UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

"INDIVIDUALIZAR LA PENA: UNA NECESIDAD PROCESAL ECUATORIANA"

TESIS PREVIA PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGISTER EN CIENCIAS PENALES

AUTORA

ALBA ENITH MERA YAGUANA

DIRECTOR DE TESIS

DR. MARCELO MOGROVEJO Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2012

AUTORIZACIÓN

Dr. Marcelo Mogrovejo León. Mg.Sc.

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

CERTIFICO:`

Que he dirigido el trabajo de Tesis intitulada ***"INDIVIDUALIZAR LA PENA: UNA NECESIDAD PROCESAL ECUATORIANA",*** presentada por la ***Doctora Alba Enith Mera Yaguana***,egresada de la Maestría en Ciencias Penales, como requisito previo a la obtención del Título de Magister en Ciencias Penales, por lo que una vez que se han verificado las sugerencias y observaciones realizadas de mi parte en mi condición de Director de Tesis, autorizo al interesado presentar el trabajo para la revisión y sustentación correspondiente ante el Tribunal de Grado.

Loja, marzo del 2012

_____

Dr. Marcelo MogrovejoLeón.**Mg.Sc.**

DIRECTOR DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Los comentarios realizados a las citas conceptuales, doctrinarias y jurídicas que constan en la revisión de literatura, la recopilación y análisis de los resultados y opiniones que se recabaron mediante la aplicación de la encuesta y la entrevista, la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis, conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma que constan en el presente trabajo investigativo, son de responsabilidad absoluta de la autora.

Loja, marzo del 2012

_____

Doctora Alba Enith Mera Yaguana

DEDICATORIA

A Dios
Fortaleza de mi vida
y mi destino.

A mis hijos
Mis tres amores
razón de mi existencia
inspiración de cada día
para luchar y superarme.

A mis padres
Guías y confidentes
quienes me han brindado
su amor en todos los momentos
de mi vida.

A mis Amigos y Amigas
Que siempre han estado a mi lado
con su apoyo, comprensión y cariño.

Alba Enith Mera Yaguana

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi imperecedera gratitud a las autoridades, docentes y administrativos de la Carrera de Derecho del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, por haberme brindado la oportunidad de formarme en este prestigioso centro de estudios.

Gracias a los docentes cubanos y ecuatorianos que en cada uno de los módulos me impartieron con verdadera mística y profesionalismo sus conocimientos y experiencias en el ámbito del derecho penal.

Un reconocimiento especial de mi gratitud al MagisterMarcelo Mogrovejo, quien asumió con responsabilidad y entrega la función de Director de Tesis, demostrando siempre su vocación de Maestrocomprometido con la formación de nuevos magísteres.

Gratitud para todas las personas que de una u otra forma me brindaron su aporte para que la realización de este trabajo llegue a feliz término.

La Autora

TABLA DE CONTENIDOS

1. RESUMEN

1.1. Abstract

2. INTRODUCCIÓN

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1 MARCO CONCEPTUAL

3.1.1. Breves conceptualizaciones y características del delito

3.1.1.1. Conceptos

3.1.1.2. Características del delito

3.1.2. Breves consideraciones de la pena

3.1.3. Breve clasificación de las penas

3.2. MARCO DOCTRINARIO

3.2.1. Funciones y finalidades la pena

3.2.1.1. Finalidades

3.2.1.2. Funciones de la pena

3.2.2. Teorías y doctrinas sobre la individualización de la pena

3.3. MARCO JURIDICO

3.3.1. Principios y derechos constitucionales de la pena en el Ecuador

3.3.2. Las penas en el código penal

3.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

3.4.1 LegislaciónColombiana

3.4.2. Legislación de Costa Rica

3.4.3. Legislación del Gobierno de Durango, perteneciente a la República de México

4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Materiales

4.2 Métodos

5. RESULTADOS

5.1. Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la aplicación de las encuestas

5.2. Presentación de las entrevistas.

5.3 Estudio de Casos

6. DISCUSIÓN

6. Verificación de Objetivos

6.1. Contrastación de Hipótesis

6.3 Fundamentación de la propuesta jurídica de Reforma

7. CONCLUSIONES

8. RECOMENDACIONES

9.- PROPUESTA JURÍDICA

10. BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE

ANEXOS

1. RESUMEN

Dentro de la presente tesis la cual se denomina "**INDIVIDUALIZAR LA PENA: UNA NECESIDAD PROCESAL ECUATORIANA",**me he permitido tomar varios puntos clave sobre este grave conflicto social que tiene sustento en la dogmática penal; iniciaré realizando un breve estudio sobre la conceptualización del delito y la pena en el Ecuador.

En un resumen general se han tomado en cuenta el Derecho Penal, la Dogmática Penal, Los Derechos Humanos, la Individualización de la Pena, así como también haré un estudio comparado de la legislación ecuatoriana con legislaciones de otros países.

Luego realizaré una extracción de algunos actos de violación a los derechos humanos, en la cual se sancionó a personas con penas irracionales; esto con el fin de poder sustentar la propuesta de incorporación de la individualización de la pena en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, siendo el objetivo principal garantizar a las personas, halladas culpables, el derecho a recibir una pena proporcional al hecho.

Para el cumplimiento de los objetivos planteados, me he basado en el trabajo de campo realizado: encuestas y entrevistas dirigidas a abogados en libre ejercicio de

la profesión, en su calidad de defensores o acusadores, Fiscales y Jueces de Garantías Penales de la ciudad de Loja.

En las conclusiones y recomendaciones, al finalizar la tabulación respectiva de las encuestas y entrevistas, se puede notar que las personas encuestadas y

entrevistadas, en su mayoría, comparten el criterio de incorporar una audiencia para la individualización de la pena.

Como una muestra del descontento social que emana de esta problemática se ha presentado las respectivas conclusiones y recomendaciones obtenidas de los criterios vertidos sobre las interrogantes en las encuestas y entrevistas aplicadas a las personas que intervinieron en la realización del trabajo de campo.

1.1. ABSTRACT

Withinthis thesiscalled "INDIVIDUALIZING PENALTY: A NEEDED PROCEDURE IN THE ECUADORIANLEGISLATION", sever al key points about this serious social conflict have been taken account that have support in the criminal dogmatic. Ashort surveyon the conceptualization of crime and punishmentin Ecuador will be conducted.

A general summary of Criminal Law, Criminal dogmatism, Human Rights, and the individualization of punishmentare taken into account, as well as a comparative study of the Ecuadorian legislation with legislation of other countries.

An extraction of some acts of violation of human rights, In which people were punished with irrational sentences will be done in order to sustain the proposed incorporation of the individualization of punishment in the Code of Criminal Procedure of Ecuador, whose main objective is to ensure that people, found guilty, would have the right to receive a punishment proportional to the event.

To fulfillmy objectives, I have relied on field work: surveys and interviewsad dressed to freelance lawyers, Prosecutors and Criminal Guarantee Judges of the city of Loja.

most interviewed people agree with the incorporation of the individualization of punishment.

2. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, las penas se imponen generalmente por igual para cada uno de los acusados, solamente estableciendo su grado de responsabilidad. Por ello la importancia de esta investigación desde el punto de vista social, dado que es imperativo establecer una proporción entre la pena, el delito y las circunstancias o condiciones personales del culpable.

Mi trabajo de tesis, desde el punto de vista jurídico, pretende realizar un estudio sobre la audiencia de juzgamiento en el proceso penal, con la finalidad de establecer si existen vacios en torno a la individualización de la pena, la forma en que estos afectan al debido proceso, así como el principio de proporcionalidad al que tiene derecho el acusado en un proceso penal, por no existir un marco jurídico adecuado y claro.

La inexistencia de la audiencia de individualización de la pena, en nuestro proceso penal, amerita realizar un trabajo jurídico-crítico, para verificar la conveniencia o no de implementarla. Al existir dicha audiencia, las partes procesales contarían con un nuevo procedimiento para la imposición de la pena, la cual debe ser legal, jurisdiccional, proporcionada y determinada al daño causado en observancia al debido proceso.

La tesis se encuentra estructurada en los siguientes aspectos esenciales que permiten desarrollar y analizar los contenidos científicos, doctrinarios, jurídicos y de campo necesarios para la comprobación positiva de mi trabajo de investigación científica y que explico sintéticamente a continuación:

La revisión de la literatura constituye el apartado estructural que permite analizar los contenidos doctrinarios y jurídicos, que se encuentran

estructurados en el marco conceptual, doctrinario y jurídico. En el marco conceptual encontramos las concepciones referidas al delito y a las penas en general. En el marco doctrinario se enfocan los temas inherentes a la individualización de la pena y a las teorías o tendencias que sustentan la individualización de las penas. En el marco jurídico se analizan las normas de la Constitución, Código Penal y de Código de Procedimiento Penal; finalmente concluyo analizando la legislación comparada.

Los materiales y métodos hacen referencia a la utilización de los implementos o herramientas que permitieron desarrollar mi trabajo investigativo. La descripción de los métodos permitió desarrollar de forma analítica, reflexiva, sintética y empírica cada uno de los contenidos de la presente investigación.

La presentación de resultados comprende: el desarrollo de la investigación de campo y de las encuestas y entrevistas que permitieron recabar la información empírica necesaria para la verificación de los objetivos y la comprobación de la hipótesis. También se hace referencia al estudio de casos, en la cual se aborda, el objeto de estudio.

La discusión está basada esencialmente en la verificación de los objetivos generales y específicos propuestos en el proyecto de investigación así como en la comprobación de hipótesis que permiten ubicar a la investigación como positiva o negativa para su culminación. Así, en este apartado encontramos los fundamentos finales para alegar motivadamente el porqué de la propuesta de solución en el ámbito doctrinario y jurídico.

La síntesis del informe final contiene los apartados finales de conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica para la incorporación de la individualización de la pena, que son producto de toda la acción investigativa

desplegada en el presente trabajo que pongo a disposición de las autoridades, docentes y estudiantes de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja.

Mi trabajo de investigación contribuirá a que las abogadas y abogados del Ecuador, tengan una fuente de consulta basada en los aspectos doctrinarios, jurídicos y legales que permitan exigir al Estado un cambio significativo en las políticas legislativas.

SECCIÓN PRIMERA
CUERPO DE LA INVESTIGACIÓN

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1.- MARCO CONCEPTUAL.

3.1.1.- BREVES CONCEPTUALIZACIONES Y CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

3.1.1.1.- Conceptos.-Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.

Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se han dado al delito. Recogiendo la de Jiménez de Asúa, se entiende por tal *"***El acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal***"*[1]. El delito dentro de los esquemas de Jiménez se configura como conducta típica antijurídica y culpable que tiene previsto por parte del Estado la aplicación de una pena que va dirigida contra las personas que recaen en una de las conductas típicas previstas en la ley penal sustantiva.

El derecho natural define, siguiendo a Carrara, al delito como ***"infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto extremo del hombre, positivo o***

[1] JIMENEZ de Asúa Jiménez Luis. Teoría Jurídica del Delito. Editorial UNC. Buenos Aires – Argentina. 1978. Pág. 23

negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso"[2]. Este autor da la idea que el delito es un ente jurídico, que lesiona un derecho por la acción u omisión, por tanto no existirá delito alguno si la ley objeto de violación no tenga una pena fijada previamente.

Lombroso estudia al delito "***Como un hecho biológico***"[3] sosteniendo que el delincuente es un individuo predispuesto al delito por su constitución psicofísica, sin embargo el delito no puede ser considerado como un hecho biológico porque su trascendencia es de carácter social.

En cambio Garófalo refuta esta posición con su teoría del "***Delito natural, explicando que no puede admitirse la natural inclinación al delito cuando ningún hecho ha sido considerado siempre antisocial. Analiza los sentimientos y elabora su definición basándose en la piedad, probidad o justicia, a los que los considera como elementos perdurable de los seres humanos, de ahí nace el delito natural***"[4]

La definición del delito tiene significación dogmática, puesto que en ella se señalan todas las características de la acción amenazada con pena, cuyo estudio constituye el objeto de la Teoría del Delito. La tarea que realiza el intérprete consiste en identificar el acto real que será juzgado y descripto en la síntesis abstracta contenida en los tipos penales de la ley, como también la ausencia de algunas de las características fijadas al hecho humano por la definición.

---

[2]HASSEL Guillermo Facultad de Abogacía, sede Posadas, de la Universidad Católica de Santa Fe.
[3] MANTILLA Segovia Luis Armando. Curso de Derecho Penal Argentino. Ediciones UBA. Buenos Aires – Argentina. 2000. Pág. 34
[4] MANTILLA Segovia Luis Armando. Obra citada. Pág. 34

En el orden de las definiciones que considera al delito esencialmente como una acción humana se distinguen dos períodos separados por la definición de Ernst Von Liszty Beling dada a conocer en 1906, en la cual aparece como esencial el concepto de tipicidad. "***Desde el momento en que se esbozó dicho concepto (Lehrevom Verbrechen – "Lecciones acerca del crimen"), se produjo una variación sustancial y radical en orden al concepto mismo del delito. El concepto de acción antijurídica y culpable ensayado primeramente por Liszt, fue complementado con el aporte de Beling y, a partir de ese momento, la totalidad de doctrinas ensayadas en orden a la teoría del delito, han utilizado este esquema de ilícito. Derivado del concepto alemán "Tatbestand" (supuesto de hecho), la tipicidad se presenta como materialización concreta del principio "nullum crimen sine lege***"[5]

La característica específica de delito que señalan las definiciones anteriores a Beling es la de tener una pena fijada por la ley, fórmula simple que toma como característica diferencial de delito a la pena, es adoptada por numerosos códigos que se proponen limitar la especie de las conductas prohibidas a la enumeración contenida en la parte especial de la ley penal.

Para Beling el "***Delito es una sanción típica, antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada que satisfaga las***

[5] MANTILLA Segovia Luis Armando. Obra citada. Pág. 35

condiciones de punibilidad"[6]. Es decir, para que un acto sea delito deben cumplirse los siguientes requisitos: a) acción descripta en la ley; b) que sea contraria al Derecho; c) culpabilidad o sea que el autor haya obrado con dolo o culpa; d) que sea subsumible bajo una sanción penal adecuada; e) que se den las condiciones de punibilidad.

De la revisión literaria que he realizado, puedo colegir que los diferentes autores clasifican al delito de diversas maneras, entre ellas tenemos:

Agotado.- El que además de consumado se ha conseguido todos los objetivos que el autor se proponía y cuantos efectos nocivos podía producir el acto delictivo.

