgánico Integral Penal y con la tercera pregunta de la entrevista, en donde los jurisconsultos preguntados según sus criterios están de acuerdo en realizar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

La hipótesis se ha podido contrastar positivamente dentro del Marco Conceptual, Marco Doctrinario y Jurídico. En cuanto a la investigación de campo se contrastar en su totalidad con las preguntas de la encuesta y las entrevistas.

La Fundamentación Jurídica para la propuesta jurídica ha sido realizada en base a fundamentos constitucionales.

La Propuesta de Reforma Jurídica ha sido establecida con el afán de proteger los derechos y el debido proceso.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Delito.

“Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloroso castigado por una pena”¹, así lo define Guillermo Cabanellas. Delito es una conducta antijurídica que lesiona un bien jurídico determinado en la Constitución y protegido por la ley penal.

En un escueto enfoque histórico, el estudio del delito, como entidad jurídica, denota una valoración constante que ha cambiado con el curso de la historia.

La primera definición de delito con clara base sistemática, probablemente pertenece a Tiberio Deciani, jurista italiano (1509-1582), en su “Tractatus Criminalis” decía: “delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, que por dolo o por culpa está prohibido por la ley vigente, bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar”².

Así hasta finales del siglo XVIII y tocando las puertas del siglo XIX, se quemaban en las hogueras “a las brujas de Europa”, porque para entonces la hechicería (como conducta) era el delito más grotesco; la valoración jurídica de

¹ GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA 2008. Pg. 126.

² RICARDO NIEVES. Teoría del Delito y Practica Penal. RECAMPI. Pg. 23.

aquel período así lo consideró; y en consecuencia infelices mujeres (algunas afectadas por la demencia), fueron quemadas vivas.

En la Edad Media se castigaba profusamente animales, ello obedecía a la valoración jurídica de entonces, ataviada de valores subjetivos, en los que se apreciaba únicamente el resultado dañoso producido, sin reparar en los aspectos típicos de la conducta cuya preeminencia se enarbola en la actualidad. La preponderancia del elemento religioso en la Edad Media hizo pensar que los animales y las bestias podían tener intención y por tanto ser capaces de sanción.

Pero en modo en alguno el concepto delito es imperio de la dogmática de nuestro siglo, sino que adviene como construcción teórica de las anteriores corrientes, presentando una evolución dinámica. Históricamente son muchos los episodios que demuestran que el delito fue siempre lo antijurídico, condición que lo convierte en ente jurídico. El rasgo subjetivo (la intención) aparece en los albores de la Roma culta, donde también se consideraba la posibilidad de castigar el homicidio culpable, figura heredada que hoy reposa en todos los códigos de nuestro tiempo.

El inexorable paso del tiempo allana el camino para que aparezca en el derecho, junto al elemento antijurídico (el más añejo), la culpabilidad como característica intrínseca de la conducta delictuosa. Ya para 1840 Pufendorf y Luden nos hablan de la teoría de la imputación influenciada por el pasado del

delito, y clasificaron en forma tripartita los caracteres de acción, antijuricidad y culpabilidad.

Sin embargo, la construcción del concepto ente jurídico que denota expresión teórica de contenido, aparece propiamente en la doctrina liberal del derecho, que la somete a la autoridad (Estado), vale decir a los preceptos de la ley. Es a Beccaria a quien corresponde la primera elaboración moderna de la teoría del delito (1764), producto de la filosofía política del Iluminismo Europeo, en el marco conceptual del Estado Liberal y del Derecho, consecuencia de las ideas del Contrato social y la División de Poderes.

La doctrina de Carrara, perfeccionada por Carmignani y la que antes fue formulada por Feuerbach y Romagnosi, asume la concepción técnica del delito como “ente jurídico”. A partir de entonces Carrara define delito como: “La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”³. Por ello a Carrara se le vincula como el iniciador técnico de la doctrina del delito ente jurídico, quien puso la base lógica para una construcción jurídica coherente del sistema penal.

³ Jiménez de Asua, 1971.

Carrara nace, en Pisa, la moderna ciencia del Derecho Penal Italiano, desde allí sostiene: “El delito no es ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir en la violación de un derecho”⁴.

Jiménez de Asúa se refiere que la “esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. La penalidad, en cambio, constituye, con el tipo, la nota diferencial del delito”.

Desde las más antiguas civilizaciones el concepto de delito ha ido evolucionando conceptualizándose de conformidad a las necesidades de la conducta criminal. Delito es una conducta antijurídica que lesiona un bien jurídico determinado en la Constitución y protegido por la ley penal.

4.1.2. Pena.

Comúnmente se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad.

Este concepto era ya conocido en la época de Ulpiano, para quien "la pena es la venganza de un delito", Von Liszt define la pena como el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor. Por su parte, Maggiore,

⁴ Consultorio Jurídico Digital, Edición 2005. Pag. 443.

después de decir que el principio de retribución es el que mejor refleja el contenido y la naturaleza de la pena, la define como "un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito para reintegrar el orden jurídico injuriado". Guillermo Cabanellas la define como "la sanción establecida por la Ley, para quien comete un delito o falta"⁵.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal en su art. 51, en el cual la determina como "la restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada"⁶.

Por consiguiente, la pena es un proceso que se desarrolla de modo puro dentro de una sociedad. El infractor de la norma no es enemigo de la sociedad en el sentido de un medio ambiente no vinculado normativamente y configurado de modo adverso, consistente en otros seres humanos, sino que es un miembro de la sociedad. La pena tiene la misión preventiva de mantener la norma como esquema de orientación, en el sentido de que quienes confían en una norma deben ser confirmados en su confianza.

⁵ GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA 2008. Pg. 326.

⁶ Art. 51 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 14.

4.1.3. Infracción Penal.

Infracción significa “inobservancia o contravención de una norma, obviamente mediante un hacer o un omitir humanos, y por tanto, dolosos o imprudentes independientemente de si, el autor ha obrado culpablemente o sin culpabilidad”⁷.

Infracción “penal” es una especie de contravención de una norma que se caracteriza por que la conducta infractora está tipificada por la ley penal independientemente de la culpabilidad de los hipotéticos infractores.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, define a la infracción penal como “la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el mismo cuerpo normativo”⁸.

El Código Orgánico Integral Penal formaliza ahora explícitamente en su art. 18 el concepto de delito, como conducta de acción u omisión típica, antijurídica y culpable, el cual ya se encontraba implícito en el Código penal anterior y también era el asumido por la doctrina penal ecuatoriana en

⁷ Jakobs, ZStW (107) 1995, p. 864

⁸ Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 10.

sus exposiciones y desarrollos conceptuales y sistemáticos de la teoría del delito.

El Código Orgánico Integral Penal dedica luego tres secciones de su articulado a definir los contenidos de cada uno de los mencionados elementos constitutivos del concepto del delito, y así, a la tipicidad le dedica los arts. 25 a 28, a la antijuridicidad los arts. 29 a 33, y a la culpabilidad los arts. 34 a 38.

En sentido estricto, el término “infracción penal” debería hacer referencia exclusivamente a la conducta penalmente típica, o sea independientemente de si es también antijurídica y, además, culpable. Este alcance del concepto infracción penal es ya jurídicamente relevante, pues la mera apariencia de una conducta como penalmente típica —la *notitia criminis*— es razón suficiente para la apertura de, al menos, unas diligencias previas, y, en su caso, de un procedimiento penal lo cual habilita jurídicamente para la realización de toda una pluralidad de actuaciones.

4.1.4. Proporcionalidad.

Para iniciar el tema en cuestión es necesario mencionar que haya ambigüedad y dificultad para conceptualizar el término “proporcionalidad”, así como tampoco existe unanimidad doctrinaria sobre la denominación y el contenido del principio de proporcionalidad. La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe, en gran medida, al Tribunal Constitucional alemán. El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al ius puniendi.

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la antigüedad, ya que en la obra de Platón, *Las Leyes*, se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio. Muestra de ello es la obra de César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad, según el autor.

Este principio ha sido denominado también como “prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la proporcionalidad de las leyes

ligándolo con el principio de Estado de Derecho y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho”⁹.

Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la “intervención mínima” del Estado. En el ámbito penal rige tanto a las diversas categorías de la construcción dogmática del delito como a las personas; es decir, se aplica en el momento en el que se crea la norma por los legisladores, cuando es aplicada por los jueces y opera también en la fase de ejecución de las penas.

“Se trata de un principio de carácter relativo, del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que, eventualmente, guarde el gravamen de la libertad con los bienes, valores y derechos que pretenda satisfacer”¹⁰.

El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena. “La ley

⁹ González Cuéllar–Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

¹⁰ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, Barcelona, Euros, 1998, p. 99.

establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”¹¹.

Este principio debe ser imperativo para la protección de los bienes jurídicos determinados en nuestra Constitución y protegidos por nuestro Código Orgánico Integral Penal, para que no exceda el Estado su capacidad de castigar y no se vulnera la seguridad jurídica de las personas.

¹¹ Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Función de la pena.

La función de la pena, “no es el de atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin no es otro que imponer al reo no causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás a la comisión de otros iguales”¹².

“La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal que cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida”¹³.

Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley. Así, por ejemplo, si la función de la pena es la sola retribución, resultará legítimo castigar a una persona por la comisión de un delito aunque en el momento de la sentencia este delito se encuentre despenalizado, lo cual desde la lógica de la prevención general resultaría

¹² BONESANA, Cesar: *Tratados de los Delitos y las Penas*, Editorial S.R.I, Buenos Aires - Argentina, 2008, p. 79.

¹³ Vid., ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», (trad. Luzón Peña), en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 11. Vid., similarmente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación a Derecho pena contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 180.

claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, en la medida que si se entiende, por ejemplo, que la función de la pena es la resocialización, difícilmente podrán considerarse legítimas penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado

La misma relación de coherencia con la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Por el contrario, en una visión preventivo-general de la pena, el juez se guiará por los fines de intimidación, imponiendo la pena como confirmación de la amenaza penal y dejando de lado, en principio, consideraciones referidas a la culpabilidad del autor. Por el contrario, si el criterio rector del juez fuese la resocialización del reo, entonces podría encontrar legitimidad la aplicación de una pena indeterminada que sólo terminaría si es que se cumple la finalidad de una efectiva resocialización del reo.

“Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable”¹⁴.

¹⁴ Percy García Caveró. ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA PENA. Pag. 3.

La función de la pena en nuestro sistema penal y sistema carcelario es el de rehabilitación de la persona que ha sido privada de su libertad buscando su reinserción a la sociedad. Así lo establece nuestra Constitución en su art. 201; “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 libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad”¹⁵.

El trabajo, la educación, la cultura, el deporte, la atención a la salud y el fortalecimiento de las relaciones familiares de las personas privadas de la libertad, deben ser los puntales que orienten el desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad y viabilicen su reinserción progresiva en la sociedad. Además el Código Orgánico Integral Penal “a las personas privadas de libertad conserva la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos, prohíbe el hacinamiento”¹⁶

¹⁵ Art. 201 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 160.

¹⁶ Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 10.

4.2.2. Principio de proporcionalidad.

“Hay ambigüedad y dificultad para conceptuar el término “proporcionalidad”, así como tampoco existe unanimidad doctrinaria sobre la denominación y el contenido del principio de proporcionalidad. La formulación actual del principio de proporcionalidad se debe, en gran medida, al Tribunal Constitucional alemán¹⁷. El concepto de proporcionalidad de las penas es producto de una evolución histórica, introducido para limitar al ius puniendi.

“Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia¹⁸. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretende contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho.

“Dicho principio, al regular el establecimiento y aplicación de toda clase de medidas restrictivas de los derechos y las libertades, persigue la “intervención mínima” del Estado¹⁹.

¹⁷ Ivonne Yenissey Rojas. LA PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS. Pg. 1.

¹⁸ Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Madrid, Edersa, 1999, p. 147.

¹⁹ González Cuéllar–Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

El artículo 76 numeral 6 de la Constitución ordena que las penas estén acorde con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena, para garantizar el 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”²⁰; “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”²¹.

El principio de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, instrumento que, en palabras de Roberth Alexy, constituye el "más importante principio del derecho constitucional material, que se aplica con claridad, a través de reglas que lo constituyen un sistema de controles precisos de evaluación de constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales para declarar la inconstitucionalidad o eventual declaración de admisibilidad constitucional, aplicada a través de una lógica gradual esto significa que se va aplicando sucesivamente los controles que hace cada una de las reglas que se encuentran cronológicamente concatenadas, se requiere conocer la estructura del principio y de sus reglas para comprender su modo de aplicación o procedimiento estandarizado de razonamiento, el que

²⁰ Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

²¹ Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

esencialmente consiste en seguir los pasos establecidos para cada una de las reglas, lo cual permite reconstruir el razonamiento seguido y advertir tanto las fortalezas como las posibles deficiencias en el proceso de argumentación de la decisión, lo cual permitirá generar una mejor justicia y un mayor disfrute de los derechos fundamentales, que constituyen uno de los pilares del ordenamiento jurídico en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia”²².

4.2.3. Dosimetría penal.

“Expresión que identifica los criterios establecidos por el legislador en los Códigos Penales para que el Juez individualice la pena que aparece abstractamente considerada en la formulación de los tipos. Supera la vieja concepción de la pena exacta situándose dentro de la teoría del ámbito del juego conforme a la cual la culpabilidad proporciona la zona dentro de la que se mueve cada una de las concretas individualizaciones que corresponden a los distintos criminalmente responsables”²³.

“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

²² Tomado de la clase sobre principio de proporcionalidad del profeso Oscar Julián Guerrero, profesor de la universidad Externado de Colombia.

²³ <http://palabradeley.com/fichaglosario.php?ID=787>

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 dissociada 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; “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades”²⁴. 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”²⁵.

“El principio de lesividad o de antijuridicidad material, se deduce que entre la conducta típica y la respuesta punitiva debe darse una relación de proporcionalidad, de tal modo que la gravedad de la pena depende de la gravedad de la infracción, pues la igualación de las conductas de poca

²⁴ Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.

²⁵ <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2011/03/14/la-proporcionalidad-o-dosimetria-de-las-penas>.

significación social con aquellas de mayor gravedad, violan el principio de igualdad”²⁶.

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; La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”²⁷, 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”; 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.

La inadecuada técnica legislativa a la hora de tipificar conductas como delitos y establecer las penas correspondientes, así como a la aplicación arbitraria de

²⁶ 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. Pg. 145.

²⁷ Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

penas por parte de los operadores de justicia vulnera el derecho al debido proceso y a la subordinación de las leyes a la Constitución. Pruebas de esto las tenemos en buen número y de conocimiento público. Así, resultó alucinante que se condene a los 10 de Luluncoto por estar sentados en la sala de un apartamento, sin que exista vulneración o puesta en peligro de bien jurídico alguno. Del mismo modo, la condena a los alumnos del Central Técnico o del Mejía, por afectaciones mínimas a bienes públicos o mucho peor aún, la sanción de 18 meses de prisión a Francisco Endara, por aplaudir junto al grupo que ingresó a la televisión pública el 30-S, solicitando que se escuche su voz. Todavía recordamos la condena a tres meses de privación de libertad a quienes osaron transportar un monigote de borrego, acto que se consideró ofensivo y deshonoroso para las huestes de Gobierno, a quienes, sobre todo en redes sociales, se les ha identificado con este obediente animalito. En síntesis, los jueces le dan con un tubo en las canillas a todos quienes osan contradecir al poder.

Los ejemplos anteriores nos demostrarían la existencia de un sistema judicial penal severo, con leyes draconianas y con un deleznable gusto por las penas gravosas.

4.2.4. El poder punitivo del Estado.

La fundamentación del derecho de una comunidad política, integrada como Estado, para imponer violencia a alguno de sus integrantes, principalmente con

la pérdida de la vida o la libertad por la trasgresión de normas que amparan bienes jurídicos fundamentales, se ha resumido en el llamado *ius puniend*", el cual se ha tratado de explicar por teorías que se han calificado de abolicionistas, o de aquellas llamadas justificacionistas.

“Las teorías abolicionistas son aquellas que impugnan la legitimidad, tanto de la pena como del sistema penal, y que en sus expresiones más radicales las encontramos en la posición Marxista, donde el derecho penal y la pena son considerados como instrumentos de la clase en el poder, superestructuras que responden a una estructura apoyada en la forma de producción capitalista, y que al desaparecer, primero por la dictadura del proletariado, y después al instaurarse el comunismo, que debe llevar a la desaparición de lo que se llama Estado, donde el derecho penal y la pena desaparecen con la formación de un "hombre nuevo", de una sociedad perfecta, sin Estado”²⁸.

Las teorías justificacionistas, “ven la pena como un fin en sí mismo; la pena es un castigo, una retribución por el delito cometido. A su vez, son relativas las que, por criterios utilitaristas, asignan a la pena el ser medio que evite futuras conductas delictivas (prevención general) en beneficio del conglomerado social; o porque se dirijan a la persona del delincuente como medida de prevenir de su parte la comisión de posteriores delitos (prevención especial). Modernamente

²⁸ MARCÓ DEL PoNT. K, Luis, Manual de criminología, un enfoque actual, Ed. Porrúa, México, 1986, pp. 109 y 110.

se plantea la distinción de prevención positiva y prevención negativa, sean estas en forma especial o general”²⁹.

El ius puniendi, es el derecho del Estado para imponer una pena al transgresor de las conductas previstas como delito. “La norma jurídico penal se integra de tipo y pena; desde su origen, el tipo fue explicado por Ernesto BELING como la descripción de una conducta como delictiva, y la pena como la sanción punitiva, como la medida más enérgica del poder coactivo prevista por el Estado para el sujeto activo del delito”³⁰.

Se encuentra su fundamento en el derecho y obligación del Estado de asegurar la paz y armonía de la sociedad y asegurar los bienes fundamentales de la sociedad y al propio Estado, empleando para ello las normas jurídicas penales, integradas de tipo y punibilidad.

Tiene su origen con los grupos humanos más primitivos, si bien, no contaban con derecho escrito, sí tenían reglas que los miembros cumplían como necesarias para asegurar la paz y supervivencia del grupo social.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, 4ª. Edición, Madrid, España., 2000, pp. 248.

³⁰ Vid. MALINOL'SK I, B, Crimen y costumbre m la socifdad salvaje, Ed. Ariel, 4' edición, Barcelona, España, 1973.

“En ausencia de documentos escritos, podemos conjeturar que las reglas de conducta, o leyes, fueron resultado de un lento proceso en que influyeron dos tipos de factores:

- Primero: la aparición del poder de quien por su fuerza física, destreza, habilidad o inteligencia, pudo imponerse al resto de los demás miembros del grupo, y dictar reglas que buscó legitimar en la costumbre o en mandatos de la divinidad. Este lento proceso lo explica Federico Engels en su obra "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado'.

- Segundo: en la influencia de los fenómenos naturales que regían prácticamente todas las actividades humanas y suponían controlados por fuerzas superiores, divinas, que se debían venerar y respetar, so pena de castigos y calamidades, tal como lo refleja la tragedia griega de "Edipo Rey", o en relatos bíblicos como las calamidades que asolaron el antiguo reino egipcio”³¹.

Desde la conquista y evolución de los Derechos Humanos en occidente, y su constitucionalización en los países del mundo, se han generado posiciones contrapuestas en relación al uso y aplicación del derecho penal, entre las cuales se pueden encontrar el Garantismo Penal y el Derecho Penal máximo

³¹ Vid. ENGELS, Federico, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, Traducción al español, (no señala traductor), Ed. Progreso, impreso en la URSS, 1979.

con enfoque de Derecho Penal del Enemigo. El primero, fundamentado en el respeto a la Constitución, su rigidez y aplicación directa, con el objetivo de democratizar el derecho penal evitando el abuso del poder, sometiendo a toda la institucionalidad a la Constitución y los derechos, reconociendo a todos los ciudadanos como iguales y observando al delito desde sus dimensión integral sociológica, antropológica y jurídica ; y el segundo, que tiene como objetivo la presencia punitiva del Estado en todas las esferas de la vida del individuo, partiendo de una marcada división entre los enemigos (quienes se han apartado de la ley) y ciudadanos quienes son los exclusivos titulares de los derechos, pues los enemigos, en ningún supuesto podrían ser tratados como personas.

Históricamente el Derecho penal ha sido concebido en esencia punitivo, siendo este, la expresión plena del ius puniendi del Estado, herramienta mediante la cual se ha pretendido regular las relaciones intersubjetivas de los individuos.

Ésta rama del derecho es la más peligrosa y represiva pues se ha utilizado, especialmente en gobiernos dictatoriales, para sostener un sistema de inequidades acallando la voz del pueblo y sus líderes sectoriales.

“Todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca

sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente.

El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.

Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías”³².

Nuestra Constitución en su artículo 76 determina, “que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”³³. El debido proceso es el presupuesto necesario para limitar el ius puniendi, como una de sus garantías básicas, “la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, establecidas por la ley”³⁴.

³² Balance entre Garantías y eficiencia de la Justicia Penal. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 4.

³³ Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

³⁴ Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

Así mismo “la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”³⁵.