Causal.- Se lo considera en forma subjetiva, surge de forma repentina, puede deberse a estímulo pasional. Civil.- Según la doctrina legal Argentina es el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro.

El Colectivo.-Llevado a efecto por dos o más personas contra un tercero, o contra varios.

El Común.-Sancionado por la legislación criminal ordinaria; es decir, por el Código Penal. En este sentido, los delitos comunes se contraponen a los especiales, los castigados en otras leyes.

---

[6] MANTILLA Segovia Luis Armando. Obra citada. Pág. 35

Al referirse al **delito consumado** viene la idea si este fue por acción u omisión voluntaria del sujeto, es penado por la ley cuando la ejecución o abstención ha obtenido lo que el autor se proponía. En tanto si un delito es continuado, describe el propósito del sujeto que ha cometido una serie de acciones constitutivas de ejecución es parcial es de un solo delito. Por ejemplo, el que roba en forma paulatina una suma de dinero; o el que provoca un envenenamiento aplicando dosis sucesivas de algún producto.

El **delito cualificado** que es el agravado por circunstancias genéricas que regularmente se encuentran establecidas en la parte general de un código o por las específicas de algún delito en particular. También está el delito culposo en el que concurre la acción la omisión y la culpa en grado de imprudencia o negligencia.

El **delito de acción privada** es aquel que es perseguible sólo a instancia de parte interesada; o sea, de la víctima, representantes legales, ciertos parientes o causahabientes, según los casos y los de acción pública que, por interesar al orden público, ha de ser perseguido de oficio.

El **delito flagrante** aquel en que el delincuente es sorprendido mientras lo está cometiendo; cuando es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración; y cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión del delito y de la participación del sospechoso; en el caso de nuestro código se lo considera flagrante hasta

24 horas después de cometido el delito, siempre y cuando la persecución sea ininterrumpida.

3.1.1.2.- CARACTERÍSTICAS DEL DELITO.

Para Jiménez de Asúa "***Las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad***"[7] Para Jiménez de Asúa el delito tiene ciertas característica que deben ser tomadas por la doctrina para el análisis, entre ellas, la actividad, adecuación típica, antijurídica, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, que en si conforman parte de los elementos del delito bajo la teoría jurídica del delito.

Según Soler, las caracterices propias del delito deben ser considerado como elementos, y entre estos tenemos*: "**La acción, la antijuridicidad, la culpabilidad y la adecuación a una figura***"[8]

Estas características enunciadas fueron entendidas como lo mencione anteriormente como elementos propios del delito, en tal sentido la conducta (acción u omisión), antijurídica, culpabilidad y punibilidad son los elementos propios de delito, sin embargo la punibilidad es considerada como un elemento que no forma parte de delito sino que es su consecuencia.

---

[7]DE ASUA Jiménez Luis. Obra citada. Pág. 27

[8] SOLER Miguel Estanlisnao. Manual de Derecho Penal Argentino. Ediciones BM. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 45.

Como expresa Zaffaroni, el delito es en primer lugar una "***Conducta que se asocia con una pena. Técnicamente se llaman "tipos" a esos elementos de la ley penal que individualizan la conducta que se prohíbe con relevancia penal.***

Cuando una conducta se adecua a alguno de los tipos legales, se trata de una conducta típica (presenta características de tipicidad). De este modo se obtienen dos características del delito: una genérica (conducta) y otra específica (tipicidad), es decir, la conducta típica es una especie del género de la conducta. Pero no toda conducta típica es delito, ya que existen supuestos o causas de justificación, que permiten realizar acciones típicas, como los casos de estado de necesidad, de legítima defensa y, en general, de supuestos de legítimo ejercicio de derecho. Cuando la conducta típica no está permitida se dice que es contraria al orden jurídico y, por lo tanto, antijurídica. En consecuencia para que haya delito, además de la tipicidad, debe presentarse la característica de antijuridicidad.

En doctrina se denomina a una conducta típica y antijurídica como injusto penal. Pese a esto, existen supuestos en los que no toda conducta típica y antijurídica es delito, como acaece cuando el autor por su incapacidad psíquica no puede comprender la antijuridicidad de su hacer. Esto significa que para que el injusto penal sea un delito ha menester serle reprochable al autor en razón de que tuvo la

posibilidad exigible de actuar de otra manera. A esta característica de reprochabilidad del injusto penal al autor es la culpabilidad, que constituye el tercer carácter específico del delito"[9]

Para Zaffaroni el delito constituye una conducta típica, antijurídica y culpable por ende delito se lo considera compuesto por una parte objetiva y otra subjetiva. Dentro de la primera parte se considera la acción humana juzgándola como típica o atípica y antijurídica, estas corresponden a la conducta y son consideradas como la parte externa.

Ahora voy a analizar de forma breve los elementos del delito en los que coinciden la mayor parte de los tratadistas.

a) Tipicidad
b) Antijuridicidad
c) La Culpabilidad
d) La Punibilidad

La tipicidad es la descripción de la conducta humana(acción u omisión) que se encuentra detallada en el tipo penal. La conducta prevista en un tipo penal siempre será típica, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad.

La antijuridicidad no pertenece al derecho penal sino es una connotación que está presente en toda norma del derecho, por antijuridicidad la

---

[9] ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. UBA. Buenos Aires – Argentina. 1999. Pág. 56

conducta debe ser contraria a la norma sin que exista ninguna causa de justificación.

La culpabilidad y la responsabilidad en muchas ocasiones son empleadas como sinónimos, sin embargo son dos cosas distintas. La responsabilidad es aquella que se atribuye al sujeto de un delito y a las consecuencias que de la infracción cometida se deriva, en cambio la culpabilidad es aquella en la que se fundamenta la responsabilidad criminal.

A través de la evolución de la civilización se ha llegado a conceptualizar que no existe pena sin culpa, es así que con mayor firmeza las formas de responsabilidad arcaicas o venganzas colectivas han avanzado dando paso a atribuciones de culpabilidad.

En el transcurso de la historia inicialmente a quien actuaba al margen de la ley se lo castigaba por el resultado causado sin analizar si este fue provocado en forma dolosa, preterintencional o culposamente, "***Se lo denominó como el principio vesari in re illicita, que es una de las formas que asume la responsabilidad objetiva, actualmente el Derecho Penal para determinar que un hecho sea reprochable, exige que el autor haya participado de manera objetiva e intervenido subjetivamente en el hecho considerando el dolo, la preterintencional o la culpa***"[10]

---

[10] ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Obra citada*. Pág. 56

En la teoría del delito la culpabilidad es una característica de la acción, es decir es esencial su presencia para calificar la acción.

La punibilidad no es elemento propio de delito sino una consecuencia. El modo de imputar no tiene siempre la misma fundamentación en todos los sistemas penales: unas veces el derecho exige una íntima vinculación entre el sujeto y su hecho, de modo que no existe responsabilidad sino cuando el hecho está arraigado en lo más íntimo de la personalidad del sujeto: en su pensamiento y en su voluntad; otras veces le bastaba al Derecho una mera atribución física y exige la responsabilidad con absoluta prescindencia de las intenciones, pensamientos o voliciones del sujeto.

La primera se llama responsabilidad subjetiva o culpable; la segunda, responsabilidad objetiva o sin culpa. Para la Escuela Clásica, que por obra de Carrara pone como fundamento del hecho del castigo la imputación civil, que atribuye la violación jurídica al hombre que la cometió con voluntad inteligente, no es admisible la responsabilidad sin culpa.

No ocurre lo mismo con las doctrinas penales que separándose de ideas abstractas de reparación y de justicia, fundan el derecho de castigar en la necesidad de la defensa social. En éstas, basta la comisión de un hecho prohibido para que, sin necesidad de investigar la voluntad de su autor, se lo recluya: si sufre de trastornos mentales; si es menor en un

establecimiento correccional; si está alcoholizado en un asilo especial, etcétera.

Si el derecho de castigar, decía Ferri, ***"Es una simple función defensiva y no retribución jurídica de la culpa por el castigo, es indudable que podrá ejercérselo en el caso de que ciertamente no exista culpa ni responsabilidad moral, pero hay un daño, un peligro social. Esta concepción tiene asidero en los códigos civiles y se introduce como un avance legislativo; en los penales se presenta a propósito del homicidio involuntario, de la responsabilidad civil por el hecho de otra persona, del hecho de un animal, etcétera."***[11]

El derecho de la sociedad a defenderse de los individuos que le perjudican o amenazan, es independiente de la responsabilidad moral de ellos. Todo consiste en adaptar a las diversas categorías de acciones los medios más oportunos de la defensa social.

Todo hombre es responsable siempre frente a la sociedad de cualquier acción que haya realizado; según el principio de Ferri. De donde todos los sujetos, normales o anormales, menores o adultos, están sujetos al imperio del Derecho Penal represivo porque si el cual es, en sentido lato, deficiencia orgánica de la mentalidad social del individuo, el hecho cometido por el enfermo de la mente que viola la ley criminal, es delito. La extensión así dada al concepto de culpa, que se diluye en una suma de condiciones sociales, prescindiendo de todo carácter exclusivamente

[11] CITADO POR WELZEL, Hans, El Nuevo Sistema de Derecho Penal, Ob. Cit., p. 97.

jurídico justifica, no sólo el abandono de la noción de culpa, sino también el de la idea de la imputabilidad. Esta afirmación es tan cierta, que existen casos, como dice Prins, en que la ley penal castiga la simple violación material de las prescripciones legales y hace completa abstracción de los elementos psíquicos internos.

Es de vital importancia, la capacidad para receptar responsabilidad penal por parte del sujeto, pues si este por enfermedad, por falta de madurez o por evidente alteración de sus facultades psíquicas no obró con plena voluntad y conciencia (conocimiento), no es responsable penalmente, pues de acuerdo a la normatividad legal pertinente no puede convertirse en receptor de responsabilidad penal, y por tanto tampoco puede recibir el reproche social a la conducta considerada como contraria a la aspiración del ente colectivo, denominado culpabilidad.

Según los clásicos de la doctrina penal, la imputabilidad radica en la libertad moral, en el libre albedrío que asiste al individuo. Será imputable el hombre que es moralmente libre y capaz de decidirse entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener inteligencia y voluntad, suficientes para conocer y decidir, o si se quiere, capacidad para comprender el medio circundante y su propia realidad en relación con ese medio, y para decidirse en conformidad con esa comprensión. En definitiva debe ser una persona con madurez y normalidad psicológica. La imputabilidad penal entonces no será otra cosa que la imputabilidad moral aplicada al delito.

3.1.2.- BREVES CONSIDERACIONES DE LA PENA

Existen varias acepciones de pena, así esta aquella denominada aflictiva, que consiste en las de carácter personal que se encuentra contenida en un código tales como la de muerte y las largas o severas de privación de la libertad. La corporal, que es la que recae sobre la persona o integridad física del delincuente; como la de muerte y las antiguas de azotes y mutilaciones y la pena que se refiere al dolor físico o pesar.

El concepto de pena tiene su origen en el término latino "**Poena *y hace referencia al castigo que es establecido por un juez o un tribunal de acuerdo a lo estipulado por la ley, y que tiene como fin sancionar a aquel que haya cometido un delito o una falta*"[12].** La pena tiene como antecedente la aparición del delito bajo los esquemas de acción típica, culpabilidad y antijurídica. La pena es impuesta por un tribunal penal en un juicio previo.

Francisco Carrara sostiene que "***La pena es un mal que de conformidad con la Ley, el Estado impone a quienes con la forma debida son reconocidos como culpables de un delito***"[13]. La pena al ser considerada como un mal, da la noción que la misma representa el castigo que el Estado impone a las personas que ejecutan un acto ilícito, su mal es contrarrestado con otro mal el de la pena.

---

[12] CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia. Pág. 62
[13] CARRARA Francisco. Obra citada. Pág. 62

Franz Von Liszt expresa que la "***Pena no es otra cosa que, el tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa peligrosidad social, pudiendo ser o no un sujeto y teniendo como fin la infracción penal***"[14]. En tal sentido la pena al ser vista como un tratamiento supone que la misma tiene supuestamente fines de rehabilitación del ser humano que ha sido sancionado con la misma por haber infringido la ley penal, sin embargo la pena no solo es aplicable a una infracción penal sino también se la aplica en acciones administrativas, civiles y laborales.

3.1.3.- BREVE CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

Las penas tiene algunas clasificaciones doctrinaras que han sido tomadas en cuenta por los doctrinaros y establecidas inclusive en las leyes penales, entre estas tenemos:

Penas corporales.- Son aquellas que afectan a la integridad física y psicológica de las personas entre estas tenemos:

La tortura que ***"Es el acto de causar daño físico o psicológico ya sea por medio de máquinas, artefactos o sin ellos, sin el consentimiento y en contra de la voluntad de la víctima generándose la figura legal***

[14]LA PENA. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/cervantes_r_l/capitulo3.pdf

de apremio ilegítimo, vinculado principalmente al dolor físico o quebrantamiento moral que puede o no desembocar en la muerte"[15]

La tortura siempre significa un trato deshumanizante por la utilización de métodos ortodoxos que conllevan al sufrimiento del ser humano por el dolor físico causado, la tortura fue utilizado en tiempos antiguos como medida drástica para torturar a los prisioneros de guerra y prisioneros políticos. Hoy en día la tortura está considerada como una acción ilegitima y vetada por los Estados que a través de la declaración de los derechos humanos ha sido declarada como un método ilegitimo de un Estado y eliminada como pena.

La Pena de muerte que "***Es la más drástica, abolida en muchos países. Sin embargo, no se considera trato inhumano o degradante, al contrario que la tortura, es la sanción más grave y antigua de la historia. La pena de muerte, pena capital o ejecución consiste en provocar la muerte o asesinar a un condenado por parte del Estado, como castigo por un delito establecido en la legislación; los delitos por los cuales se aplica esta sanción suelen denominarle delitos capitales***"[16]

La pena de muerte es aquella en la cual, el juzgador decide quitarle la vida a una persona por el cometimiento de delitos capitales, los países que mantienen este tipo de pena capital es Estados Unidos de

[15]CALLE Campoverde Libia Elizabeth. La Penas y sus Finalidad en el Sistema Punitivo. Edición Aztra. Uruguay. 2000. Pág. 56
[16]CALLECampoverde Libia Elizabeth. Obra citada. Pág. 56

Norteamérica y pese que la Declaración de los Derechos Humanos, mantiene en vigencia al derecho de la vida, en este país existe el irrespeto a este derecho.