Las normas constitucionales nos marcan un camino de interpretación jurídica y de producción de normativa penal, pues, el procedimiento, y los tipos penales, siempre deben ser consecuentes con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y nos lleva a comprender que el sistema penal ecuatoriano debe ser esencialmente garantista, por lo que todas sus actuaciones estarán encaminadas a la promoción, protección y tutela de los derechos humanos de todos los ciudadanos y ciudadanas.

³⁵ Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. El debido proceso.

“El proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”³⁶. En este sentido, “dichos actos sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”³⁷. “El debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”³⁸.

Esta aproximación resulta pacífica en la doctrina, y más allá de los diversos énfasis teóricos, resulta claro que estamos frente a un derecho que es, a su vez, un prerrequisito indispensable para la protección de cualquier otro derecho. Constituye un verdadero límite a la regulación del poder estatal en una sociedad democrática, lo cual, en última instancia, apunta a dotar al debido proceso de un verdadero carácter democratizador.

³⁶ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.

³⁷ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 118.

³⁸ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 27

“En el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, como un derecho civil fundamental por su gran trascendencia social para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos, dependencias e instituciones del poder público, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa”³⁹.

El derecho al debido proceso contempla las siguientes garantías básicas:

“1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por

³⁹ Dr. Abarca Galeas Luis. Lecciones de Procedimiento Penal. Tomo 4. Corporación de Estudios y Publicaciones. Pg. 27.

la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto⁴⁰.

Es decir es un principio fundamental que advierte el derecho que tiene una persona que está siendo procesada a ciertas garantías mínimas, buscando el propósito de obtener una sentencia justa luego de haber sido escuchada ante un tribunal imparcial, competente e independiente.

⁴⁰ Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 55.

El Debido Proceso en Materia Penal, tiene su origen en la Constitución, teniendo como fin frenar los abusos que pueden darse por parte del Estado al ejercer su facultad sancionadora (ius puniendi) en deterioro de los derechos básicos de una persona.

El derecho a la defensa en materia penal es el más enfocado al procesado, siempre y cuando se encuentren comprometidos sus derechos, de tal suerte que deba participar para proteger dichos derechos. Radicando en el derecho que tiene toda persona de intervenir en un proceso penal desde el inicio hasta la culminación del mismo.

“El Derecho de Defensa es un derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso. Es el derecho subjetivo público individual del imputado de acreditar su inocencia o cualquier circunstancia capaz de excluir o atenuar su responsabilidad; constituye una actividad esencial del proceso, integrando el triángulo formal de la justicia represiva, en cuanto nadie puede ser condenado sin ser oído ni defendido.”⁴¹

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, “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

⁴¹ Vélez Mariconde, Alfredo; Derecho Procesal Penal, T.II, Editorial Córdoba, Argentina 1986. Pg. 377.

debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas”⁴².

El Estado debe observar y aplicar los principios que comportan el debido proceso penal, para que sea legítimo. Estos principios son: legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, imputación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso del proceso, publicidad, inmediación, motivación, imparcialidad y objetividad”⁴³.

4.3.2. Hidrocarburos en la Constitución de la República del Ecuador.

“Los hidrocarburos son compuestos orgánicos, en la tierra, formados únicamente por átomos de carbono e hidrógeno. La estructura molecular consiste en un armazón de átomos de carbono y átomos de hidrógeno. Los hidrocarburos son los compuestos básicos de la Química Orgánica. Las cadenas de átomos de carbono pueden ser lineales o ramificadas, y abiertas o cerradas. Los que tienen en su molécula otros elementos químicos (heteroátomos) se llaman hidrocarburos sustituidos”⁴⁴.

⁴² Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 5.

⁴³ Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 6.

⁴⁴ <https://es.wikipedia.org/wiki/Hidrocarburo>

La humanidad ha hecho uso del petróleo y sus derivados desde las épocas remotas, épocas de la antigüedad. “En medio Oriente, los sirios, asirios y babilonios lo aprovecharon calafetear embarcaciones, construir edificios, caminos y para curar algunas enfermedades”⁴⁵.

Las culturas aborígenes de Continente Americano también conocieron y usaron el petróleo con diferentes denominaciones. “Así en México los Aztecas lo llamaron: Chachapote; en Colombia los Chipchas; Nemé; en Venezuela los guajiros; Mené y en Ecuador los Peninsulares le denominaron Copei y los quichuas Pangara”⁴⁶.

En el contexto general de la economía, la participación del petróleo como objeto, medio o instrumento de producción y su uso masivo en los procesos de circulación, distribución y consumo de los bienes y servicios en todos los países, determina la necesidad de ordenar estos conocimientos en la especialización de la Economía del Petróleo.

El principio esencial del Derecho Petrolero es de la propiedad Estatal sobre los hidrocarburos establecidos en la Constitución y la Ley. En nuestro país el Estado es el dueño de los hidrocarburos del territorio ecuatoriano por mandato

⁴⁵ARÁUZ, Luis , Derecho Petrolero Ecuatoriano, Quito-Ecuador, Comité de Empresas de los Trabajadores de PETROPRODUCCIÓN, 2009 p. 83.

⁴⁶ ARÁUZ, Luis , Derecho Petrolero Ecuatoriano, Quito-Ecuador, Comité de Empresas dse los Trabajadores de PETROPRODUCCIÓN, 2009 p. 84.

del último inciso del Art. 1 de nuestra Constitución que dispone; “Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”⁴⁷.

“Es propiedad es inalienable por que no se puede enajenar, obsequiar ni abandonar. Es irrenunciable por que no se debe y no se puede renunciar y es imprescriptible porque es un derecho que no está sujeto a prescripción”⁴⁸. Estas características corresponden a los hidrocarburos que forman parte de los yacimientos ubicados en el subsuelo del territorio nacional.

“La naturaleza no renovable de estos recursos les ubica en la condición de bienes fungibles, agotables destinados a extinguirse en medida de que son separados de los yacimientos ubicados en el subsuelo del territorio nacional”⁴⁹.

Este mandato está determinado en los artículos 317 y 408 de nuestra constitución los cuales dicen:

“Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la

⁴⁷ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 2.

⁴⁸ ARÁUZ, Luis , Derecho Petrolero Ecuatoriano, Quito-Ecuador, Comité de Empresas dse los Trabajadores de PETROPRODUCCIÓN, 2009 p.160.

⁴⁹ ARÁUZ, Luis , Derecho Petrolero Ecuatoriano, Quito-Ecuador, Comité de Empresas dse los Trabajadores de PETROPRODUCCIÓN, 2009 p. 84.

responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico”⁵⁰.

“Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.

El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad”⁵¹.

⁵⁰ Art. 317 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 147.

⁵¹ Art. 408 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 180.

La concepción patrimonial consignada en los art. 1 y 317 de la Constitución de la República del Ecuador, le confiere al Estado la propiedad a fin de esta riqueza se maneje con el cuidado, responsabiliza y eficacia.

La redacción del art. 408 de la Constitución de la República del Ecuador, hay que entenderlo como una declaración legal complementaria que no contradice a la propiedad patrimonial, ni altera ese contenido y peor que lo sustituya para limitar o mal interpretar el ejercicio de ese dominio público.

4.3.3. Estado Constitucional de Derechos.

Rodrigo Borja define al Estado como “el régimen de asociación humana más amplio y complejo de cuantos ha conocido la historia del hombre, se caracteriza esencialmente por la ordenación jurídica y política de la sociedad”⁵².

Por otro lado, Miguel Marienhoff considera que “un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional”⁵³.

⁵² Rodrigo Borja. Sociedad, Cultura y Derecho. Quito: Planeta, 2007, p. 41.

⁵³ Miguel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. 5ta. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003, p. 385.

La evolución del concepto de Estado en el Ecuador, por lo menos en teoría, se ve reflejada generalmente en los distintos textos constitucionales que han regido para los ecuatorianos a lo largo de su historia republicana.

Hemos sido un Estado Soberano un Estado de Derecho hasta finalmente llegar mediante la aprobación de nuestra Constitución mediante referendo en 2008 al determinar en su art. 1, “que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”⁵⁴.

“Nuestra Constitución determina, en consecuencia, que el Estado es la organización suprema que no debe obediencia a ninguna otra y que no admite siquiera una concurrencia jerárquica a su mismo nivel de cualquier forma de asociación humana”⁵⁵.

La Constitución vigente crea el Estado de derechos en el Ecuador y con el nace el régimen garantista de los derechos de las personas, no solo el reconocimiento textual en la Constitución lo confirma, sino que todo el contenido teórico del nuevo ordenamiento jurídico y las decisiones de la Corte Constitucional están encaminados a alcanzarlo. La simple existencia de

⁵⁴ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.

⁵⁵ Jorge Zavala Egas. Curso Analítico de la Constitución Política de la República del Ecuador. Guayaquil: EDINO, 1996, p. 12.

una Constitución, como norma suprema en un Estado, no es determinante para afirmar que ese es propiamente un Estado Constitucional de Derecho. Es preciso recordar que el Estado legal, como modelo de Estado dominante por mucho tiempo, también cuenta con una Constitución como norma suprema.

En el Estado Constitucional, el concepto de Constitución cambia radicalmente, y empieza a ser concebida como una norma jurídica directamente aplicable y entrometida en todo el ordenamiento jurídico. Así lo determina en el art. 424; “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”⁵⁶.

Ferrajoli de manera precisa afirma que “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no

⁵⁶ Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial Nº 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 189.

sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia⁵⁷.

La supremacía constitucional sobre cualquier otro ordenamiento jurídico y de igual manera los actos del poder público deben mantener armonía con la Constitución determina una característica fundamental de un régimen Constitucional garantizando el efectivo respeto y goce de los derechos y las garantías de las personas. La aplicación directa de nuestra Constitución solo se ve empañada cuando los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.

Las principales características de un Estado Constitucional son:

- En un Estado Constitucional, es necesaria la presencia de una Constitución que tenga el carácter de norma jurídica y que se entrometa en todas las actividades públicas y privadas.
- El Estado Constitucional actual propone los valores, la justicia y los principios constitucionales sean retomados. La Constitución será el límite de esos valores y principios.

⁵⁷ Luigi Ferrajoli. Op.Cit. p. 193

- Se reafirma la finalidad máxima del Estado de Derecho, que consiste en alcanzar la dignidad humana a través de la protección de los derechos.
- El derecho pasa a tener una nueva concepción, ya no es solamente la herramienta que regula las relaciones sociales, sino que pretende convertirse en un sistema de garantías que logre alcanzar la dignidad humana.
- La Constitución y el principio de constitucionalidad, cumplen una función unificadora del derecho, respetando su separación y confirmando que ya no se encuentra reducido a la ley.

4.3.4. Delitos contra la actividad hidrocarburífera y sus derivados.

Nuestra Constitución establece los bienes jurídicos que la legislación penal debe proteger entre los cuales reconoce los derechos de la naturaleza, “a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”⁵⁸, y el derecho a su restauración⁵⁹.

“Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea

⁵⁸ Art. 71 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 52.

⁵⁹ Art. 72 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 52.

distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución”⁶⁰.

El Código Orgánico Integral Penal, en su párrafo segundo establece los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles. Entre los más relevantes tenemos:

Tipifica la paralización del “servicio de distribución de combustibles petróleo y biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”⁶¹. Es necesario para evitar la equiparación o almacenamientos de hidrocarburos.

“La adulteración de la calidad o cantidad de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”⁶². La sanción establecida es proporcional al delito es una actividad muy peligrosa adulterar la calidad o

⁶⁰ Art. 408 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 181.

⁶¹ Art. 262 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 41.

⁶² Art. 263 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 41.

cantidad de los hidrocarburos, pone en riesgo la vida de los propios infractores y de terceros. Por ejemplo el adulterar la cantidad de un cilindro de gas licuado de petróleo que es realizada de manera anti técnica, el manejo inadecuado de este volátil producto pone en grave riesgo la vida de las personas.

En el art. 264 sanciona a “la persona que sin la debida autorización, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya productos hidrocarburíferos o sus derivados, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles o estando autorizada, lo desvíe a un segmento distinto, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años y las personas que utilicen derivados de hidrocarburos, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles, en actividades distintas a las permitidas expresamente por la Ley o autoridad competente, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”⁶³.

Las penas establecidas para estas actividades ilícitas son desproporcionales, atentan al debido proceso de conformidad con el art. 76 numeral 6; “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁶⁴. Sanciona de la misma manera si se trata de un galón de gasolina o de cien o mil galones del mismo

⁶³ Art. 264 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 41.

⁶⁴ Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

hidrocarbón, deben establecer cantidades y diferentes sanciones promocionales para que el administrador de justicia no esté obligado imponer sanciones inadecuadas que alteren el orden constitucional.

El art. 265 sanciona a “la persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Con la misma pena, será sancionada en el caso que no se detecte la presencia de una sustancia legalmente autorizada, que aditivada a los combustibles permita identificarlos o que modifique la estructura original del medio de transporte sin contar con la autorización de la entidad del Estado correspondiente”⁶⁵.

De la misma manera al igual con el artículo anterior las penas establecidas no tienen proporcionalidad con el delito, es necesario acabar con el tráfico de combustibles en las fronteras de nuestro país pero no vulnerando el derecho al debido proceso de conformidad con el numeral 6 del art. 76 de nuestra Constitución.

Es necesario reformar las sanciones a los delitos contra la actividad hidrocarburífera a efectos de garantizar la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones.

⁶⁵ Art. 265 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Nº 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 41.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. Colombia.

LEY 788 DE 2002

Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPITULO I

NORMAS DE CONTROL PENALIZACIÓN DE LA EVASIÓN Y DEFRAUDACIÓN FISCAL

“Artículo 319-1. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados. El que en cantidad superior a veinte (20) galones, importe hidrocarburos o sus derivados al territorio colombiano, o los exporte desde él, por lugares no habilitados, o los oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los ochenta (80) galones, se impondrá una

pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código”⁶⁶.

La legislación colombiana, estable sanciones por contrabando de hidrocarburos y sus derivaos al ingreso y salida del país, no determina sanciones diferentes si se comete este delito en las fronteras. Sanciona a partir de veinte galones de hidrocarburos o sus derivados, imponiendo una pena de tres a cinco años y multa de trescientos a mil quinientos salarios básicos. A diferencia de nuestra legislación el Código Orgánico Integral Penal tipifica en el art. 264 el almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles y el art. 265 tipifica el almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial, con una pena privativa de libertad respectivamente establece; de uno a tres años y de cinco a siete años, sancionando de diferente manera al contrabando y almacenamiento de hidrocarburos y sus derivados, no establece cantidades mínimas sanciona de la misma manera y no determina ningún tipo de multas,

⁶⁶ Art. 39-1, LEY 788 DE 2002, por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones.

4.4.2. Perú.

CÓDIGO PENAL DEL PERÚ

Art 367.2.- Almacenamiento, transportación y comercialización sin la debida autorización.- Serán sancionados con una pena de prisión de uno a tres años y multa de quinientas a mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general y el comiso especial de los bienes utilizados para la ejecución del delito.

- La legislación peruana es muy similar a la nuestra, la sanción establecida es más leve que la tipificada en el art. 265 de nuestro Código Orgánico Integral Penal. Sanciona sin ninguna distinción a las personas que cometen este delito, no toman en cuenta las cantidades, poniendo en riesgo la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso que deben garantizar las penas establecidas en nuestra legislación penal, para que sea proporcional y justa para que garanticen el debido castigo buscando la rehabilitación del privado de libertad.

4.4.3. México.

CÓDIGO PENAL FEDERAL

Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931

Artículo 368. Se sancionará a quien:

I. Posea o resguarde de manera ilícita petróleo crudo o hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados.

Cuando la cantidad sea menor de 300 litros y hasta 300 litros, con pena de prisión de seis meses a dos años y de cien a quinientos días multa.

Cuando la cantidad sea mayor de 300 litros pero menor de 1 000 litros, con pena de prisión de dos a cuatro años y de quinientos a mil días multa.

En caso de que la cantidad sea igual o mayor a 1 000 litros, con pena de prisión de cuatro a diez años y de mil a doce mil días multa.

No se aplicará la pena prevista en el segundo párrafo de esta fracción, siempre que se trate de la posesión de hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados hasta por la cantidad de 300 litros, cuando el sujeto activo detente la posesión de estos productos con fines de consumo para actividades agropecuarias o pesqueras lícitas dentro de su comunidad.

II. Enajene o suministre gasolinas o diesel con conocimiento de que está entregando una cantidad inferior desde 1.5 por ciento a la cantidad que aparezca registrada por los instrumentos de medición que se emplean para su enajenación o suministro con pena de prisión de tres a seis años y de quinientos a mil días multa.

III. Enajene o suministre gas licuado de petróleo mediante estación de Gas L.P., para carburación, con conocimiento de que está entregando una

cantidad inferior desde 3.0 por ciento a la cantidad que aparezca registrada por los instrumentos de medición que se emplean para su enajenación o suministro con una pena de prisión de tres a seis años y de quinientos a mil días multa.

IV. Sustraiga o aproveche petróleo crudo o hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados de ductos, equipos o instalaciones de Petróleos Mexicanos, sus organismos subsidiarios o empresas filiales con pena de prisión de ocho a doce años y de mil a doce mil días multa.

Las sanciones que correspondan en este artículo se aumentarán hasta en una mitad cuando el responsable sea o haya sido trabajador o servidor público de la industria petrolera.

Las penas que correspondan por los delitos previstos en este artículo, se aumentarán en una mitad más para el trabajador o servidor público que, con motivo de su trabajo, suministre información de las instalaciones, del equipo o de la operación de la industria que resulte útil o pueda auxiliar a la comisión de los delitos de referencia.

- El Código Penal Federal de México en su art. 368, determina de manera muy clara, coherente y por ende proporcional las sanciones al acopio y tráfico de

hidrocarburos y sus derivados. Establece sanciones diferentes de conformidad con la cantidad de hidrocarburos y sus derivados que pueden ser destinados para el tráfico.

Determina una excepción, siempre que se trate de “la posesión de hidrocarburos refinados, procesados o sus derivados hasta por la cantidad de 300 litros, cuando el sujeto activo detente la posesión de estos productos con fines de consumo para actividades agropecuarias o pesqueras lícitas dentro de su comunidad”⁶⁷. El referido artículo permite libre acopio hasta 300 litros de hidrocarburos siempre que sea destinado para actividades agrícolas. Permite mantener esta cantidad de hidrocarburos y sus derivados sin la previa autorización de algún ministerio o entidad de gobierno, a diferencia de nuestro país la movilización y acopio de hidrocarburos deben ser autorizada por el Ministerio de Hidrocarburos. Además no hace ninguna distinción ni agrava las penas si esos delitos son cometidos en las fronteras.

El art. 264 del Código Orgánico Integral Penal, sanciona el almacenamiento, transporte, envase, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial, con pena privativa de cinco a siete años, sin establecer un mínimo de la cantidad de hidrocarburos o sus derivados. Lo cual permite que se sancione tan drásticamente a la persona que almacene, transporte, envase, comercialice o

⁶⁷ Ar. 368. Código Federal Mexicano. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931

distribuya ilegalmente hidrocarburos, 100 o 1000 galones convirtiéndola en una pena desproporcionada atentando a la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso.

Cabe recalcar que la legislación mexicana no sanciona en su normativa lo que tipifica el segundo párrafo del art. 265; Se sancionara con pena privativa de libertad de cinco a siete años, “en el caso que no se detecte la presencia de una sustancia legalmente autorizada, que aditivada a los combustibles permita identificarlos o que modifique la estructura original del medio de transporte sin contar con la autorización de la entidad del Estado correspondiente”⁶⁸.

⁶⁸ Art. 624 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 42

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. Materiales.

Los materiales utilizados en el desarrollo y ejecución de la presente tesis son los siguientes:

Diccionarios jurídicos, revistas jurídicas, libros, enciclopedias jurídicas, periódicos, internet y accesorios de oficina.

5.2. Métodos.

Los métodos que se utilizaron para el desarrollo de la presente tesis titulada “NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN” son los siguientes:

Método Científico.- Permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad procesal, así mismo a partir de la deducción, de análisis y síntesis, comparativo de cada uno de sus componentes, y la aplicación de método.

El Método Deductivo.- Se lo aplica para el análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho constitucional

relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares.

El Método Exegético.- Permitirá alcanzar un análisis crítico de los textos legales, que determina la problemática de la investigación.

El Método comparativo.- Nos permite analizar y comparar nuestra legislación de otros países y la nuestra.

Método Descriptivo.- Permite narrar el problema investigativo y fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

5.3. Técnicas.

- Las Encuestas:

Se ha aplicado en relación con la población de abogados de Loja, hacia quienes va dirigida la investigación, para el caso presente, la población o universo, está alrededor de los 30 abogados en ejercicio profesional.

Para la muestra se aplica la siguiente fórmula estadística:

$$n = \frac{N}{1 + N e^2}$$

N=Población o Universo= 30 Abogados del Cantón Loja.

n= Tamaño de la muestra =?

e= Margen de error = 10% = 0,1

De donde se tiene:

$$n = \frac{30}{1 + Ne^2} = n = \frac{30}{1 + 3.000 (0,1)^2} = \frac{30}{1 + 3.000(0,01)} = \frac{30}{1 + 30} = \frac{30}{31}$$

n= 26.5

n= 30 (Encuestas)

n= 30 = (Encuestas).