Penas infamantes: Son aquellas penas que afectan el honor de la persona por ejemplo, la degradación.

Penas privativas de derechos.- Son aquellas penas que impiden o limitan el goce y ejercicio de ciertos derechos políticos, derechos de familia e inhabilitan para ejercer ciertos cargos, profesiones u oficios. Las penas privativas de derechos comúnmente son aplicadas como penas accesorias que desprenden de la pena principal.

Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad son aquellas que restrieguen la libertad de las personas cuando han sido juzgados por el cometimiento de delitos tipificados en la ley penal.

"***El juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria, fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial.***

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la "prisión preventiva" porque la pena privativa es

resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquélla"[17]

La pena privativa de libertad no es otra cosa que la privación del derecho a la libertad por un tiempo determinado y que es emitido por el juez previo juicio oral, en donde se haya demostrado la culpabilidad de la persona y la existencia de la infracción. La privación de libertad se divide en prisión reclusión y arresto domiciliario.

Penas pecuniarias.- Las penas pecuniarias son aquellas que afectan al patrimonio personal de la persona son dictadas como penas accesorias que dependen de la pena principal.

La pena un instrumento de resocialización, sin abandonar su aspecto retributivo y preventivo general en efecto la tratadista Libia Calle menciona que la "***Ejecución de las penas y medidas privativas de libertad tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del internado a la sociedad. En el plano práctico, conduce a un "derecho penal" en que las personas devienen en objeto de manipulación en las manos de un Estado todopoderoso. Para evitar este grave peligro, no basta, como lo creía Maúrtua, contar con un sistema penitenciario organizado con la perfección necesaria. La experiencia de los últimos años en el mundo demuestra lo contrario. De allí que en países como Suecia, donde se***

[17]CALLE CampoverdeLibia Elizabeth. Obra citada. Pág. 57

han realizado serios esfuerzos para aplicar los métodos de tratamiento más avanzados, exista una fuerte corriente dirigida a reforzar un sistema penal basado en el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad y de responsabilidad de las personas"[18]

El más grave inconveniente que tradicionalmente ha tenido la pena privativa de libertad es la marginación social del delincuente, no solo durante el cumplimiento de la condena sino aun después de haber egresado del Establecimiento Penitenciario. Los efectos nocivos de la ejecución de la pena privativa de libertad se extienden a los familiares del interno que frecuentemente quedan en una situación grave de desamparo material y moral. El problema del delito también involucra a la víctima y sus familiares. Con el objeto de atenuar en lo posible estos factores negativos que inciden sobre la vida del liberado y de sus familiares, la ciencia penitenciaria aconseja reforzar los lazos que lo unen a su familia y amistades creando una serie de relaciones para que no se produzca ese aislamiento y apoyarlo para que esté en condiciones de reincorporarse plenamente a la sociedad para el cumplimiento de esta labor se tiene el apoyo de las Juntas Post Penitenciarias que funcionan en las regiones penitenciarias y estarán integradas por un equipo interdisciplinario con participación de diversos representantes de las instituciones sociales.

La pena es, más bien, un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que, aparece en el

[18]CALLE CampoverdeLibia Elizabeth. Obra citada. Pág. 58

momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. Finalmente, durante la ejecución de la pena impuesta, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial, porque lo que en ese estadio debe perseguirse es la reeducación y socialización del delincuente o, por lo menos, su aseguramiento los que vayan contra su voluntad o contra su dignidad como persona, como por ejemplo los trabajos forzados o la esterilización o castración, o que pretenden más su "cinocuización", cuando no lisa y llanamente su eliminación o exterminio (pena de muerte), o mediatizando la concesión de determinados beneficios, como permisos de salida, libertad condicional, etc., con criterios muy especiales, más propios de la "subcultura penitenciaria" que de una auténtica resocialización (prevención especial negativa). Sólo la integración armónica, progresiva y racional de las distintas fases del fenómeno penal puede eliminar estos peligros.

3.2.- MARCO DOCTRINARIO.

3.2.1.- FUNCIONES Y FINALIDADESLA PENA

3.2.1.1.- FINALIDADES.- La pena es un castigo para aquellas personas que ejecutan actos ilícitos y sirve como medio para que la sociedad reprima a los infractores con la privación de la libertad.

El tratadista Aníbal Guzmán Lara explica que "***El término pena corresponde a un viejo concepto, ella significa castigo, penitencia, expiación y escarmiento. Para la escuela clásica del derecho penal, la pena es la justa compensación al mal causado. Se creía que la pena a más de castigo implicaba un escarmiento. Era sanción, previsión. Dentro de la escuela positivista se puso en primer lugar al delincuente y lo que había que defenderse era la sociedad. La pena viene a ser un tratamiento para el delincuente socialmente peligroso y deja por lo mismo de tener el carácter de expiación. Para esta escuela todos los delincuentes son responsables por haber alterado el orden social y jurídico. Los medios de seguridad son ante todo educativos, como en el caso de menores peligrosos y no peligrosos y curativos cuando se aplican a los enfermos mentales en los llamados manicomios penales. Hay aún medidas eliminatorias que se emplean respecto de los delincuentes habituales y son extremas,***

aunque únicas. La pena para el imputable en el fondo es también un mal recibido por lo que él causó"[19]

La pena anteriormente era considerada como una venganza que el Estado imponía a través de los órganos de justicia, con el desarrollo del derecho penal, la pena tiene una función rehabilitadora que implica que el delincuente recibe su castigo y este castigo es necesario para que reflexione sobre el mal que causo para que no vuelva a cometer ningún acto ilícito.

Según Sebastián Soler, sostiene que la "***Pena es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico y culto cuyo fin es evitar los delitos***"[20]

La pena significa la limitación del derecho a la libertad que tienen todas las personas y por ende su limitación se encuentra en la privación de la libertad que es el castigo que recibe el reo por el cometimiento de una infracción penal.

Dentro de la Política Criminal de Ecuador, enmarco un poco en el ámbito de la penalidad, las formas concretas que adoptan las penas que contribuyen también a disminuir los delitos cuando se orientan a evitar la repetición y persistencia de los comportamientos delictivos. Ello implica

---

[19] GUZMÁN Lara Aníbal. Diccionario Enciclopédico de Derecho Penal Ecuatoriano. Pág. 163
[20] SOLER Sebastián "Derecho Penal Argentino" versión digital. 1978, Pág. 342

orientar el sistema de penas a la resocialización o reinserción de la persona a la sociedad, tal como lo dispone nuestra actual Constitución.

Las penas debieran, en primer lugar, evitar la desocialización, esto es, procurar impedir que la persona que ha realizado un delito se fortalezca en sus convicciones, en su hostilidad y en sus relaciones con los delincuentes. Por ello la primera respuesta penal debiera consistir en penas alternativas a la prisión; tales como: detenciones con fines investigativos, arresto domiciliario y multa.

Las penas alternativas a la prisión impuestas por los jueces y tribunales, deben ser ejecutadas para ser sustitutos eficaces y creíbles a la pena de prisión. Los jueces de ejecución (de sentencia) deberían de averiguar los recursos de las personas, por ejemplo, para ejecutar las multas y maximizar las posibilidades de trabajo de utilidad pública mediante, por ejemplo, la firma de convenios con organismos públicos y organizaciones privadas. El recurso a penas que afectan a la libertad debería ser graduado.

Las penas deben tender a ser un "medio abierto", que permitan al condenado continuar con sus vínculos familiares y sociales convencionales y adquirir una educación y unos hábitos laborales. En este sentido debiera imponerse, siempre que ello sea posible, la libertad condicional. Para la ejecución de esta pena se requiere de la existencia de personas que puedan controlar la evolución de estas personas

condenadas, así como articular los mecanismos que faciliten su reinserción social.

Si se impone una pena de prisión, por tratarse de un delito violento, debería diseñarse un modelo de prisión resocializadora que permita a la persona condenada regresar a la libertad en mejores condiciones para no delinquir. Para ello es conveniente la existencia de equipos compuestos por un educador, un psicólogo y un asistente social que puedan proporcionar a la persona las habilidades y recursos suficientes para desarrollar una vida futura sin delinquir.

El sistema penal debiera prestar atención a la ayuda post-penitenciaria. En este sentido es conveniente contar con un organismo que canalice y centralice los recursos de ayuda y asistencia social que se destinen a tal fin, como la participación de la comunidad y la formación de patronatos y asociaciones civiles de asistencia a internos y liberados.

Parece adecuado hacer mención del sistema Procesal Penal, tal sistema se articula para proteger los derechos de las víctimas y de las personas delincuentes. Una justicia extraordinariamente lenta infringe el principio de celeridad. Ello contribuye a la reclusión de personas sin condena (Causa importante del hacinamiento), lo cual vulnera la presunción de inocencia y malgasta los recursos penitenciarios. En este sentido, el burocratismo de los procedimientos unido a ciertos prejuicios de nuestra tradición inquisitiva, han dificultado el avance dinámico del actual sistema penal.

En las teorías penales absolutistas o puramente retributivas, la pena era un fin en sí mismo, o sea castigar meramente. Luego con la finalidad preventiva, está presente el proteger a los intereses de la sociedad. Viene una nueva corriente, la correccionalista, por cierto desde la primera mitad del siglo XIX. La respuesta adecuada en nuestro medio, se enmarcará en lo consignado en nuestra Constitución, que participa de una finalidad preventiva y resocializadora.

No debemos olvidar que al Estado le corresponde organizar los centros penitenciarios con el objeto de corregir a los delincuentes, educarlos y formales hábitos de trabajo, procurando su readaptación y la prevención de los delitos.

El Doctor Jorge Zavala Baquerizo, afirmativamente sostiene que "***La pena es un mal jurídico, que con fines de resocialización, de readaptación y de rehabilitación individual impone el Estado a quien ha ejecutado un mal antijurídico por el cual fue declarado legalmente responsable penal***"[21]

Coincido con el autor, al establecer que la pena es un mal jurídico, puesto que la pena es impuesta por el Estado como consecuencia de un mal ocasionado en contra de las personas y por ello también se le ha otorgado la función de resocialización, de readaptación y de rehabilitación individual.

[21] ZAVALA Baquerizo, Jorge "La pena" 1985. versión digital. Pág. 124

Según el tratadista Augusto de la Cerna "***La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo***."[22]

La pena es pública impuesta por el Estado para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.

Considero que la pena es la consecuencia jurídica que nace a partir del cometimiento de una infracción. La pena es impuesta por los jueces de garantías penales, cuando se ha logrado demostrar que la persona es responsable del cometimiento de un delito. La imposición de una pena presupone la privación de libertad y la restricción de derechos para el sancionado.

Lamentablemente en nuestra legislación penal, no se ha definido, ni se ha dado algún tipo de contextualización de las penas, solo se las ha categorizado de acuerdo a las infracciones y de acuerdo al Art. 51 del Código Penal, tenemos los siguientes tipos de penas.

---

[22] Versión electrónica. Clasificación de las penas. www.derecho.com

La pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de la prevención del delito. Pero orientada hacia este rumbo no puede prescindir de modo absoluto de la idea de justicia, es un fin socialmente útil.

Para Manuel Allende Portocarrero; "***La pena haya de tener, de modo preponderante, a una finalidad preventiva, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva que existe el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece. Sobre un fondo de justicia debe la pena aspirar a la obtención de los siguientes fines:***

Obrar sobre el delincuente creando en él, por el sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir y sobre todo, con finalidad preponderante, tender a su reforma y a su readaptación a la vida social. Si el delincuente es insensible a la intimidación y no fuere susceptible de reforma, la pena debe realizar la función de eliminación de dichos individuos del ambiente social.

Obrar no solo sobre el delincuente sino también, sobre los ciudadanos pacíficos mostrándoles, mediante su combinación y su ejecución, las consecuencias de la conducta delictuosa, vigorizado así su sentimiento de respeto a la ley y creando a los hombres el

sentido moral escaso, por razones de propia convivencia, motivos de inhibición para el porvenir.

La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina individual o especial; cuando se ejerce sobre la colectividad en general se llama prevención general.[23]

La pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia el culpable de una infracción penal. Este proviene de la restricción o privación impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, propiedad, libertad, etc.

Las penas tienen una clasificación primordial que se constituyen de acuerdo a sus finalidades y propósitos, por ello la doctrina las ha clasificado en penas corporales, penas infamantes, penas privativas de derechos, penas privativas de libertad y penas pecuniarias a las cual me referiré en el siguiente acápite.

3.2.1.2. FUNCIONES DE LA PENA.- La discusión doctrinaria sobre la función de la pena parece seguir siendo vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica. Pero las conclusiones a las que se puede llegar con esta discusión no repercuten finalmente en los concretos criterios de imputación jurídica

[23]CALON CuelloEugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. México D. F. 1998. Pág. 582.

Claus Roxín señaló que la pregunta acerca del sentido de la pena estatal ***"No se trata en primer término de un problema teórico, ni por tanto de reflexiones como las que se suelen hacer en otros campos sobre el sentido de esta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica"***[24].

La función de la pena debería informar a todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera influya 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 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. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley.

Si la función de la pena es la sola retribución, sería 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 resultaría claramente improcedente. Pero, además, la función de la pena es también relevante para discutir los marcos penales previstos en la ley, considerando que la función de la pena es la resocialización, entonces no serían legítimas las penas privativas de libertad como la cadena perpetua que niegan la posibilidad de reinserción social del condenado.

---

[24]1 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 al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992. Pág. 180.

La misma relación de la función de la pena debe observarse en su imposición judicial. Así, una concepción retributiva de la pena, la pena adecuada al hecho solamente será aquélla que se corresponda con la culpabilidad del autor, sin importar si con ello se contribuye o no a la prevención general o a la resocialización del delincuente. 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.

La fase de ejecución de la pena tampoco es ajena a la determinación de la función que cumple la pena, varios aspectos de la ejecución penal dependerán de dicha determinación.

Así, por ejemplo, las medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración sólo podrían explicarse desde la perspectiva resocializadora de la pena (o, para ser más exactos, no desocializadora), ya que el hecho de evitar que el condenado vaya a prisión por poco tiempo se sustentaría en impedir el efecto de una desocialización carcelaria.