- Las Entrevistas:

Las Entrevistas fueron aplicadas a una población de cinco 5 profesionales conocedores de la materia como Jueces y Ayudantes Judiciales de la Judicatura Provincial de Loja.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Las encuestas realizadas en la investigación de campo, fueron aplicadas a una población de treinta Profesionales del Derecho de la Provincia de Loja, los cuales respondieron al siguiente cuestionario:

1.- ¿Considera usted, que las penas determinadas en Código Orgánico Integral Penal son proporcionales al delito?

CUADRO No. 01

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	16%
NO	25	84%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

GRAFICO No. 1



ANÁLISIS:

El 16% de la población encuestada, considera que la mayoría de las penas establecidas en el Código Orgánico Integral Penal son proporcionales. Mientras que el 84% de la población encuestada considera que no son proporcionales las penas con los delitos determinados en nuestro Código Orgánico Integral Penal, vulnerando el derecho al debido proceso

APORTE PERSONAL:

El derecho penal tiene una doble función el de precautelar y proteger los bienes jurídicos determinados en nuestra Constitución y el de tipificar las conductas delictivas que atentan contra estos bienes jurídicos. Se debe limitar la capacidad de castigar del Estado de conformidad con el principio de legalidad, las penas deben ser proporcionales con los delitos, garantizando de esta manera el derecho al debido proceso, garantía básica y primordial para que exista un Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social.

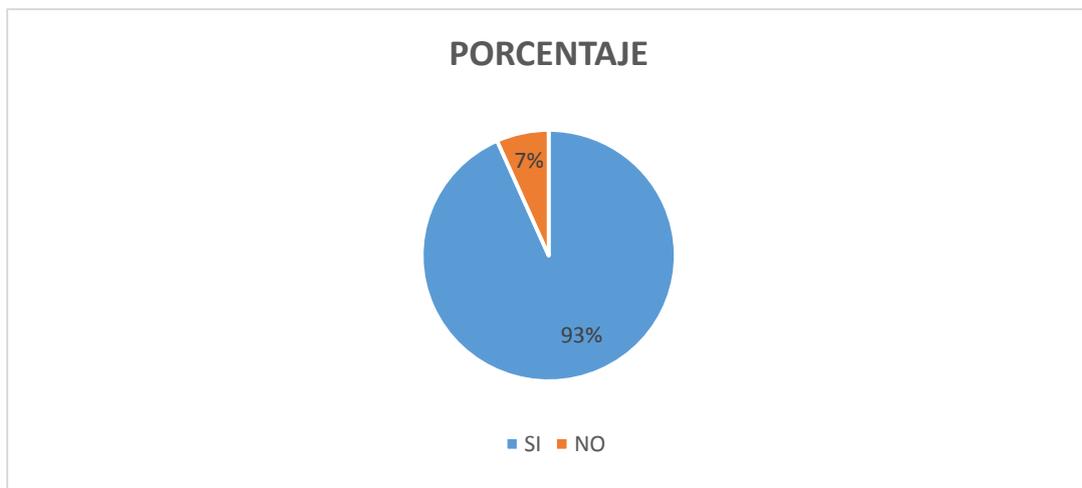
2.- ¿Considera usted, que los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, deben ser determinada por la cantidad confiscada?

CUADRO No. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	02	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

GRAFICO No. 2



ANÁLISIS:

El 93% de la población encuestada contestó que las penas en los delitos hidrocarburíferos y sus derivados deben establecerse según la cantidad decomisada para que la pena pueda ser considerada proporcional y justa. Mientras que el 7% de la población encuestada consideran que debe establecerse la misma sanción y debe mantenerse como las tipifican en el Código Orgánico Integral Penal.

APORTE PERSONAL:

La proporcionalidad de la pena con la infracción penal es una garantía básica del debido proceso. Lo tipificado en el art. 265 del Código Orgánico Integral Penal carece de esta garantía básica, la persona que almacene, transporte, envase, comercialice o distribuye de manera ilegal hidrocarburos y sus derivados en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial sin importar la cantidad incautada serán juzgados de la misma manera pudiendo tener como penas privativas de libertad de cinco a siete años.

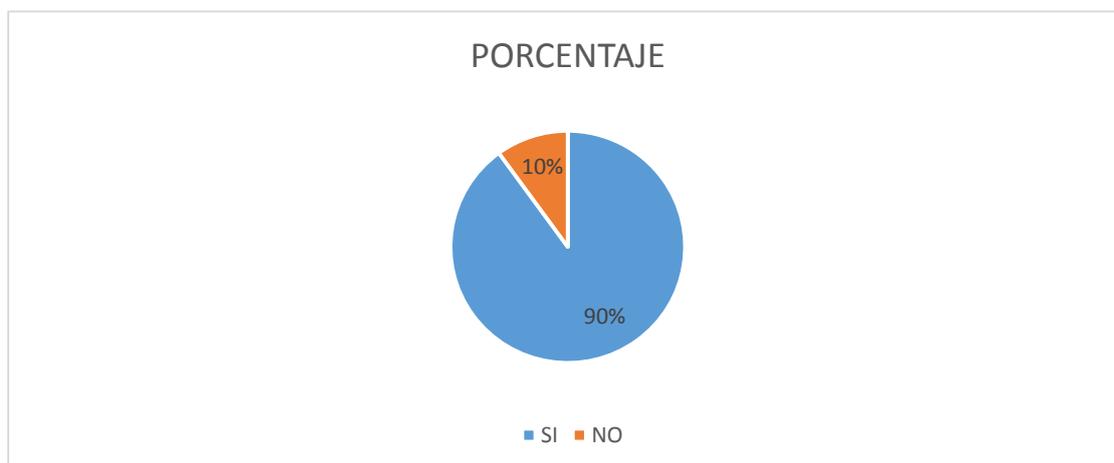
3.- ¿Considera que la debida proporcionalidad de las penas, garantizan los derechos y las garantías de las personas privadas de la libertad?

CUADRO No. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	03	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

GRAFICO No. 3



ANÁLISIS:

El 90% de la población encuestada considera que la proporcionalidad de las penas con las infracciones penales garantizan los derechos de las personas de las personas privadas de la libertad. Mientras que el 10% de la población encuestada considera que no que las penas deben ser drásticas para la prevención de los delitos.

APORTE PERSONAL:

Se aplica el principio de justicia al juzgar una persona que ha cometido una infracción penal y le asido impuesta una pena proporcional al acto antijurídico cometido, garantizando el debido proceso penal de conformidad con lo estipulado en el art. 76 numeral 6 de la Constitución, concerniente al debido proceso y la proporcionalidad de las penas, y lo estipulado en el art. 5 y 12

concerniente a los debido proceso penal y los derechos de las personas privadas de la libertad.

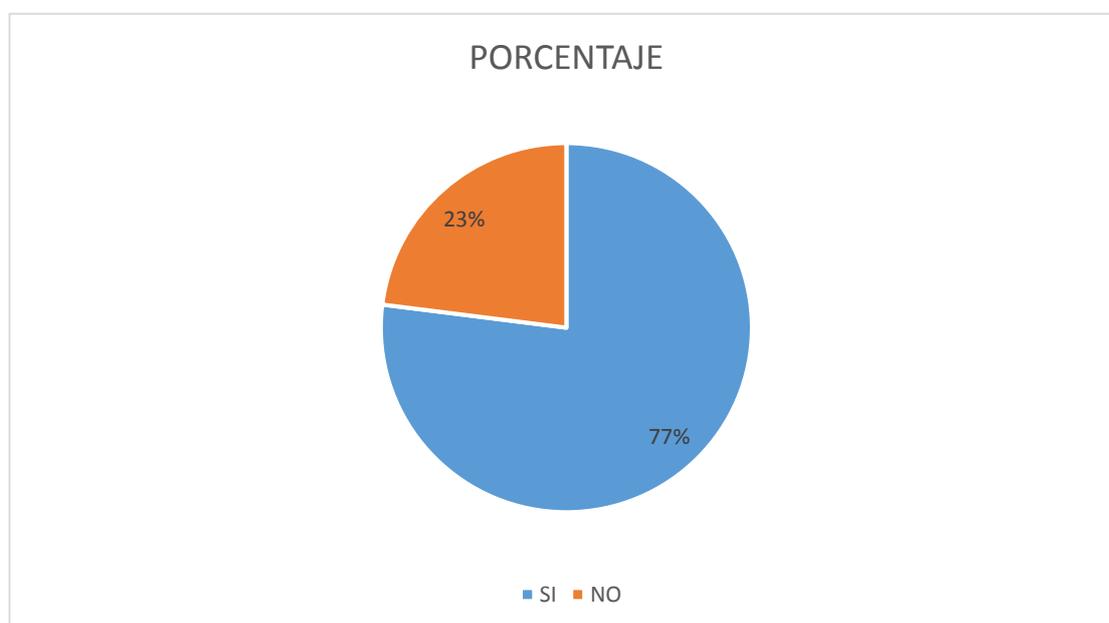
4.- ¿Conoce usted, el delito contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles?

CUADRO No. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	23	77%
NO	7	23%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

GRAFICO No. 4



ANÁLISIS: El 77% de la población encuestada, si conoce las infracciones penales por la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles. Mientras que el 23% de la población encuestada dice no conocerlas o no recordar lo que tipifica el Código Orgánico Integral Penal.

APORTE PERSONAL:

El Ecuador desde comienzos de 1970 se convirtió en un país exportador del petróleo, su economía se volcó a la explotación de este hidrocarburo convirtiéndose este producto no renovable la principal fuente de su economía.

El Petróleo es un recurso natural no renovable por lo tanto es propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado. “Los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico”⁶⁹. Este bien jurídico reconocido por la Constitución debe ser protegido por la legislación penal, para regular su explotación, el uso y el fin que se va a dar a estos recursos.

⁶⁹ Art. 408 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 99.