Por el contrario, estas medidas alternativas, así como diversos beneficios penitenciarios como la liberación condicional, la redención de penas por trabajo o incluso la semilibertad no podrían tener aceptación en una visión retributiva de la pena, pues el condenado tendría que cumplir siempre la pena que se le ha impuesto judicialmente. Desde esta comprensión de la pena, el delincuente no podría ser exonerado del cumplimiento de la pena impuesta sin afectar el valor Justicia.

En atención a lo brevemente expuesto, concluyo que la función de la pena no puede ser considerada una discusión teórica sin ninguna utilidad práctica. Todo lo contrario: de la respuesta a esta cuestión general depende el tratamiento de muchos problemas específicos del Derecho penal y finalmente la propia coherencia del sistema punitivo.

3.2.2.- TEORÍAS Y DOCTRINAS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La individualización de la pena es un tema nuevo que en el Ecuador no se aplica y sobre este tema no existe ningún tipo de aporte de la doctrina para su análisis, sin embargo en países europeos y algunos latinoamericanos, la individualización de la pena que no es otra cosa que la determinación de la pena que tiene un carácter de autor, tiene algunas teoría que sustentan este tipo de determinación:

Las teorías de las penas tienen como finalidad central de buscar un buen rendimiento a la hora de determina la imposición de la pena, esto es, en el

momento de individualizar la pena concreta que corresponde al autor. Entre las principales teorías tenemos.

Teoría del ámbito de juego***.- "Esta teoría parte de considerar que la pena debe ser medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que la culpabilidad no puede medirse hasta la determinación de un punto correcto, sino que entiende sus defensores que la culpabilidad proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta de la pena. Se trata de una zona cuyo límite mínimo ya es adecuado a la culpabilidad y cuyo límite máximo todavía también es adecuado a la culpabilidad. En esta zona, o (ámbito de juego), es en la que debe ser individualizada la pena conforme a criterios de prevención especial.***

Esta teoría procede de la jurisprudencia del Tribunal supremo federal y puede considerarse que es la seguida por la doctrina mayoritaria"[25]

La teoría del juego es una teoría que se basa esencialmente en la culpabilidad del infractor, puesto que la misma busca ubicar un punto concreto para la ubicación de la pena, para ello, la pena tiene como antecedente la culpabilidad para buscar los niveles máximos y mínimos que el legislador debe aportar para que el juzgador aplique una determinación de la pena concreta, esta teoría, según mi criterio, permite

---

[25]**Véase, referiendo esta teoría, Roxin, StrafzumessugimLichtedeiStrafzweeke, FestgabefürSchufz, Berna, 1977, pág. 463 y ss. (La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena, trad. Muñiz Conde Conde, Culpabilidad y Prevención … cit. Págs. 93 y ss)**

la inclusión de agravantes y atenuantes para determinar la pena que el juzgador aplicará en contra del infractor.

Teoría de la pena exacta**.- "*Para esta teoría no es posible admitir que exista un marco o una zona adecuada a la culpabilidad sino que la culpabilidad debe concretarse en un punto exacto. Éste y sólo éste es el contenido de pena adecuada a la culpabilidad del sujeto. El problema, evidentemente, es el determinar con exactitud cuál es ese punto exacto que corresponde a la culpabilidad del individuo***"[26]

La teoría de la pena exacta como su nombre indica, busca la aplicación de una pena exacta y no concreta que parte de una adecuación cualitativa de a culpabilidad del autor, en tal sentido, el problema que presenta esta teoría, es la falta de mecanismos jurídicos o reglas para determinar este punto concreto o pena concreta que nace dela culpabilidad. Considerar que esta teoría es inadecuada puesto que la debilidad de no determinar el punto concreto pude conllevar a criterios subjetivos del juzgador de cómo debe buscarse este punto concreto y en camino se puede cometer una serie de arbitrariedades justificadas en la praxis de la teoría de la pena exacta.

Teoría del valor de la posición.- "***Esta teoría sostiene que la pena debe ser determinada teniendo en cuenta ciertos factores en función del***

---

[26]**Bacigalupo Zapater. Principios de Derecho Penal, Parte General, edit. Akal/Lune. Madrid. 1997, Págs. 108, 109**

momento de que se trate. En efecto, la culpabilidad es una categoría que sirve – según los partidarios de esta teoría – para concretar la pena en cuanto a su duración. Los criterios derivados de factores de prevención deberán ser tenidos en cuenta para fijar otras cuestiones como la clase de pena o la suspensión de la misma.

En otras palabras, los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la duración se atenderá a criterios retribuidos en función de la culpabilidad. Una vez fijada la duración de la pena en un punto concreto, entonces, tendrán relevancia los otros criterios, derivados de fines preventivos, para determinar los demás aspectos como la clase de pena (en los casos en que la ley establece alternativas) o si se concede o no la suspensión condicional de la pena"[27]

Esta teoría del valor de la posición busca en la pena un valor retributivo con fines de rehabilitación, en la cual, la duración de la pena parte de lo elemento integrantes de la culpabilidad, en la cual, encontrado la pena exacta, su duración, como ya la mencione, tiene carácter retributiva en la culpabilidad.

De acuerdo a estas teorías se han creado algunos sistemas de determinación de la pena, entre los cuales tenemos:

---

[27]**Bacigalupo Zapater. Obra citada. Págs. 108. 109**

a.) Indeterminación total o absoluta: Esta tendencia tiene un carácter absoluto, puesto que se basa en que la determinación de la pena "***No existen límites, ni de carácter material o sustantivo, ni de índole procesal o adjetivo. El juez se concreta a establecer la culpabilidad del sujeto***" [28]

En tal sentido esta tendencia absolutista, busca de forma objetiva otorgar facultades innatas a los jueces para que ellos impongan la pena bajo criterios subjetivos sin basarse en aspectos normativos sino en su sana crítica. Este tipo de individualización de la pena tiene fines preventivos, en la cual, la no existencia de límites normativas implica que el juez es el encargado de decidir cómo aplicar esta determinación de la pena.

b.) Indeterminación legal relativa.- Esta tendencia busca como punto central buscar niveles máximos y mínimos para la individualización de la pena, así lo sostiene Octavio Orellana, al manifestar que "***El legislador opta por señalar limites, mínimo y máximo para que el juez bajo estos parámetros fije la pena que decida o bien se fija un límite mínimo o se opta por el máximo***"[29]

En este sentido, la indeterminación legal es la que esta atribuida a las atribuciones del legislador, quien es responsable de determinar en la norma legal, los niveles máximos y mínimos, por la cual, el juez debe

[28] ARENAL Concepción. ¿Qué debe hacerse con los incorregibles?. Anuario y Revista de legislación y jurisprudencia. Año VIII. Edi. Macedo y Castillo Editores. México. 1981Pag. 95.
[29] ORRELANA Wiarco Octavio Alberto. La Individualización de la Pena de Prisión. Editorial Porrua. México D.f. 2003. Pág. 125.

actuar conforme a la ley para establecer estos parámetros de actuación del juez. Estos parámetros mínimos y máximos deben ser adecuados en los tipos penales para evitar que el juez exceda sus facultades.

c.) Indeterminación judicial relativa. –La indeterminación judicial relativa está dirigida a los jueces para que en uso de sus facultades emitan una sentencia de determinación de la pena, basada esencialmente "***La pena indeterminada queda indefinida, entre un límite máximo y un mínimo, cuya duración está orientada al tratamiento, que queda a cargo de las autoridades penitenciarias***"[30]

En tal sentido la pena entra en un espacio proporcional entre el máximo y mínimo de la sanción, la pena queda atribuida a la culpabilidad del reo y según este hecho se verifica su sanción. Tiene un carácter relativo, porque la ley señala sus facultades para determinar la pena.

d.) De penas fijas.- Este sistema de penas fijas dejo de ser aplicado en el mundo, porque e mismo imponía la obligación de determinar penas de forma precisa e inflexible.

e.) Individualización legal.- Este sistema que tiene atributos justos, es el que se encuentra señalado en las leyes, otorgándose circunstancia atenuantes y agravantes para la disminución de las penas.

En un estado de derecho social y constitucionalista como el de Ecuador, la individualización de la pena debe ser aplicada como mecanismo de

[30] ORRELANA Wiarco Octavio Alberto. Obra citada. Pág. 125

protección de los bienes jurídicos, pero bajo la misión de equilibrar los derechos de las personas que incurren en una infracción y de las personas que son afectadas por la violación de los derechos. La individualización de la pena debe ser considerada como una forma de cumplir con los requisitos de rehabilitación de la persona, bajo parámetros de humanización de la pena.

Debo manifestar que la individualización de la pena trastoca o contradice al derecho penal de acto, puesto que este se basa en un derecho de autor, en la cual, el juzgador, para la determinación de la pena, toma en cuenta la culpabilidad del autor y la personalidad de autor, para este fin, por ello, se toma en cuenta la conducta anterior del infractor así como su potencialidad delictiva en el futuro.

La individualización de la pena en materia penal tiene su finalidad en contribuir con la prevención especial negativa, es decir dirigida en contra de propio sujeto pero también en prevención general positiva que permite otorgar una credibilidad en el sistema judicial y a la vez un efecto de prevención general negativa al infundir un temor en la población para evitar el cometimiento del delito.

3.3. MARCO JURIDICO.

3.3.1.- PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA PENA EN EL ECUADOR

En la Constitución de la República del Ecuador no encontramos aportes de la individualización de la pena sino únicamente el señalamiento de algunos derechos de protección que deben ser de directa aplicación en todo tramite penal.

El Art. 76 de nuestra Constitución de la República del Ecuador, "**En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:**

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

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 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.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza"[31]

El derecho al debido proceso dentro de la Constitución ha sido agrupado como derechos de protección, en la cual, el Estado garantiza a las personas procesadas el derecho a que la autoridad judicial garantice sus derechos en cualquier proceso judicial así como también se aplique en favor de los procesados el principio de reserva de la ley o de legalidad, en la cual, ninguna persona podrá ser sancionada sin que exista una ley previa que describa el delito e imponga la pena respectiva.

Un derecho previsto como parte del debido proceso, es el derecho a la proporcionalidad de la pena, en la cual, la sanción que se aplique debe estar ajustada al mal causado y no se desproporcional.

El Art. 77 ibídem expresa que "***En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:***

11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada"[32]

---

[31] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. Pág. 34
[32] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Obra citada. Pág. 34

La imposición de penas alternativas tiene un carácter especial en el Ecuador, puesto que su aparición comienza con la aprobación de la nueva Constitución y de la aplicación del sistema garantista que implica el reconocimiento de un derecho penal humanitario, de mínima intervención y de última ratio.

3.3.2.- LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal del Ecuador en el Art. 32 se muestra claramente partidario de este punto de vista, al determinar que nadie puede ser reprimido penalmente si no hubiere cometido el acto con voluntad y conciencia (conocimiento). Nuestro derecho penal participa plenamente de este criterio cuando establece a continuación aquellos casos en que una persona no es imputable.

Hay otros autores (como Von Liszt o Mezger) que negando el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad penal, creen que esta consiste en la capacidad de un individuo de conducirse socialmente, de conocer los deberes que el orden jurídico le impone y de responder a sus exigencias, quienes carecen de los requisitos psicológicos necesarios para conducirse socialmente, serán entonces personas inimputables.

Bajo uno u otro fundamento, el concepto de imputabilidad es aceptado unánimemente por la doctrina y todos los autores consideran que se trata de un primer nivel de la culpabilidad.

El Art. 32 del Código Penal ecuatoriano dispone: ***"Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.***"[33]

La legislación penal ecuatoriana considera entonces como elementos indispensables para determinar la imputabilidad del sujeto la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) en el momento del cometimiento del acto punitivo. Pues de otra manera no es posible imputar responsabilidad penal al sujeto infractor, y consecuentemente tampoco es capaz para la recepción del juicio de reproche social en que se traduce la culpabilidad.

De esto se deduce, que una vez cometida la infracción penal, previo a la determinación de la responsabilidad penal del individuo, es necesario establecer la capacidad para ser sujeto de punición, si es que obviamente puede determinarse que este actuó con voluntad y conciencia (conocimiento), facultades éstas, que como veremos más adelante, requieren la concurrencia de ciertos atributos para su existencia.

El Art. 33 del Código Penal, dispone: ***"Repútanse como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo.***"[34]

---

[33] CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010.
[34]CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010

De hecho entonces, se presume la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) en todas las infracciones. La no existencia de estos elementos requiere prueba en contrario. Por ejemplo, el infractor menor de edad, que según la misma legislación no es sujeto de imputabilidad, deberá probar tal situación ante los jueces tribunales y competentes, a fin de que no se ejerza la acción penal, pues, por efecto de la misma ley, no es susceptible de punibilidad, sino de la adopción de medidas especiales que se encuentran contempladas en el Código de la Niñez y Adolescencia.

Se exceptúa de la concurrencia de voluntad y conciencia (conocimiento) al cometer el acto punitivo, de acuerdo al Art. 33 del Código Penal, cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo, es decir, cuando no ha existido dolo, sino una reacción natural, instintiva de quien comete el acto tipificado como delito. Tal es el caso, por ejemplo, del que mata en uso de su derecho a la legítima defensa, o de la mujer que hiere, golpea o mata, ante su pudor gravemente amenazado. De hecho, el Código Penal Ecuatoriano, considera por regla tres excepciones a la imputabilidad penal: Los menores de edad, los dementes y los sordomudos.

Establece también el legislador en nuestra ley penal el principio de que la enfermedad imposibilitante de las facultades volitivas del sujeto, lo convierte a este en inimputable, pues estima que en este caso el individuo

se halla imposibilitado de entender y querer, que son expresiones obviamente de quien se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y volitivas. Se determina incluso en el segundo inciso del Art. 24 del Código Penal, el procedimiento que deberán adoptar los jueces cuando el acusado de un delito se encuentra en estado de alienación mental.

Contempla también nuestro Código Penal lo referente a la actuación del sujeto activo de una infracción, por efecto de la inducción engañosa de otro individuo, determinando la inimputabilidad de quien lo comete en este caso, y la consecuente imputabilidad de responsabilidad penal al sujeto que lo induce mediante artificios al cometimiento del delito. En este caso el legislador considera que la voluntad y conciencia (conocimiento) del sujeto que comete el delito, se vio subyugada al engaño de quien deliberadamente, y con evidente dolo, busca el cometimiento del delito, y para esto, valido de ciertas circunstancias, como por ejemplo la rusticidad del otro individuo, lo induce al cometimiento de un acto reprimido como delito.