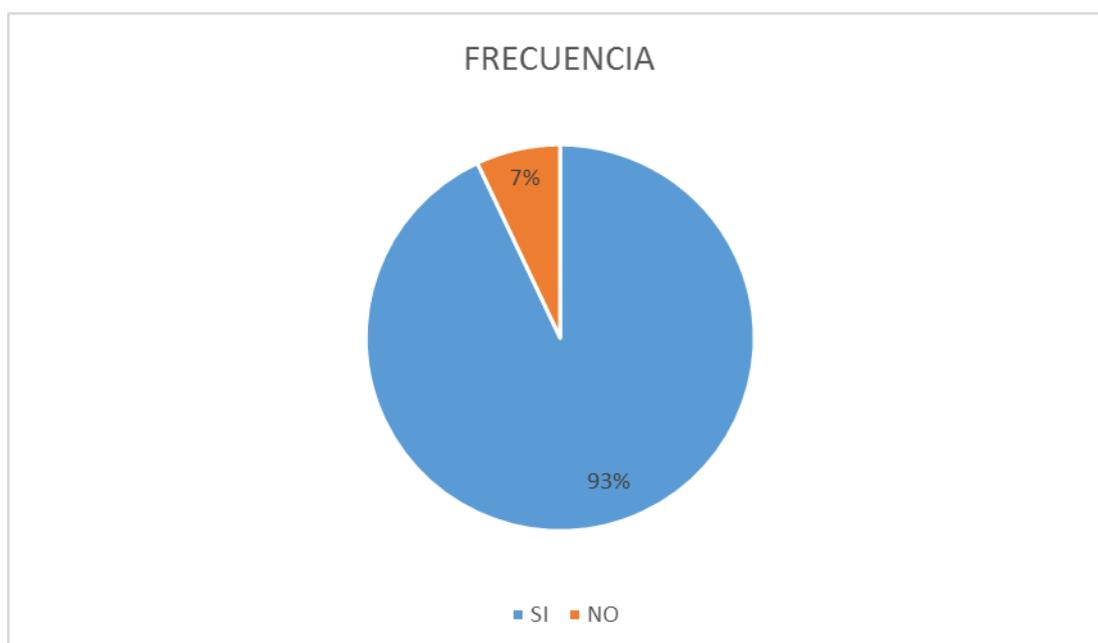
5.- ¿Consideraría pertinente o necesario, reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto a la pena establecida no es proporcional con la infracción penal?

CUADRO No. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	6%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta realizada a profesionales del Derecho.
Elaboración: El Autor Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

GRAFICO No. 5



ANÁLISIS:

El 93% de la población encuestada considera que es necesario reformar el Art. 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto la consideran desproporcional la pena de conformidad con la infracción penal. Mientras que el 7% de la población encuestada considera que no es pertinente o necesario reformar el mencionado artículo, por cuanto se trata de un delito de tráfico de hidrocarburos y debe ser fuertemente penado.

APOORTE PERSONAL:

Es necesario reformar el art. 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto la pena establecido es desproporcional a la infracción penal atenta al derecho del debido proceso, una de sus garantías básica es la debida proporcionalidad entre las penas y las infracciones penales atentando gravemente a la seguridad jurídica.

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Las Entrevistas fueron aplicadas a una población de cinco 5 profesionales conocedores de la materia como Jueces y Ayudantes Judiciales de la Judicatura Provincial de Loja, los cuales contestaron el siguiente cuestionario:

Pregunta.

1.- ¿Considera usted, que la pena en delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, deben ser determinada por la cantidad confiscada?

Respuestas.

Primera Entrevista:

- La actividad ilegal de hidrocarburos para ser sanciona debe ser proporcional con la cantidad incautada, para que la sanción impuesta sea acorde y proporcional garantizando el respeto al debido proceso y hacer que la justicia se a proba.

Segunda Entrevista:

- A mi opinión no se debe generalizar una sanción, esto atentaría con el derecho al debido proceso se debe respetar la debida proporcionalidad de las penas con las infracciones penales. Los delitos contra la actividad ilegal de hidrocarburos deben ser zsancionados de conformidad con la cantidad confiscada y no generalizar.

Tercera Entrevista:

- El derecho al debido proceso una de sus garantías básicas es el de la debida proporcionalidad de las penas con los delitos, si no se cumple esta garantía básica del debido proceso se vulnera la seguridad jurídica de las personas. Por

lo tanto las penas de los delitos de la actividad hidrocarburífera deben ser establecidas de conformidad con la cantidad de comisada.

Cuarta Entrevista:

- Considero que las penas para esta clase de delitos se deben establecer de conformidad con la cantidad de hidrocarburos y sus derivados que hayan sido confiscados.

Quinta Entrevista:

- Considero que la sanción que se pueda establecer por este delito debe ser en función de la cantidad confiscada, para que la pena sea justa y proporcional a la infracción, garantizando los derechos de las personas y los derechos de las personas privadas de su libertad.

Comentario:

El principio de proporcionalidad es uno de los más importantes dentro del marco de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social. La proporcionalidad de las penas hace que la legislación penal se constitucionalice garantizando los derechos de las personas y protegiendo de manera correcta los bienes jurídicos establecidos por nuestra Constitución.

Pregunta.

2.- ¿Considera que la debida proporcionalidad de las penas, garantizan los derechos y las garantías de las personas privadas de la libertad?

Primera Entrevista:

- La proporcionalidad de las penas es una garantía básica del debido proceso, por lo tanto garantiza los derechos de las personas que son sometidas a un proceso penal.

Segunda Entrevista:

- Considero que responsabilidad del Estado garantizar la debida proporcionalidad de las penas, para respetar los derechos constitucionales de las personas y hacer efectivo el Estado Constitucional de Derechos.

Tercera Entrevista:

- La debida proporcionalidad de las penas garantizan los derechos de los ciudadanos. Es necesario el principio de proporcionalidad para garantizar los derechos de las personas privadas de la libertad garantizando el debido proceso.

Cuarta Entrevista:

- La proporcionalidad de las penas garantiza los derechos de las personas y sobre todo la seguridad jurídica consagrada en nuestra Constitución. Asegurando el debido procesos de las personas sometidas a un proceso penal.

Quinta Pregunta:

- El principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio, exige que las medidas restrictivas de derechos se encuentren previstas en la ley y que sean

necesarias para alcanzar los fines legítimos previstos en una sociedad democrática. Para esto el Código Orgánico Integral Penal debe ser sometido a un exhaustivo análisis de los tipos penales que establece, para poder determinar la proporcionalidad de las penas y las infracciones penales y así garantizar el respeto de los derechos y las garantías constitucionales de las personas.

Comentario:

Nuestra Constitución determina que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, como una de las garantías del debido proceso, además corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, garantizando el respeto y el goce de los derechos de las personas.

Pregunta.

3.- ¿Consideraría pertinente o necesario, reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto a la pena establecida no es proporcional con la infracción penal?

Primera entrevista:

- Considero que se debe realizar un exhaustivo estudio del Código Orgánico Integral Penal, hay muchos tipos penales que no son desproporcionales de conformidad con la sanción establecida, de manera puntual debe reformarse el

Parágrafo Segundo del COIP, en el cual se tipifica los delitos contra la actividad hidrocarburífera. Las sanciones no son proporcionales son la infracción penal en el art. 265 sanciona con una pena de tres a siete años el transporte almacenamiento y distribución ilegal de hidrocarburos y sus derivados no hay una relación coherente de la cantidad decomisada y la sanción que pueda determinar en este caso como Administradores de Justicia, por lo tanto es necesaria su reforma para garantizar una justicia eficaz y proba.

Segunda Entrevista:

- Considero que es necesario realizar una reforma al artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la pena establecida no es proporcional a la infracción atentando el derecho al debido proceso.

Tercera Entrevista:

- La desproporcionalidad de la las penas en nuestro sistema jurídico no es nuevo, nuestro legisladores no son personas probas en sus mayoría para impulsar un proyecto de ley y adecuarlo con nuestra realizad. Es necesario realizar una reforma jurídica al artículo 265 de nuestro Código Orgánico Integral Penal por la desproporcionalidad de la pena privativa de libertad comparada con la infracción penal pone en riesgo la seguridad jurídica de las personas y el derecho al debido proceso.

Cuarta Entrevista:

- Es necesario reformar este artículo por cuanto la sanción establecida es desproporcional a la infracción penal.

Quinta Entrevista:

- El Estado tiene la capacidad de castigar, pero esta capacidad debe ser proporcional a la conducta antijurídica para saber resguardar y proteger los bienes jurídicos establecidos en nuestra Constitución de la República. Una sanción desproporcional a la infracción penal cometida pone en grave riesgo la institucionalidad de Estado como garante de los derechos y las garantías de las personas. Se debe limitar el ius puniendi y buscar un punto de equilibrio entre la pena la infracción penal. Considero necesario reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal por ser desproporcional la sanción a la infracción penal.

Comentario:

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en donde los derechos y las garantías constitucionales deben ser respetados y protegidos en todas sus formas por el Estado y sus Funciones. La Función Legislativa unas de las más importantes Instituciones del Estado, sus legisladores tienen la imperante responsabilidad de legislar en apego y armonía con nuestra Constitución. La desproporcionalidad de las penas atentan con el derecho al debido proceso, proceso rector que garantiza la existencia de una Estado Constitucional de Derechos y justicia social. Los ciudadanos estamos sometidos a las ocurrencias y desatinos de algunos Asambleístas que no representan la voluntad de sus mandantes, no buscan el bienestar social sola

satisfacer las decisiones del bloque que conforman convirtiéndose en caudillos y no para lo que fueron elegidos por votos.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

Durante el desarrollo de la investigación jurídica, se realizó el planteamiento de objetivos, uno general y tres específicos, mismos que han sido verificados y relacionados directamente con el problema materia de la presente investigación.

7.1.1. Objetivo General.

- Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de la normativa constitucional y penal de los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles

Durante el desarrollo del presente trabajo investigativo se ha podido realizar un exhaustivo análisis de la normativa constitucional y penal que aborda la temática hidrocarburífera en nuestro país. Se ha podido verificar el objetivo general planteado con el desarrollo del Marco Jurídico en de los puntos 4.3.2. Hidrocarburos en la Constitución de la República del Ecuador, 4.3.3. Estado Constitucional de Derecho y 4.3.4. Delitos contra la actividad hidrocarburífera y sus derivados, en los cuales se analizado la norma constitucional y penal, a partir del reconocimiento de los recursos no renovables como patrimonio del Estado, los derechos de la naturaleza, la definición de nuestro Estado y la protección de la actividad hidrocarburífera como bien jurídico reconocido en

nuestra Constitución y la protección del mismo en nuestro Código Orgánico Integral Penal.

7.1.2. Objetivo Específicos.

- Demostrar la necesidad de reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral en cuanto a la sanción establecida, a efecto de garantizar la debida proporcionalidad entre la infracción penal y la sanción.