El tratadista alemán Gunther Jakobs, considera que el defecto cognoscitivo, es decir, la falta de conocimiento sobre un determinado asunto, se trata más o menos de un error de tipo, por cuanto dicha perturbación tiene un efecto exonerado; es decir, el agente actúa con falta de conocimiento sobre el hecho delictivo, como ocurriría por ejemplo, cuando una persona acepta el encargo de llevar una encomienda a

España, sin saber que en el paquete respectivo, quien le solicita el favor, ha camuflado cocaína, existiendo en dicho caso absolutamente falta de conocimiento (defecto cognoscitivo) de parte del agente, así como también falta de voluntad con respecto al delito, pues su voluntad era llevar la encomienda a él entregada, bajo la presunción clara de que se trata de productos lícitos.

Jakobs sostiene: *"**Se afirma que es específicamente el principio de culpabilidad el que requiere que queden impunes aquellas personas que yerran de manera inevitable acerca de las consecuencias de su comportamiento, y que esto también ocurra en el caso de quienes yerran de manera evitable, o que éstos de algún modo reciban una pena inferior a la de los autores que obran con dolo – después de lo expuesto hasta el momento, queda claro que esa afirmación, en el mejor de los casos, es una definición, y en el peor, encubre determinadas finalidades, pero en todo caso no constituye la fundamentación de la relación entre conocimiento y culpabilidad, error o inocencia- o En este sentido, y como he expuesto, la inevitabilidad de un error, solo constituye un argumento en el ámbito de la imputación, si se parte de que la realidad es susceptible de ser dominada; una realidad concebida de esa manera no necesita de la imputación de consecuencias fortuitas, más aún, que se imputase en ese caso, tendría efectos disfuncionales, ya que al imputarse ese***

tipo de consecuencias se tambalearía el eje de la representación vigente de la realidad, esto es, que la realidad puede planificarse."[35]

Lo dicho por el tratadista Jakobs nos permite establecer con absoluta certeza de que es indispensable la concepción de hecho infractor en los procesos mentales (cognoscitivos) del sujeto para que este sea imputable, determinando incluso la imputabilidad con respecto a las conductas típicas por culpa, es decir, cuando la conducta infractora se materializa por causa de falta de precaución del sujeto para evitar un error previsible que dé lugar a las consecuencias dañosas; hablándose también del error inevitable, es decir, aquél que no pudo ser racionalmente previsto por el agente. Es claro, que no puede existir imputabilidad penal en el caso del yerro inevitable, pues como bien señala Jakobs, para ello sería necesario la concurrencia de verdaderas cualidades adivinatorias en el caso del infractor, cuestión que es humanamente imposible en el caso del error inevitable, lo que excluye de imputabilidad al sujeto que actúa sobre la base de dicha realidad distorsionada.

Con respecto a la voluntad y conocimiento sobre el acto infractor, la jurisprudencia ecuatoriana es bastante explicativa cuando señala: "La capacidad de entender y de querer´ que dice la ley, es condición *sine qua non* de la imputabilidad penal, esto es, de la imposibilidad jurídica de atribuir una acción típica y punible a un determinado sujeto, como su autor, cómplice o encubierto. El artículo 32 del Código Penal exige en

[35] JAKOBS, Gunther, Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo II, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 135.

precepto de derecho positivo el hondo concepto doctrinario de la imputabilidad moral, proveniente de la Escuela Clásica. Los artículos 34 y 35 desarrollan la misma concepción, de modo coherente, y este introduce la imputabilidad atenuada, por razón de enfermedad que, sin anular, ha disminuido, en el momento del acto delictuoso, la capacidad de entender o de querer."[36]

El Prontuario de Resoluciones Judiciales del Ecuador, Tomo I, contiene la siguiente jurisprudencia: *"**Actuar con voluntad y conciencia se refiere a la imputabilidad. La voluntad es la capacidad psíquica para resolver sobre una conducta determinada de querer; la conciencia es la capacidad para conocer. Cuando tiene esta doble capacidad es imputable. Se presume que todos actúan con conciencia y voluntad, que todos son imputables. Esa doble capacidad no se refiere a la intención. Por ello es que la segunda parte del Art. 33 del Código Penal, es la que lleva a error de conceptos, en razón de que la intención no se refiere a la imputabilidad, sino a la culpabilidad. El dolo, que es la intención dañada, es una forma de culpabilidad."*[37]

Queda absolutamente claro que de acuerdo a nuestra legislación penal, la imputabilidad radica sobre la voluntad de cometer el delito, basada en el conocimiento que dirige dicha voluntad, y que como se ha visto, consiste en el conjunto de complejos procesos mentales, que permiten concebir y deliberar en el fuero interno del sujeto sobre la conducta infractora y los

---

[36] GACETA JUDICIAL, S.XIV, No. 13, p. 3074, 27-I-1987.
[37] PRONTUARIO DE RESOLUCIONES JUDICIALES, Tomo 1, pág. 280, 6-IV-1988.

resultados que se buscan, de tal manera que al no concurrir dichos elementos, el sujeto es por excelencia inimputable; sin embargo, debe observarse que para la legislación del Ecuador, se presume la voluntad y conciencia (conocimiento) en todos los delitos, de tal manera que cuando la imputabilidad no concurre *ipso iure*, como en el caso de los menores de edad, esta debe probarse, pues de otra manera obra la presunción de conocimiento y actuar voluntario de parte del infractor.

El Código Penal ecuatoriano no hace referencia a las medidas de seguridad, por ende, solo establece las penas que deben ser impuestas en caso de delitos y contravenciones, entre estas tenemos:

El Art. 51 del Código Penal expresas que "***Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:***

Penas peculiares del delito:

1.- Reclusión mayor;

2.- Reclusión menor;

3.- Prisión de ocho días a cinco años;

4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;

5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad;

6.- Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,

7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

Penas peculiares de la contravención:

1.- Prisión de uno a siete días.

2.- Multa.

Penas comunes a todas las infracciones:

1.- Multas.

2.- Comiso Especial"[38]

Lamentablemente en nuestra legislación penal, no se ha definido, ni se ha dado algún tipo de contextualización de las penas, lo único que se ha hecho ha sido mencionar las penas aplicables para las infracciones y contravenciones. La pena es la consecuencia jurídica que nace a partir del cometimiento de una infracción. La pena es impuesta por los jueces de lo penal cuando se ha logrado demostrar que la persona es responsable del cometimiento de un delito. La imposición de una pena presupone la privación de libertad y la restricción de derechos para el sancionado. Como se lo menciono anteriormente sobre las medidas de seguridad penal no existe tipificación alguna.

“El Art. 72 establece de forma preferencial cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

[38] CÓDIGO PENAL. Ediciones legales. Quito – Ecuador. 2011. Pág. 34

PENA	CONDENA	SE SUSTITUIRA
La reclusión mayor especial	16 a 25 años	12 a 16 años
La reclusión mayor extraordinaria	12 a 16 años	Reclusión mayor ordinaria de 8 a 12 años.
La reclusión mayor ordinaria	8 a 12 años	4 a 8 años
La reclusión mayor ordinaria	4 a 8 años	Con reclusión menor ordinaria de 3 a 6 años.
La reclusión menor extraordinaria	9 a 12 años	Con reclusión menor ordinaria de 6 a 9 años.
La reclusión menor ordinaria	6 a 9 años	Con prisión correccional de 2 a 5 años
La reclusión menor ordinaria	3 a 6 años	Prisión correccional de 1 a 3 años.

“[39]

Como se observa en el cuadro arriba indicado, nuestro Código Penal, permite que la pena impuesta se reduzca en los casos de reclusión mayor extraordinaria en 6 y 4 años; en los casos de reclusión mayor ordinaria la rebaja es de 2 años, cuando se trata de reclusión menor ordinaria, es posible modificarla entre 4 y 3 años, lo que permite al juzgador utilizar la banda de penas, para modificar una pena rigurosa en una más adecuada a la infracción cometida. Sin embargo, me ratifico en que falta incrementar a nuestro Código Penal las penas alternativas y de seguridad.

El principio *“non bis in idem” (no dos veces por lo mismo)* es una garantía reconocida en el Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

[39] CÓDIGO PENAL. Ediciones legales. Quito – Ecuador. 2011. Pág. 33

Políticos, y del art. 8 inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo tiene por objeto, en los términos de Maier,

"***Impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho; donde la idea fundamental es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad***"[40] sobre el mismo aspecto Zaffaroni citando a Donna, manifiesta "***Se viola el principio non bis in idem, porque la condena anterior se toma a los efectos de agravar la condena que se dicta, y en otros casos a fin de aplicar una pena supletoria, a la cual se da el nombre de medida de seguridad, de modo que existe una condena doble***"[41]

En igual sentido, Zaffaroni, al referirse a las explicaciones doctrinarias

elaboradas con el objeto de afirmar la admisibilidad de la habilitación de un plus de poder punitivo, destacó que

"***Ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo***

[40]Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal. I Fundamentos", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 602.
[41]Zaffaroni, Eugenio R., "Derecho Pernal: Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 1058.

importaría una violación al non bis in idem o, si se prefiere a la prohibición de doble punición"[42]

Entendido de esta forma la reincidencia penal constituye una violación al principio **non bis in idem** que en nuestra legislación penal se constituye en una garantía penal que permite que las personas no puedan ser sancionados por el mismo delito en caso de existir su reincidencia, lamentablemente nuestra ley penal toma en cuenta a la residencia penal como una agravante que endurece la pena aplicándose una sanción extrema y inhumana así lo determina el Art. 80 del Código Penal del Ecuador, al tipificar que en caso de reincidencia se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes:

Primero.- El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce;

Segundo.- Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de, ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años;

Tercero.- Si un individuo después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve;

---

[42]Zaffaroni, Eugenio R., "Derecho Pernal: Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 1058.

Cuarto.- Si el nuevo delito cometido es de los que la ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria;

Quinto.- Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión mayor de doce años;

Sexto.- Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena;

Séptimo.- Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y,

Octavo.- Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsela circunstancias de atenuación.

Existen no obstante, posiciones que sostienen que no se verifica violación a la garantía del **non bis in idem** sino que "***La agravación de la pena por reincidencia no juzga dos veces un mismo hecho, sino que su***

fundamento radica en una mayor culpabilidad por el hecho posterior en razón del mayor desprecio que supone cometer un nuevo delito luego de haber sufrido las consecuencias de la imposición de una pena"[43]

Considero que esta afirmación no es adecuada por cuanto lo que se busca es humanizar las penas y la reincidencia penal impone una crueldad tortuosa al reo al imponerle una pena superior, por lo cual el principio **non bis in idem** sufre un desconocimiento y vulneración mayor al reconocerse que el pasado judicial agrava la situación del reo.

La nueva tendencia criminológica en cuanto al derecho penal a permitido imponer el criterio que del derecho penal debe ser considerado de ultima ratio, lo que nos conlleva a repensar que el derecho penal debe ser aplicado en casos de necesidad extrema pero con la diferencia que las penas que se apliquen sean humanas y no excedan el tiempo de prisión o reclusión del ser humano, por lo tanto la humanización del derecho penal infiere a la aplicación de penas alternativas así como la ejecución de penas privativas de libertad que no determinen un exceso arbitrario o tortuoso de la reclusión, razón por la cual considero que la reincidencia penal se constituye en el mecanismo que vuelve cruel a la pena, llevando al ser humano a pensar en la venganza en contra de la sociedad y a su desnaturalización que emboca en el cometimiento de nuevos delitos.

---

[43]Carrara, Francesco, "Opúsculos del Derecho Criminal", Ed. Temis, Bogotá, 1976, Vol. II. p. 99 y ss

3.4.- LEGISLACIÓN COMPARADA

La legislación comparada permite comparar las relaciones y diferencias que existen entre los diferentes marcos normativos del mundo, en la cual, se puede medir la eficacia o ineficacia de las normas penales en un momento dado de la vida del ser humano, por ello, citaré algunos países que mantienen este tipo de instrumentos jurídicos dentro de su normativa legal

3.4.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

En el Art. 61 del Código Penal Colombiano establece como criterios para fijar la pena que "***Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente***"[44]

El Código Penal de Colombia pone de manifiesto una introducción gradual a la individualización de la pena legal, al mencionar que dentro de las facultades del juez están las de declarar el grado de culpabilidad del infractor, las circunstancia agravantes o atenuantes que formen parte integrante del proceso y resolverá de acuerdo a la personalidad del procesado, fundamentos que son propios de la determinación de la pena que ya ha sido abordado en este trabajo investigativo.

---

[44]CODIGO PENAL DE COLOMBIA. Versión digital.
w*ww.ciencias**penales**.org/REVISTA%2006/issa06.htm*

En el Art. 447 del Código de Procedimiento Penal, sobre la individualización de la pena establece "***El fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.***

Si el juez para individualizar la pena por imponer, estimare necesario ampliar la información a que se refiere el inciso anterior, podrá solicitar a cualquier institución pública o privada, la designación de un experto para que este, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles, responda su petición.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días contados a partir de la terminación del juicio oral"[45]

La individualización de la pena prevista en la normativa penal colombiana, introduce como antecedente novedoso, el acuerdo del fiscal con el imputado para la determinación de la pena así como la certeza del juez, en caso de haber encontrado al culpable, de investigar o indagar sobre la

[45]CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA. *www.cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=ODg*

personalidad del infractor, tomando en cuenta, lo relacionado con las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. En eta audiencia de individualización de la pena el juez está en la facultad de fijar la fecha de la audiencia, escuchar los alegatos del fiscal y de la defensa y emitir sentencia de conformidad al estado de culpabilidad y personalidad del infractor.

3.4.2. LEGISLACIÓN DE COSTA RICA

En la legislación de Costa Rica, la Ley Procesal Penal, toma en consideración al momento de emitir sentencia, al individualización de la pena que es emitida al momento que los jueces deliberan sobre la culpabilidad del acusado, en tal sentido el Art. 361 del cuerpo de ley citado expresa que dentro de las normas para la deliberación y votación tendrá que objetivamente emitir la: "***c) La individualización de la pena aplicable***"[46] que se dicta a base de la culpabilidad del infractor, sin embargo no está establecido una audiencia especial para la determinación de la pena sino que al momento de decidir si el infractor es culpable, el tribunal en el mismo evento, resuelve sobre la determinación de la pena, situación que es diferente a la legislación colombiana, en la cual, si existe la audiencia para individualización de la pena.

[46] LEY PROCESAL PENAL DE COSTA RICA. Versión digital.

3.4.3.-LEGISLACIÓN DEL GOBIERNO DE DURANGO PERTENECIENTE A LA REPÚBLICA DE MÉXICO.

El Gobierno de Durango forma parte integrante del Estado de México que se encuentra divido geográficamente en distritos estatales, en los cuales, cada distrito conforma una especie de Estado que al igual que EEUU mantiene algunas leyes que sancionan los delitos comunes al Estado a excepción de los delitos que afectan a la integralidad de la nación mexicana, en tal sentido, el Estado de Durango mantiene el Código Procesal Penal, que hace referencia a la individualización de la pena, cuando el juzgador tiene la certeza de la culpabilidad del infractor.

El Art. 402 del Código Procesal Penal, permite el señalamiento de fecha para audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño, puesto que expresa:

"***Cuando se resuelva declarar la responsabilidad del acusado por algún delito materia de la acusación, en la misma audiencia se señalará la fecha en que se celebrará la de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días. Durante el transcurso de ese plazo, el tribunal deberá redactar la parte de la sentencia correspondiente a la existencia del delito y a la responsabilidad del acusado.***

Las partes, con aprobación del tribunal, podrán renunciar a la celebración de la audiencia de individualización de sanciones y

reparación del daño. En este caso, el tribunal citará a una audiencia de lectura de sentencia" [47]

El tribunal penal del Estado de Durango está en la facultad de establecer la audiencia de la individualización de la pena, bajo la condición de que exista la certeza de la culpabilidad del infractor, por ello, al existir esta certeza, le corresponde señalar al audiencia de la determinación de daños y sanciones que como excepción, las partes pueden renunciar y sino simplemente la audiencia tiene como fin establecer la pena y el pago de los daños causados por el infractor.

El Art. 407 ibídem, permite que en esta audiencia se permita la exposición de alegatos finales y lectura de sentencia, en tal sentido la norma determina que:

"***Desahogados los medios de prueba, las partes harán sus alegatos finales. Después de deliberar brevemente, el tribunal procederá a manifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la existencia del daño causado a la víctima u ofendido y su reparación, así como los términos y condiciones en que se realizará, aún en la etapa de ejecución de sentencia, si es el caso.***

Asimismo, se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas sustitutivas de la pena de prisión o sobre su suspensión e indicará en que forma deberá, en su caso, repararse el daño. A

---

[47]CODIGO PROCESAL PENAL DEL ESTADO DE DURANGO.
http://www.congresodurango.gob.mx/Leyes/CODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf

continuación, el tribunal procederá a dar lectura íntegra de la sentencia condenatoria.

El Tribunal tendrá la facultad de realizar una lectura resumida, si sólo han concurrido las partes. Y procederá a realizar la explicación correspondiente"[48]

La norma citada, expresa que la individualización de las sanciones y daños podrán ser emitidas luego de que se ha concluido con el proceso de prueba, previo a los alegatos finales que deban hacer las partes, por lo cual, el tribunal procederá a manifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la existencia del daño causado a la víctima u ofendido y su reparación, facultándole para que aplique penas condicionales y condiciones que debe el infractor cumplir para la imposición de la pena. Esta disposición legal está basada en el derecho penal de autor y tiene mucha relación con la legislación colombiana solo en la individualización de la pena pero menos en la presentación de pruebas y alegatos finales para la determinación de la pena, puesto que esta facultad es innata a los jueces colombianos.

[48]CODIGO PROCESAL PENAL DEL ESTADO DE DURANGO.
http://www.congresodurango.gob.mx/Leyes/CODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf

4.- MATERIALES Y MÉTODOS

4.1.- MATERIALES

Este trabajo se fundamentó de manera documental, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico utilicé textos y material relacionados con materia penal, en especial en el ámbito procesal, desde los puntos de vista social, científico y jurídico; así como de bibliografía relacionada al problema a indagar. Las fuentes bibliográficas fueron utilizadas según el avance y el esquema de búsqueda de información previamente establecido para la investigación, puedo mencionar que en cuanto al marco conceptual lo elabore con la ayuda de los diccionarios y consulta de autores. Estas fuentes de información me permitieron conceptualizar los diferentes términos referentes a esta tesis, así como determinar sus diferentes acepciones o sinónimos. En cuanto al análisis de la problemática, constituyendo la doctrina, recurrí a los libros de autores como Claus Roxín, Eugenio Zaffaroni, Fráncico Carrera, Jacoks, Luis Jiménez de Asúa, etc., autores, doctrinarios o conocedores de la materia penal, es especial de la dogmática penal, que por su extensa experiencia y sapiencia me permitieron usar sus ideas y criterios para fundamentar el presente discurso, proporcionándome incalculables conocimientos e interpretaciones sobre mi trabajo investigativo.

La red de internet y compendios de otros países constituyó, dentro del marco de legislación comparada, una fuente sumamente importante de investigación, pues me permitió encontrar la normatividad adecuada, tanto de países como Colombia, Costa Rica y del Gobierno de Durango, misma que aportó de manera sustancial a la concreción de objetivos.

4.2.- MÉTODOS

En cuanto a los métodos para desarrollar el presente trabajo de investigación socio-jurídico, me apoyé en primer lugar en el método científico, camino adecuado que me permitió llegar al conocimiento pertinente de la problemática referente al medio ambiente, ya que ésta parte de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva, en este caso la individualización de la pena como necesidad integrante para cumplir con los principios de proporcionalidad y legalidad, como el centro concreto de estudio o de investigación, y que mediante el uso de las funciones superiores de la personalidad se puede llegar a obtener la verdad acerca de una problemática determinada.

Haciendo uso del método empírico, con el producto del resultado de la experiencia, basándome en la observación de los hechos, acontecimientos y en la práctica concreta, pude llegar a verificar con datos tomados de criterios oportunos y pertinentes, lo referente a los objetivos, tanto general como específicos; y, a la contrastación de hipótesis o conjeturas derivadas de estos.

A través del Método Hipotético-Deductivo que sigue un proceso sistemático, analítico; exponiendo conceptos, principios, definiciones, leyes o normas generales, puede extraer algunas conclusiones o consecuencias, aplicando pasos como la comprobación y demostración de los resultados de la investigación, y así posteriormente acordar las debidas recomendaciones necesarias para la solución de la problemática.

El Método Dialéctico al ser este un método universal, y al establecer que los conocimientos son comunes en todos los métodos particulares, interprete la realidad; ya que por él se pude determinar las consecuencias precisas de la problemática y emprender las resoluciones concretas que tienden al bienestar de una sociedad.

Los resultados de la investigación recopilada, como es evidente, se expresan en el presente informe final, mismo que contiene, además de la recopilación bibliográfica y el análisis de resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos que demuestren la incidencia del problema objeto de estudio durante el tiempo analizado; además realicé un adecuado estudio de la problemática.

Con todo el trabajo realizado pude llegar a establecer la verificación de los objetivos y la contrastación de hipótesis planteadas al iniciar la investigación jurídica, con lo que posteriormente he podido emitir las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma destinado a ofrecer una alternativa para el mejor control de la problemática, en cuanto a la individualización de la pena.

5. RESULTADOS

5.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

PRIMERA PREGUNTA:

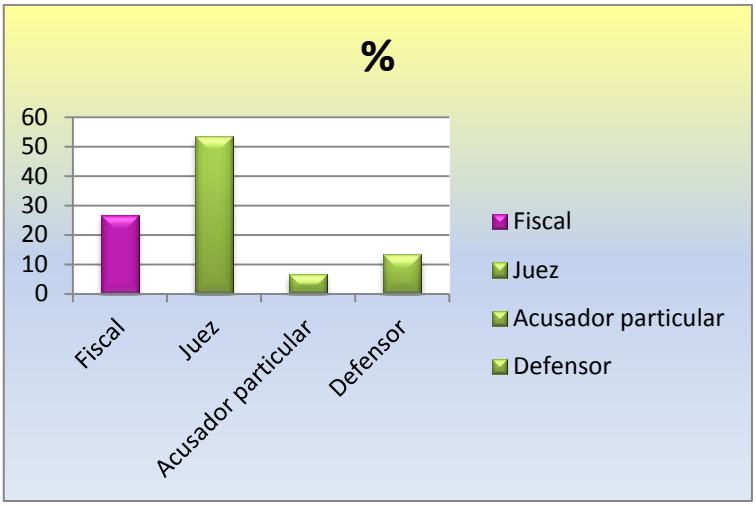
Su intervención en un proceso penal y más concretamente en la etapa del juicio ha sido generalmente como:

Cuadro Nro. 1

INDICADOR	FRECUENCIA	%
Fiscal	8	26,66
Juez	16	53,34
Acusador particular	2	6,66
Defensor	4	13,34
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales y Abogados Defensores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

Gráfico Nro. 1



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 8 personas que corresponden al 26,66% mencionan que ha actuado en procesos penales, en calidad de fiscales; otras 16 personas que forman parte del 53,34% han participado en calidad de jueces; dos personas que integran el 6,66% han tenido su participación en calidad de acusadores particulares y finalmente cuatro personas que corresponden al 13,34% han ingresado al proceso penal en calidad de defensores de los procesados o acusados.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que comúnmente, en los procesos penales, las partes procesales que intervienen en la etapa de juicio están conformadas por jueces, fiscales, acusadores particulares y defensores. Los fiscales y acusadores tienen la labor de demostrar la existencia del delito y el grado de responsabilidad de los acusados, los

defensores de demostrar la inocencia del procesado y los jueces la labor de garantizar los derechos de las partes y de sancionar a los responsables de un delito.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera usted que los jueces de garantías penales al dictar sentencia aplican el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas?

Cuadro Nro. 2

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	14	46,66
NO	16	53,34
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÁFICO Nro. 2

INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 14 personas que corresponden al 46% consideran que el sistema acusatorio oral en nuestro país, garantiza la proporcionalidad en la aplicación; mientras que 16 personas que corresponden al 53,34% mencionan que el sistema acusatorio oral no garantiza la aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de penas.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten que el sistema acusatorio oral limita que los jueces, en uso de sus facultades legales efectúen una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad para la cuantificación y adecuación de las penas, hecho que en mucho de los casos genera injusticias que afectan a los derechos de las partes que están involucrados en un proceso penal.

TERCERA PREGUNTA:

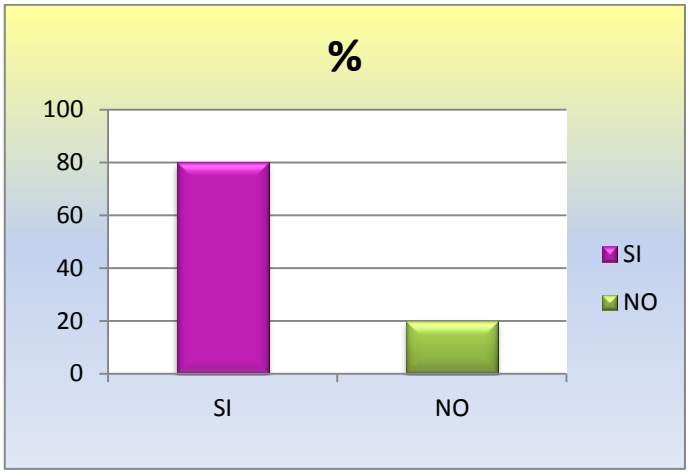
Considera Usted que la incorporación de prueba (en la audiencia de juzgamiento) sobre las circunstancias personales del acusado (negativas o positivas) inciden en los Jueces al momento de adoptar la sentencia?

Cuadro Nro. 3

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÀFICO Nro. 3



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan que ha que la incorporación de prueba (en la audiencia de juzgamiento) sobre las circunstancias personales del acusado (negativas o positivas) inciden en los Jueces al momento de adoptar la decisión de declarar la culpabilidad o ratificar su inocencia, mientras que seis personas que corresponden al 20% mencionan que estos hechos no son relevantes en el juicio.

ANÁLISIS

La incorporación de prueba en la audiencia de juzgamiento, sobre las circunstancias personales del acusado, sean estas negativas o positivas inciden en la sana critica de los Jueces al momento de adoptar la decisión de declarar la culpabilidad o ratificar su inocencia de la persona, en especial cuando se trata de establecer la culpabilidad del procesado.

CUARTA PREGUNTA:

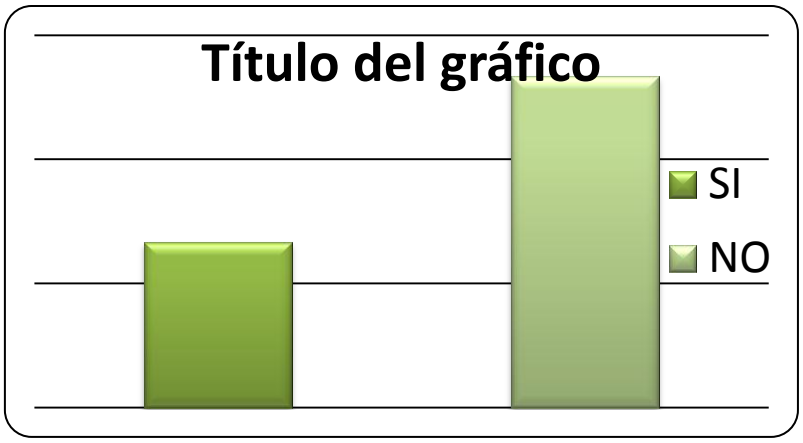
¿Considera usted que en nuestro Sistema de Procedimiento Penal, especialmente la fase del juicio, permite a los Jueces la imposición de las penas acorde a las circunstancias personales del acusado?

Cuadro Nro. 4

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	14	46,66
NO	16	53,34
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÁFICO Nro. 4



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 14 personas que corresponden al 46% consideran que la fase del juicio, permite a los Jueces la imposición de las penas acorde a las circunstancias personales del acusado, satisfaciendo así el principio de proporcionalidad; mientras que 16 personas que

corresponden al 53,34% mencionan que la fase de juicio no permite la imposición de las penas acorde a las circunstancias personales del acusado, satisfaciendo así el principio de proporcionalidad.

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que en la fase de juicio la imposición de penas no está acorde a las circunstancias personales del acusado, por ello, existe una mala aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas privativas de libertad.