El primer objetivo específico planteado se ha podido verificar en el presente trabajo investigativo en el desarrollo del Marco Conceptual en el punto 4.1.4. Proporcionalidad, en donde se ha definido el concepto de proporcionalidad de manera general tomando conceptos de distintos tratadistas en conformidad con nuestra Constitución. Además con el desarrollo del Marco Doctrinario se ha desarrollado los puntos 4.2.1. Función de la pena, 4.2.2. Principio de proporcionalidad y 4.2.3. Dosimetría, esenciales para entender estos preceptos jurídicos y poder fundamentar la necesidad de una reforma legal en el artículo 265 de nuestro Código Orgánico Integral Penal.

- Realizar un estudio jurídico de diferentes legislaciones en cuanto a los delitos de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización y distribución ilegal de hidrocarburos.

El Segundo objetivo específico se ha podido verificado con el desarrollo del punto 4.4. Legislación Comparada, en donde se ha tomado las legislaciones

penales de países como Colombia, Perú y México comparándola y analizándola con la nuestra.

- Elaborar una propuesta de reforma al Artículo 265 el Código Orgánico Integral, referente a la sanción establecida, a efecto de garantizar la debida proporcionalidad entre la infracción penal y la su sanción.

El tercer objetivo específico se ha podido verificar con los puntos 7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal y 9.1. Propuesta de Reforma. Se ha podido desarrollar una propuesta de reforma legal coherente con nuestra realidad y respetando la supremacía constitucional.

En cuanto a la investigación de campo se ha podido verificar con la quinta pregunta de la encuesta, el 93% de la población encuestada contesto que sí, considera necesario reformar al art. 265 del Código Orgánico Integral Penal y con la tercera pregunta de la entrevista, en donde los jurisconsultos preguntados según sus criterios están de acuerdo en realizar una propuesta de reforma al Código Orgánico Integral Penal.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

- El artículo 265 del Código Orgánico Integral no establece diferencias entre la cantidad de hidrocarburos y sus derivados que fueran hacer objeto de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal, castiga sin ninguna distinción, vulnerando la seguridad jurídica y una de las

garantías básicas del debido proceso la, debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

La hipótesis planteada se ha podido contrastar en el desarrollo del Marco Doctrinario y Jurídico. En cuanto a la investigación de campo se contrastar en su totalidad con la primera y segunda pregunta de la encuesta y la primera y segunda pregunta de la entrevista.

7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de Reforma Legal.

Nuestra Constitución define al “Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social”⁷⁰. “Son deberes primordiales del Estado, garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”⁷¹. “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”⁷².

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los

⁷⁰ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.

⁷¹ Art. 3, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.

⁷² Art. 11, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 21.

principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”⁷³.

La legislación penal debe someterse a la supremacía constitucional, para poder garantizar los derechos de las víctimas y los autores de las infracciones penales, como garantía de un debido proceso y la imposición de una sanción justa para poder proteger los bienes jurídicos reconocidos en nuestra Constitución.

Debe recoger nuestro Código Orgánico Integral Penal, preceptos determinados en nuestra Constitución, que son neurálgicos para poder garantizar un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, tales como:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”⁷⁴. Una de las garantías básicas debido proceso, es que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁷⁵. La correcta proporcionalidad de las penas limita la capacidad del Estado a castigar (ius puniendi), protegiendo de manera correcta los bienes

⁷³ Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

⁷⁴ Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

⁷⁵ Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 53.

jurídicos determinados en nuestra constitución y no caer en una venganza privada orquestada por el Estado a quien lesione o atente un derecho constitucional protegido por la legislación penal.

La “finalidad del Código Orgánico Integral Penas es la de 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”⁷⁶.

El legislador ha cometido un error inexcusable en normar los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustible en el párrafo segundo del Código Orgánico Integral Penal.

Si bien es cierto el petróleo y sus derivados son vitales para la economía nacional y “los recursos no renovables por mandato constitucional pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado”⁷⁷, se debe sancionar drásticamente toda conducta delictiva contra la actividad hidrocarburífera, siempre y cuando se tipifique penas proporcionales a la infracción penal, garantizando la seguridad jurídica de las personas y el debido proceso.

⁷⁶ Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial N° 180 - Lunes 10 de febrero de 2014. Pg. 5.

⁷⁷ Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 - Lunes 20 de octubre del 2008. Pg. 16.

8. CONCLUSIONES.

- La pena establecida no es proporcional a la infracción penal tipificada en el art. 265 del Código Orgánico Integral Penal.

- El Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial, tipificado en el art. 265 Código Orgánico Integral Penal no establece cantidades mínimas para el correcto juzgamiento y la aplicación de una pena proporcional a su conducta antijurídica.

- Un juzgador al aplicar cualquiera de las penas determinadas en el Parágrafo Segundo en el cual determina los Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles viola el derecho al debido proceso por cuanto las penas codificadas no son proporcionales a las infracciones penales.

- El Legislador al momento de establecer sanciones desproporcionadas para proteger los bienes jurídicos de nuestra Constitución en el Código Orgánico Integral Penal atenta con el derecho al debido proceso de las personas que son sometidas a un proceso penal.

9. RECOMENDACIONES.

- Realizar una reforma legal del artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a la proporcionalidad de la pena con la infracción penal determinada.

- Realizar un minucioso análisis de las sanciones establecidas con el principio de proporcionalidad, del Parágrafo Segundo en el cual determina los Delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles

- Es necesario establecer cantidades mínimas en el art. 265 del Código Orgánico Integral Penal concerniente al Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal o mal uso de productos derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo o biocombustibles, para sancionar de la misma manera sin importar la cantidad decomisada por las autoridades de control.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

ASAMBLEA NACIONAL

Considerando

- 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 sobre 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 el artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, determina, que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

- Que el artículo 82, establece que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

- Que, el art 76, numeral 6, ordena, ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

- Que en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 120, numeral 6 de la Constitución, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AI CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Sustitúyase el Art. 265 por el siguiente. Almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal de hidrocarburos en las provincias fronterizas, puertos marítimos o fluviales o mar territorial.- La persona que, en las provincias fronterizas, puertos marítimos, fluviales o mar territorial, almacene, transporte, envase, comercialice o distribuya sin la debida autorización, productos derivados de hidrocarburos incluido el gas licuado de petróleo o biocombustibles, cuya cantidad sea menor a 20 galones de productos derivados de hidrocarburos, o menor a 300 kilogramos de gas licuado de petróleo será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Con la misma pena, será sancionada en el caso que no se detecte la presencia de una sustancia legalmente autorizada, que aditivada a los combustibles permita identificarlos o que modifique la estructura original del medio de

transporte sin contar con la autorización de la entidad del Estado correspondiente.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los días del mes de..... del 2016

f. EL PRESIDENTE

f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 2.- Constitución de la República del Ecuador.
- 3.- Código Civil Ecuatoriano.
- 4.- Extensión de la Quimera, Rafael Azerrad; Buenos Aires; Editorial Astrea; 1979;
- 5.- Código Orgánico Integral Penal.
- 6.- Derecho Administrativo, Gustavo Penagos.
- 7.- Ley Orgánica de Servicio Público.
- 8.- GUILLERMO CABANELLAS. Diccionario Jurídico Elemental. EDITORIAL HELIASTA.
- 9.- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires - Argentina, 2008.
- 10.- Código Orgánico General de Procesos.
- 11.- Prieto Sanchís, Luis. "Neoconstitucionalismo". Diccionario de derecho constitucional. México, Editorial Porrúa, 2005.
- 12.- Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos. Ed. Miguel Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.
- 13.- Ramiro Ávila Santamaria. "La Igualdad". Los Derechos y sus Garantías Ensayos Críticos. Quito, Corte Constitucional del Ecuador.
- 14.- Jorge Zavala Egas. "Describamos al Ecuador". La Agonía del Derecho. Guayaquil, EDINO

15. DICCIONARIO CONCEPTUAL DE DERECHO PENAL, Editorial Jurídica Bolivariana.
- 16.- ESPINOSA MERINO, Galo: Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986.
- 17.- AMORETTI PACHAS, Mario, Delitos Contra Administración Pública 2009.
- 18.- Constitución de México.
- 19.- Constitución Política de Colombia.
- 20.- Constitución Política De Perú.

11. ANEXOS.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”.

**PROYECTO DE TESIS PREVIO
A OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR:

MARIO FERNANDO AGUILAR SOTOMAYOR

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda, Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

1.- TEMA.

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”.

2.- PROBLEMA.

El delito no es un problema normativo, sino social y es en ese ámbito donde deben buscarse las soluciones.

El Código Orgánico Integral Penal, COIP, que fuera publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, del lunes 10 de febrero de 2014, rige en su totalidad, desde el domingo 10 de agosto de 2015, una vez cumplida la disposición final, por la cual este Código debía entrar en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación, con excepción de las disposiciones reformativas al Código Orgánico de la Función Judicial.

La reforma penal integral se produce luego de casi 80 años de vigencia de la normativa penal, lo cual constituye un paso sumamente importante para garantizar el derecho a la vida y a la seguridad ciudadana, así como la eficiencia y eficacia en la administración de justicia, como parte de la lucha sin cuartel contra la impunidad.

Entre las cosas positivas encontramos, principalmente, un intento de cambio en la dogmática del delito. El Código deja atrás muchas (no todas) de las posturas

causalistas que solía promulgar e intenta partir de un modelo funcional de la teoría del delito. Digo intenta, porque parece no lograrlo por completo, pues tiene aún una clara influencia finalista y, más que nada, política que hizo que sufra muchos cambios que afectaron la coherencia normativa. Pese a ello, la introducción de cuestiones como la conciencia de antijuridicidad, la posición de garante, la definición de la culpa. Tiene más o menos claros muchos conceptos y se presenta como un cuerpo normativo ambicioso, novedoso y actualizado.

Dentro de las cuestiones negativas que encontramos en la ley podemos ver ese doble discurso político criminal que impera a lo largo del Código. Por un lado encontramos el discurso claramente garantista, mientras que por otro encontramos un discurso con pretensiones punitivas altas.

El poder punitivo es la capacidad del Estado para castigar. La naturaleza del jus puniendi pretende buscar una fundamentación a sus límites. Binding parte de la distinción norma-ley, la misión principal de toda norma es la de establecer la obediencia, existiendo un derecho a exigir su cumplimiento, por lo tanto, la conducta contraria a la norma es un delito que merece castigo.

En la Exposición de Motivos de nuestro Código Orgánico Integral Penal establece fundamentalmente que, “todo sistema penal se encuentra en el dilema entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente.

El sistema penal tiene que llegar al término medio para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista algo parecido a la paz social en el combate a la delincuencia.

Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal –como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías”⁷⁸.

El abuso del poder punitivo por parte del Estado pone en riesgo la seguridad jurídica de las personas, debe haber la correcta proporcionalidad entre la pena y el delito o infracción penal.

El artículo 265 del Código Integral Penal sanciona hasta con siete años de prisión la comercialización y distribución ilegal de combustibles en la frontera.