QUINTA PREGUNTA:

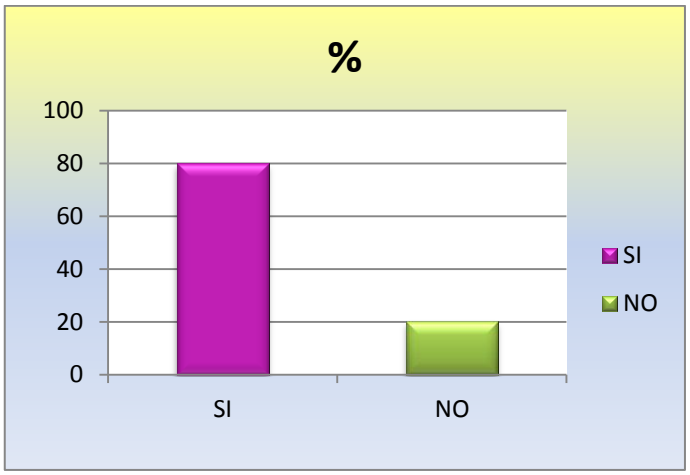
Considera Usted que la decisión que adoptan los juzgadores, declarando la culpabilidad o ratificando la inocencia del acusado, debe darse sin el conocimiento previo de sus condiciones o circunstancias personales, a fin de que la misma sea objetiva.

Cuadro Nro. 5

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÀFICO Nro. 5



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan quela decisión que adoptan los juzgadores, declarando la culpabilidad o ratificando la inocencia del acusado, debe darse sin el conocimiento previo de sus condiciones o circunstancias personales; mientras que seis personas que corresponden al 20% mencionan que el juzgador debe juzgar de acuerdo a las circunstancias personales del procesado.

ANÁLISIS

La declaratoria de culpabilidad de una persona procesada por cualquier delito debe darse bajo parámetros objetivos que aporte la prueba, sin embargo sobre las condiciones personales del procesado no debe esgrimirse la declaratoria de culpabilidad, puesto que estas condiciones pueden ser aportadas en otra audiencia para la imposición de la pena.

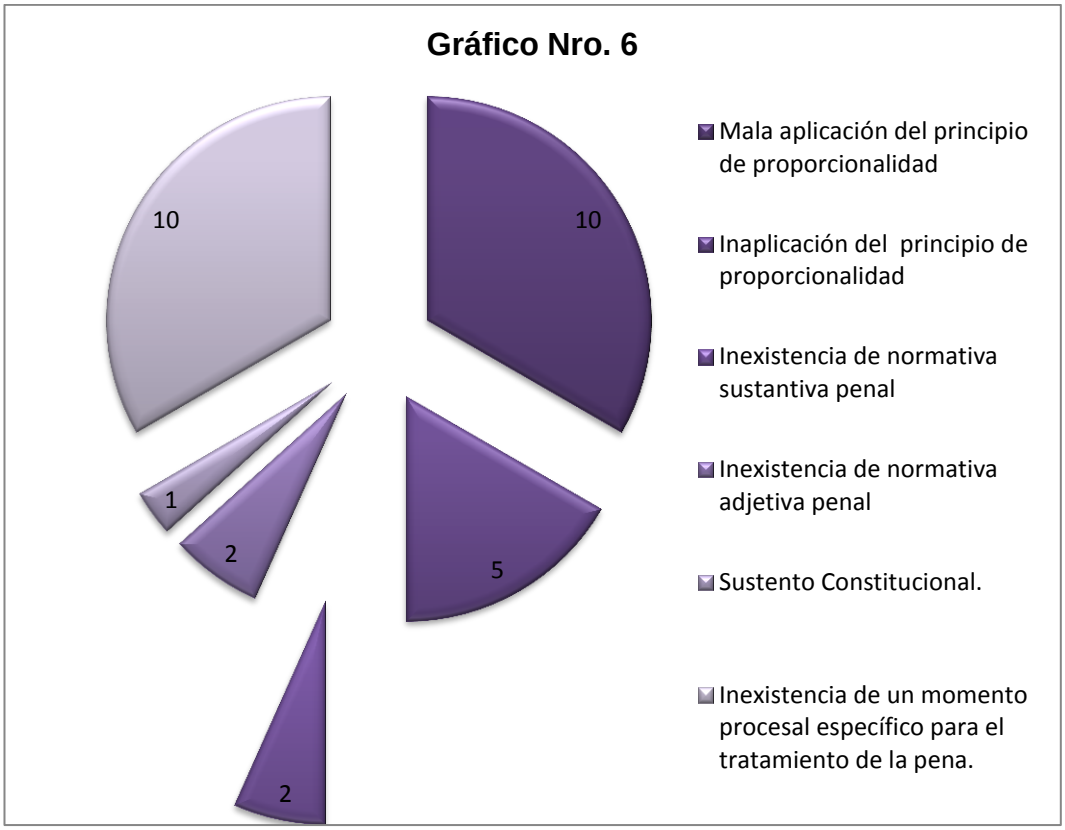
SEXTA PREGUNTA:

Señale con una X, cuáles de las siguientes razones impiden la individualización y humanización de las penas acorde con las circunstancias personales del acusado

Cuadro Nro. 6

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Mala aplicación del principio de proporcionalidad	10	33,34%
Inaplicación del principio de proporcionalidad	5	16,66%
Inexistencia de normativa sustantiva penal	2	6,66%
Inexistencia de normativa adjetiva penal	2	6,66%
Sustento Constitucional.	1	3,37%
Inexistencia de un momento procesal específico para el tratamiento de la pena.	10	33,34%
Total	30	100%

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, algunas personas manifiestan que la no individualización y humanización de la pena se da por las siguientes razones: 10 personas que corresponden al 33,34% señalan la mala aplicación del principio de proporcionalidad; 5 personas que forman parte del 16,66 a la inaplicación del principio de proporcionalidad; 2 personas que corresponden al 6,66% señalan a la Inexistencia de normativa sustantiva penal; 2 personas que corresponden al 6,66% señalan inexistencia de normativa adjetiva penal; 1 una persona que corresponde al 3,37% señalan al falta de sustento Constitucional y finalmente 10

personas que corresponden al 33,34% señalana la inexistencia de un momento procesal específico para el tratamiento de la pena

ANÁLISIS

Los datos obtenidos me permiten determinar que las causas que impiden la individualización y humanización de las penas acorde con las circunstancias personales del acusado son: mala aplicación del principio de proporcionalidad; inaplicación del principio de proporcionalidad; inexistencia de normativa sustantiva penal; inexistencia de normativa adjetiva penal; falta de sustento Constitucional y finalmente inexistencia de un momento procesal específico para el tratamiento de la pena

SÉPTIMA PREGUNTA:

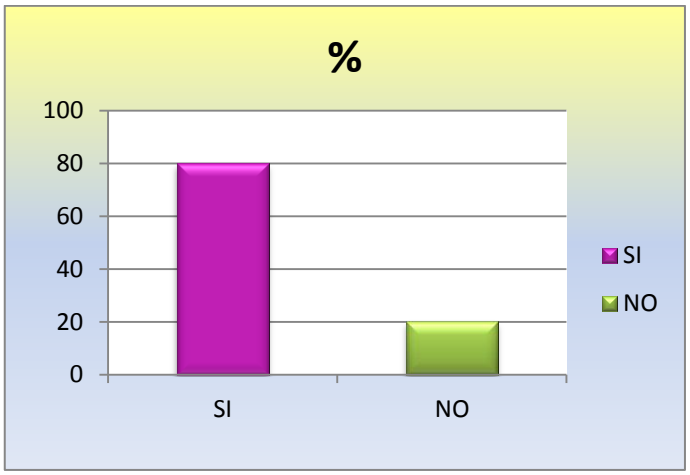
¿Considera usted que la falta de un momento procesal, incide en la individualización de la pena?

Cuadro Nro. 7

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÀFICO Nro. 7



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan que la falta de un momento procesal específico para la individualización de la pena, incide en la decisión del caso y en la individualización de la penal; mientras que seis personas que corresponden al 20% mencionan que no existe afección alguna en la imposición de penas.

ANÁLISIS

La falta de un momento procesal específico para la individualización de la pena, ha traído como consecuencia que sus criterios subjetivos incide en la aplicación de la pena y en el hecho de que esto no permite la individualización de la pena.

OCTAVA PREGUNTA:

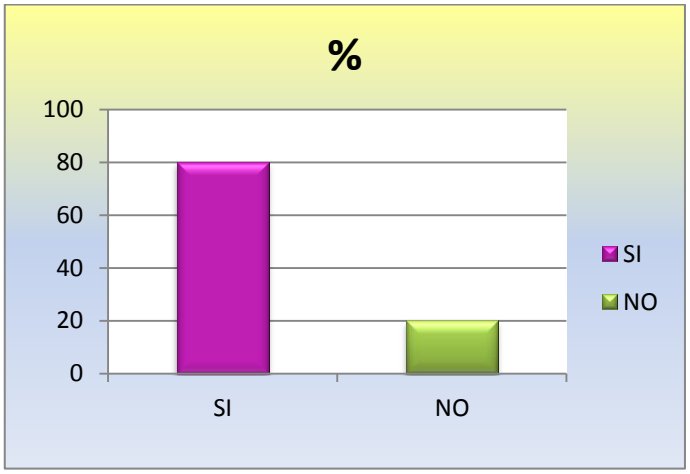
¿Considera usted que el tratamiento de la pena debe darse en un momento procesal específico para tal efecto?

Cuadro Nro. 8

INDICADOR	FRECUENCIA	%
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

GRÀFICO Nro. 8



INTERPRETACIÓN.

De los encuestados, 24 personas que corresponden al 80% mencionan que el tratamiento de la pena debe darse en un momento procesal

específico para tal efecto; mientras que seis personas que corresponden al 20% mencionan que esta debe ser aplicada al momento de emitir sentencia.

ANÁLISIS

El tratamiento de la pena debe darse en un momento procesal específico para tal efecto, debe considerarse que luego de emitida la sentencia de culpabilidad, el juez debe convocar a una nueva audiencia para resolver sobre la imposición de la pena.

NOVENA PREGUNTA:

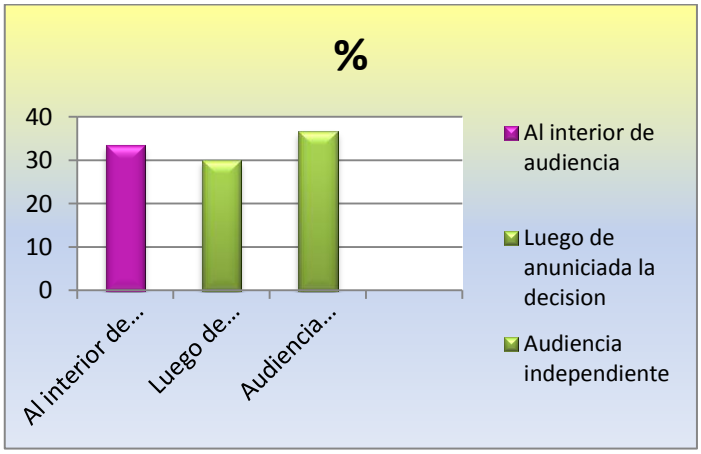
Si respondió afirmativamente a la pregunta anterior, sugiera usted, de las siguientes opciones, cuál sería ese momento procesal oportuno?

Cuadro Nro. 9

OPCIÓN	***FRECUENCIA***	***PORCENTAJE***
Al interior de la misma audiencia de juzgamiento, cuando se presentan los alegatos inicial y de cierre y las correspondientes pruebas	10	33,34%
Luego de que el Tribunal anuncia la decisión declarando la culpabilidad del acusado, pero en la misma audiencia	9	30%
En una audiencia independiente, posterior a la declaratoria de culpabilidad	11	36,66%

Fuente: Aplicación de encuestas a Jueces, Fiscales, Abogados Defensores y Acusadores de la ciudad de Loja
Autor: Dra. Alba Enith Mera Yaguana

Gráfico Nro. 9



INTERPRETACIÓN.

Las sugerencias aportadas para que la individualización de la pena sea aplicada en el Ecuador tienen varias opciones, entre ellas tenemos: 10 personas que corresponden al 33,34% sostienen que al interior de la misma audiencia de juzgamiento, cuando se presentan los alegatos inicial y de cierre y las correspondientes pruebas; 9 personas que corresponden al 30% afirman que luego de que el Tribunal anuncia la decisión declarando la culpabilidad del acusado, pero en la misma audiencia; y, 11 personas que corresponden al 36,66% afirman que en una audiencia independiente, posterior a la declaratoria de culpabilidad

ANÁLISIS

Considero adecuado que la audiencia de individualización de la pena debe desarrollarse en una audiencia independiente, luego de que el

Tribunal emite su resolución declarando culpable a una persona por el cometimiento de un delito previsto en la ley penal.

5.2 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS EN LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

Primera entrevista:

1.- Cuál es su criterio sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en el establecimiento de la pena contra quien ha sido declarado culpable de un delito.

No existe una adecuación proporcional entre la pena y el hecho que se atribuye a los acusados, todo tipo de imposición de penas queda bajo el criterio de los jueces.

2.- Las decisiones de culpabilidad o inocencia deben fundarse en razones y no en emociones. Desde esta perspectiva, es conveniente o no que las condiciones personales del acusado (positivas o negativas), necesarias para el establecimiento o cuantificación de la pena, sean tratadas simultáneamente con los elementos que determina la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; todo esto en una misma audiencia.

Mi pregunta en tal sentido porque al momento de analizar la culpabilidad o inocencia, puede pesar en los jueces los antecedentes

delictivos del acusado, o sentimiento de lástima, de pena, por situaciones personales o familiares.

Porque existe un etiquetamiento del delincuente que al ser reincidente se vuelve una persona peligrosa para la sociedad, por ello, se confunden sentimientos y juicios de reproche desmesurados que conllevan a que los jueces impongan una pena

3.- Considera Usted necesario que las pruebas sobre las condiciones personales del acusado y el análisis sobre la proporcionalidad de la pena debe darse sólo cuando el acusado ha sido declarado culpable de un delito.