La comercialización ilícita de combustibles en zonas fronterizas o marítimas no es otra cosa que una forma de contrabando y debió incluirse en la sección de delitos tributarios. Es entonces donde se podrá determinar el quantum del daño y aplicar proporcionalmente la pena, haciendo una necesaria diferenciación entre el gran contrabandista y el que comete un delito por subsistencia.

Como una de las garantías básicas del debido proceso establecida en el art. 76 numeral 6, de nuestra Constitución establece que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”⁷⁹.

⁷⁸ Código Orgánico Integral Penal. Exposición de Motivos. Pg. 4.

⁷⁹ Art. 11, numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador.

3.- JUSTIFICACIÓN.

Esta investigación jurídica se enmarca dentro del área del Derecho Constitucional y Penal; por tanto, se justifica académicamente, en cuanto cumple la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico en aspectos inherentes a las materias de derecho positivo, sustantivo y adjetivo para optar por el Título de Abogado.

El problema jurídico y social, materia del proyecto de tesis es trascendente, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado para con sus ciudadanos, velar por su bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin violentar sus derechos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios sustitutivos de carácter jurídico constitucional que la prevengan y controlen sus manifestaciones.

4.- OBJETIVOS.

- **Objetivo General:**

- Realizar un estudio conceptual, doctrinario y jurídico de la normativa constitucional y penal de los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles

- **Objetivos Específicos:**

- Demostrar la necesidad de reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral en cuanto a la sanción establecida, a efecto de garantizar la debida proporcionalidad entre la infracción penal y la sanción.

- Realizar un estudio jurídico de diferentes legislaciones en cuanto a los delitos de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización y distribución ilegal de hidrocarburos.

- Elaborar una propuesta de reforma al Artículo 265 el Código Orgánico Integral, referente a la sanción establecida, a efecto de garantizar la debida proporcionalidad entre la infracción penal y la su sanción.

5.- HIPÓTESIS.

- El artículo 265 del Código Orgánico Integral no establece diferencias entre la cantidad de hidrocarburos y sus derivados que fueran hacer objeto de almacenamiento, transporte, envasado, comercialización o distribución ilegal, castiga sin ninguna distinción, vulnerando la seguridad jurídica y una de las garantías básicas del debido proceso la, debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

6.- MARCO TEÓRICO.

TEORIA DEL DELITO.

“La ley penal contiene todos aquellos aspectos que hacen concluir que un hecho debe ser o no considerado como delito. La función selectiva propia del Derecho penal”⁸⁰, precisa aquellas conductas que resultan desaprobadas en un tiempo y lugar determinados, amenazándolas con la aplicación de una pena o medida de seguridad,

⁸⁰ Zaffaroni, Alagia y Slokar, op. Cit. Pág. 8 y ss.

igualmente previstas en la ley. Luego, si la Dogmática consiste en la “descomposición del texto de la ley en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una teoría interpretativa”⁸¹ es que llegamos a la teoría del delito, la que, dicho sea de paso, sólo puede deducirse de la ley. Es, pues, la Teoría del delito una teoría de la interpretación de los hechos, una teoría de la acción humana.

En términos generales, sabemos que la teoría del delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Es verdad que construir el concepto de delito no ha sido tarea de fácil acometida. Sin embargo, la ciencia del Derecho penal tiene reconocido que el concepto de delito obedece a una doble perspectiva: de un lado, es efectivamente un juicio de desvalor que recae sobre el hecho o acto humano (injusto o antijuridicidad) y , por otra parte, un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho (culpabilidad).

El injusto o antijuridicidad, representa la desaprobación del acto; y por culpabilidad entendemos la atribución del acto a su autor con miras a responsabilizarlo del mismo. Obviamente, no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable puede ser considerado como delito, sin más. Es indispensable que estemos en presencia de una categoría adicional a las anteriores, siendo esta la llamada tipicidad, que no es otra cosa que la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley.

⁸¹ Tratado de Derecho penal. Parte General, Volumen I, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 265.

“Tanto la tipicidad, como la antijuridicidad y la culpabilidad suelen ser las características comunes a todo delito y la constatación de su existencia permiten afirmar del mismo modo la existencia del delito y, con ello, plantear el castigo a su autor conforme a la sanción dispuesta para cada caso por el legislador”⁸².

Con todo lo señalado, es posible llegar a una definición elemental, según la cual el delito es la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible. Es verdad que, a lo largo de su dilatada historia evolutiva, la teoría del delito ha experimentado una transformación profunda, sobre todo en relación con el contenido material de cada uno de los conceptos que conforman el delito. Lo anterior, como es lógico suponer, se ha debido a los esfuerzos desplegados por la dogmática jurídico penal, dando como resultado diversas construcciones teóricas que explican el delito.

Así pues, sabiendo que no ha sido uniforme el desarrollo y la aceptación de los contenidos materiales de cada elemento del delito, queda claro que, como puntualmente sostiene Muñoz Conde “no se puede hacer del sistema de la teoría del delito la aspiración máxima y casi única de la Ciencia del Derecho penal, pero tampoco se puede prescindir completamente de él dejando la interpretación y aplicación del Derecho penal en manos del azar y la arbitrariedad”⁸³, puesto que “en la medida en que el sistema de la teoría del delito constituye un riquísimo caudal ordenador de criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y

⁸² Fernández Carrasquilla, Juan, Op. Cit., pág. 204

⁸³ Muñoz Conde y García Arán, Op. Cit., pág. 221

solución de los casos jurídico-penales”⁸⁴, deviene para el penalista, en un insoslayable instrumento indispensable para el estudio del Derecho penal.

PROPORCIONALIDAD.

El principio de proporcionalidad 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. Así, 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 categorías de la antijuridicidad 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

⁸⁴ Tarrío, Mario C., Teoría finalista del delito y dogmática penal, Editorial Cathedra, Buenos Aires, 2008, pág. 33

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 sujeto al que se imputa.

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 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 PODER PUNITIVO DEL ESTADO.

El contenido axiológico de la Constitución de la República, 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 social, la Constitución complementa en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón; o sea que sólo el uso proporcionado del poder 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 basa 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 Asambleaísta Nacional al dictar las leyes correspondientes, especialmente penales, debe actuar dentro de los límites constitucionales; tales límites pueden ser implícitos como explícitos, de tal manera que a este Asambleaísta le está vedado, por voluntad expresa del Asambleaísta 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”⁸⁵.

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 manifestado se desprende, que en el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, el Asambleaísta 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

⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador. Ar. 66, numeral 1.

vigencia de un orden justo, de una paz social y la garantía de la ética social pública.

7. METODOLOGÍA.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizarán métodos y técnicas de investigación científica, enunciaremos a continuación.

7.1. METODOS.

Método Científico.- Permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad procesal, así mismo a partir de la deducción, de análisis y síntesis, comparativo de cada uno de sus componentes, y la aplicación de método.

El Método Deductivo.- Se lo aplica para el análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho constitucional relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares.

El Método Exegético.- Permitirá alcanzar un análisis crítico de los textos legales, que determina la problemática de la investigación.

El método comparativo.- Nos permite analizar y comparar nuestra legislación de otros países y la nuestra.

Método Descriptivo.- Permite narrar el problema investigativo y fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

7.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

Se ha utilizado la técnica de las encuestas que se aplicaran a 30 abogados en libre ejercicio y una entrevista a 5 jurisconsultos involucrados en la problemática.

8. CRONOGRAMAS DE ACTIVIDADES.

Se completara el siguiente cronograma de trabajo durante el año 2016:

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

9.1. RECURSOS HUMANOS.

Autor: Marlo Fernando Aguilar Sotomayor.

Director de Tesis: Por designarse.

Población Investigada.

9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS.

Costos aproximados:

Bibliografía específica	150.00
Digitación e Impresión	300.00
Materiales de Oficina	175.00
Traslado y Modificación	150.00
Publicación y empastado	100.00
Imprevistos	200.00
TOTAL	1075.00

9.3. FINANCIAMIENTO.

El presente trabajo investigativo, será financiado con recursos personales y propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFIA.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal de la República del Ecuador.
- Juan Fernández Carrasquilla
- Tarrío, Mario C., Teoría finalista del delito y dogmática penal.
- Muñoz Conde Tratado de Derecho penal. Parte General, Volumen I.

Encuestas.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.
AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO



ENCUESTA:

Con la finalidad de recolectar información necesaria para la realización de la investigación de campo sobre el tema: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”**; le ruego conteste las siguientes preguntas:

; le ruego conteste el siguiente cuestionario de preguntas:

CUESTIONARIO:

1.- ¿Considera usted, que las penas determinadas en Código Orgánico Integral Penal son proporcionales al delito?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....

2.- ¿Considera usted, que los delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, deben ser determinada por la cantidad confiscada?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....

3.- ¿Considera que la debida proporcionalidad de las penas, garantizan los derechos y las garantías de las personas privadas de la libertad?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....

4.- ¿Conoce usted, el delito contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....
.....
.....

5.- ¿Consideraría pertinente o necesario, reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto a la pena establecida no es proporcional con la infracción penal?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....

Entrevista:

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.
AREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.
CARRERA DE DERECHO**



Entrevista:

Con la finalidad de recolectar información necesaria para la realización de la investigación de campo de la Tesis sobre el tema: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 265 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN CUANTO A LA SANCIÓN ESTABLECIDA, A EFECTO DE GARANTIZAR LA DEBIDA PROPORCIONALIDAD ENTRE LA INFRACCIÓN PENAL Y LA SANCIÓN”**; le ruego conteste las siguientes preguntas:

CUESTIONARIO:

1.- ¿Considera usted, que la pena en delitos contra la actividad hidrocarburífera, derivados de hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles, deben ser determinada por la cantidad confiscada?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....

2.- ¿Considera que la debida proporcionalidad de las penas, garantizan los derechos y las garantías de las personas privadas de la libertad?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....

3.- ¿Consideraría pertinente o necesario, reformar el artículo 265 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto a la pena establecida no es proporcional con la infracción penal?

SI () NO ()

PORQUE:.....
.....
.....
.....
.....

INDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	I
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACION DE TESIS.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.	2
2.1. ABSTRACT.	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.	10
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	10
4.2. MARCO DOCTRINARIO.	20
4.3. MARCO JURÍDICO.	35
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.	53
5. MATERIALES Y MÉTODOS.	60
6. RESULTADOS.	63
7. DISCUSIÓN.	79
8. CONCLUSIONES.....	85
9. RECOMENDACIONES.	86
9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	87
10. BIBLIOGRAFÍA.	90
11. ANEXOS.	92
INDICE.....	114