Sí debe existir una audiencia diferente en la cual se explique el porqué de la individualización de la pena, normalmente lo que hacen los jueces es hablar de los hechos delictivos para imponer una pena

4.- Será que el principio de proporcionalidad encuentra mayor garantía de vigencia en la imposición de la pena cuando se abre una instancia o escenario de debate independiente y posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

Si por que los jueces tienen la responsabilidad de argumentar el porqué de la pena impuesta

5.- Qué opinión le merece la introducción de una reforma procesal que permita el tratamiento de la pena en una audiencia

independiente posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

Interesante y novedosa, conllevaría a que el sistema penal sea más justo y adecuado al momento de decidir la imposición de una pena

6.- Tiene Usted algún conocimiento sobre el tratamiento del tema en la legislación comparada.

Conozco que en Colombia se da este tipo de audiencias para la imposición de la pena

7.- Puede Usted incluir una sugerencia de reforma procesal tendiente a que la cuantificación de las penas respondan verdaderamente a criterios de proporcionalidad y eficiencia.

Debe incluirse por parte de los legisladores, los criterios por la cual, deben imponerse la pena, para ello, sería importante que exista un reglamento que conlleve a determinar el procedimiento de una audiencia de individualización de la pena o en su defecto que este procedimiento conste en el código penal

Segunda entrevista:

1.- Cuál es su criterio sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en el establecimiento de la pena contra quien ha sido declarado culpable de un delito.

El principio de proporcionalidad, lo encontramos en la Constitución, en el Art. 76.6, y dispone que, en la Ley debe existir una correspondencia entre la acción u omisión punible, y, la sanción, por esa conducta. Existen normas penales, que no tienen armonía con esta disposición, como por ejemplo en la Ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. No obstante, en el Código Penal, de alguna manera, hace aplicable esta disposición cuando existe un rango discrecional, para que el Juez, con los elementos propios que existen en el proceso ´pueda individualizar una sanción, que lastimosamente, no se toman en cuenta parámetros psicológicos, sociológicos y culturales como debería ser. También consta en nuestro Código, que el procesado ya en su etapa de sancionado, puede aportar con circunstancias "atenuantes" para poder disminuir el rango inferior de la pena establecida en la norma, que dicho sea de paso inexplicablemente se reduce en delitos sexuales. Únicamente no se tomaría en cuenta cuando sea constitutiva de la infracción. En suma, estimo que existe una aplicación artesanal de este valioso principio.

2.- Las decisiones de culpabilidad o inocencia deben fundarse en razones y no en emociones. Desde esta perspectiva, es conveniente o no que las condiciones personales del acusado (positivas o negativas), necesarias para el establecimiento o cuantificación de la pena, sean tratadas simultáneamente con los elementos que determina la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; todo esto en una misma audiencia.

Mi pregunta en tal sentido porque al momento de analizar la culpabilidad o inocencia, puede pesar en los jueces los antecedentes delictivos del acusado, o sentimiento de lástima, de pena, por situaciones personales o familiares.

Estimo que las decisiones deben cumplir con el mandato constitucional (76.7.l) es decir, que se enuncien y se explique la pertinencia de su aplicación a los presupuestos fácticos. En esta parte, es necesario recordar que el sistema de valoración de la prueba que rige en nuestro sistema jurídico es el de la sana crítica, en el cual se involucra ciertos elementos, como son la lógica, experiencia, y sociología. (Inadmisible pasiones). Sin embargo, no es desconocido por todos que existe un tipo de influencia, endógeno y exógeno en el Juzgador de donde puede provenir su apreciación.

Su pregunta se centra, a controvertir el hecho de que en la misma audiencia se establece la responsabilidad del procesado y concomitantemente se debe evacuar aspectos personales del procesado. Particularmente estoy en contra, pues son dos situaciones sumamente diferentes. Utilizando un poco más el tecnicismo, recordemos que la finalidad de la audiencia de juicio es para dos cosas, a saber, la comprobación conforme a derecho de la infracción y la comprobación conforme a derecho de la responsabilidad, situaciones que no alcanzan las particularidades personales, incluso que atenta contra el principio de inocencia y el autoincriminación, puesto que existe una especie de

admisión tácita de responsabilidad al mencionar o evacuar pruebas sobre la personalidad de los procesados, que de alguna manera influye en la decisión.

3.- Considera Usted necesario que las pruebas sobre las condiciones personales del acusado y el análisis sobre la proporcionalidad de la pena debe darse sólo cuando el acusado ha sido declarado culpable de un delito.

Sí.

4.- Será que el principio de proporcionalidad encuentra mayor garantía de vigencia en la imposición de la pena cuando se abre una instancia o escenario de debate independiente y posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

Si

5.- Qué opinión le merece la introducción de una reforma procesal que permita el tratamiento de la pena en una audiencia independiente posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

Puede ser en una audiencia independiente o en una subsiguiente fase, en atención a principio de simplicidad, celeridad, etc., obviamente una vez declarada la culpabilidad. Si fuese más garantista sería una vez que se ejecutoríe la resolución con respecto al establecimiento de la infracción y

de la responsabilidad. Tendrá en cuenta que deberá evacuarse los recursos. Será factible.

6.- Tiene Usted algún conocimiento sobre el tratamiento del tema en la legislación comparada.

No

7.- Puede Usted incluir una sugerencia de reforma procesal tendiente a que la cuantificación de las penas respondan verdaderamente a criterios de proporcionalidad y eficiencia.

No.

Tercera entrevista

1.- Cuál es su criterio sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en el establecimiento de la pena contra quien ha sido declarado culpable de un delito.

Por el principio de proporcionalidad los jueces deben imponer penas adecuadas a las condiciones personales del acriminado; es decir humanizarlas o individualizarlas, de tal manera que las penas no resulten ni triviales ni gravosas, sino adecuadas y justas.

2.- Las decisiones de culpabilidad o inocencia deben fundarse en razones y no en emociones. Desde esta perspectiva, es conveniente o no que las condiciones personales del acusado (positivas o

negativas), necesarias para el establecimiento o cuantificación de la pena, sean tratadas simultáneamente con los elementos que determina la existencia del delito y la responsabilidad del acusado; todo esto en una misma audiencia.

Partiendo de que actualmente rige un Derecho Penal de Acto y no de autor, es necesario que las decisiones de culpabilidad o inocencia se adopten prescindiendo de las circunstancias personales del acusado, es decir, que las decisiones deben adoptarse únicamente sobre la base de las pruebas relacionadas con el delito y la responsabilidad.

3.- Considera Usted necesario que las pruebas sobre las condiciones personales del acusado y el análisis sobre la proporcionalidad de la pena debe darse sólo cuando el acusado ha sido declarado culpable de un delito.

Sí. Lo contrario implica que los jueces reciban el influjo de una gran carga de emociones, con lo cual se desvirtúa el Derecho Penal de Acto y se retoma el peligroso Derecho Penal de autor proscrito en un Estado Democrático, en donde tiene gran peso las condiciones personales del acusado, peor cuando este es reincidente.

4.- Será que el principio de proporcionalidad encuentra mayor garantía de vigencia en la imposición de la pena cuando se abre una instancia o escenario de debate independiente y posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

Así debe ser. La pena será más adecuada y justa en la medida que la misma se imponga tomando en cuenta la personalidad del acusado, aunque tomando también en cuenta la lesividad de la conducta.

5.- Qué opinión le merece la introducción de una reforma procesal que permita el tratamiento de la pena en una audiencia independiente posterior a la declaratoria de culpabilidad del acusado.

De preferencia una audiencia independiente en donde se incorporen pruebas y se debata sobre la personalidad del acusado. Sin embargo, pienso que bien podría tratarse al respecto al interior del mismo juicio oral, pero luego de que el juzgador decidió la culpabilidad del acusado. Diríamos para estar acorde con el principio de celeridad.

En todo caso, mi posición es que la pena sea tratada en una audiencia independiente.

6.- Tiene Usted algún conocimiento sobre el tratamiento del tema en la legislación comparada.

En Chile y Colombia.

7.- Puede Usted incluir una sugerencia de reforma procesal tendiente a que la cuantificación de las penas respondan verdaderamente a criterios de proporcionalidad y eficiencia.

Debe contemplarse en el Código de Procedimiento Penal la celebración de una audiencia posterior a la declaratoria de culpabilidad, con el único objetivo de tratar sobre los antecedentes y condiciones personales de quien ha sido declarado culpable de un delito.

La convocatoria tendría que hacerse al anunciar la declaratoria de culpabilidad y la audiencia tendría que llevarse dentro de los cinco días subsiguientes, a más tardar.

5.3. ESTUDIO DE CASOS.

Primer caso: Querella por injurias

Juzgado: Juez Cuarto de Garantías Penales.

Proceso: 002-2011

Fecha: 11 de Noviembre del 2011.

Antecedentes:

El señor Dr. Carlos Lenin Tandazo Román, deduciendo acusación privada en contra del señor Dr. Johann Danilo Arrobo Rodríguez; en dicha acusación dice: "...que el día 11 de noviembre del 2010, a eso de las 16h00, se enteró en los bajos del edificio de la H. Corte Provincial de Justicia de Loja, que funciona en la calle José Antonio Eguiguren , entre Bolívar y Sucre, de esta ciudad de Loja, estaba circulando el periódico Espejo, edición Nº 57, del mes de noviembre del 2010, el cual al ser

revisado se percató que contenía una serie de ofensas en contra del compareciente. Que en su página editorial, bajo responsabilidad del Dr. Danilo Arrobo Rodríguez, se publica un artículo intitulado: "¿Está empobrecida y envejecida de corrupción la Función Judicial?, en cuyo texto el responsable de dicho artículo, se refiere a su persona y lo acusa directamente de inmoral, "de trabajar con abogados propios", a quienes supuestamente favorece con sus fallos. Que lo señala como un juez "sin escrúpulos" y otras expresiones similares. Que transcribe a continuación la parte pertinente del artículo editorial que se refiere a su persona: "…determinados magistrados de la manera más inmoral e ilegal trabajan con abogados propios (¿Nos gustaría conocer qué opinan los doctores Capa y Tandazo al respecto?), y sólo a ellos los favorecen con sus sentencias, no debemos permitir que jueces sin escrúpulos denigren y hagan quedar mal a una serie de colegas, mientras le echan flores y recomiendas a tales o cuales "abogados" los que en algunos casos son sus parientes, hijas, compadres, amantes, maridos, etc.,…". Que las expresiones contenidas en el aludido artículo editorial, en lo que se refieren a su persona constituyen descrédito, deshonra y menosprecio en su perjuicio. Que se trata en este caso de una injuria no calumniosa grave, tipificada en los ordinales primero y tercero del Art. 490 del Código Penal, puesto que el acusado le está imputando falsamente falta de moralidad en el ejercicio de su cargo, en calidad de Juez Provincial de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de Loja; y, por tratarse de un medio de comunicación escrito que circula de manera pública en la ciudad

de Loja. Que es incuestionable que el ofensor al publicar semejantes expresiones injuriosas, no le anima el simple deseo de informar o de narrar hechos concretos, sino que prevalido de su condición de Director –propietario del periódico “Espejo”, se permite emitir juicios de valor, con el ánimo positivo, claro y deliberado de ofenderlo, denigrarlo, desprestigiarlo, afectar su honra y su buen nombre. Que hay en la conducta del querellado lo que la doctrina penal conoce con el nombre del “ánimusinjuriandi”.- Que con estos antecedentes acusa al señor Dr. Johann Danilo Arrobo Rodríguez, como autor y responsable del delito de injuria no calumniosa grave, tipificado en el inciso final del Art. 489 del Código Penal, en concordancia con los ordinales 1roy 3ro. del Art. 490 ibídem, a fin de que se le imponga el máximo de las penas de prisión y multa establecidas en la primera parte del Art. 495 del mismo cuerpo de leyes por cuanto la injuria ha sido inferida en una de las circunstancias del Art. 491 ibídem. Aceptada a trámite la acusación privada, y citado el encausado, éste comparece a fs. 35, por sus propios derechos, dando contestación a la querella y señalando casillero judicial para efecto de notificaciones.- A fs.40, obra la providencia en la que se concede a las partes el plazo de seis días, para que presenten sus pruebas documentales, soliciten los peritajes del caso y anuncien los testigos que deberán comparecer en su favor en la audiencia final. Cumplido dicho plazo, se ha señalado día y hora para que se lleve a efecto la aludida audiencia final; pasada la misma, el proceso ha llegado al estado de resolver, lo que para hacerlo se considera.

Para probar sus afirmaciones el querellante, en la audiencia final presenta la siguiente prueba: 3.1. El testimonio del Dr. Cornelio Germán Zhunaula Pérez, quien afirma: que en una edición del periódico “Espejo” se indica que el Dr. Tandazo como funcionario de la Corte de Justicia de Loja, en el ejercicio de sus funciones ha demostrado actos inmorales, los que atañen efectivamente a su integridad como ciudadano, como profesional del derecho y sobre todo como funcionario público. Al contestar a las preguntas del abogado defensor del querellante, responde: que es verdad que el periódico Espejo se lo vende en esta ciudad de Loja el mismo que circula de manera especial entre los funcionarios y empleados del Distrito Judicial de Loja, así como entre los abogados que ejercen la profesión en esta ciudad de Loja; al examinar el ejemplar Nº57 del periódico “Espejo” que se encuentra incorporado en autos (fs. 12 a 18), manifiesta que sí leyó el editorial que consta en la Pág.2, bajo el título: ¿Está empobrecida y envejecida de corrupción la función judicial?, que precisamente por ello se enteró que en la parte pertinente dice: “nos gustaría conocer qué opinan los doctores Capa y Tandazo al respecto, y en donde dice “Tandazo”, se refiere al Dr. Carlos Tandazo, que es el único de la función judicial de Loja que lleva ese apellido. Que además por comentarios de algunos colegas que ejercen la profesión, supone que todos los profesionales del derecho se enteraron de este asunto. Que las frases injuriosas que encontró en el mencionado editorial contra el Dr. Carlos Lenin Tandazo se refieren a que éste trabaja con abogados propios, de su confianza y que por ello les dicta resoluciones favorables referente a lo

laboral, niñez y adolescencia; y, que el Dr. Carlos Lenin Tandazo ha cumplido sus funciones como Juez, ya sea en calidad de miembro del Primer Tribunal de Garantías Penales de Loja y hoy como Ministro Juez de la Sala de la Niñez y Adolescencia, en las que siempre ha demostrado y demuestra responsabilidad en sus funciones por lo que jamás ha sido amonestado por sus superiores; que siempre ha sido limpio y ha servido de ejemplo para el resto de funcionarios de la Corte Provincial de Justicia de Loja.- Al ser repreguntado por el querellado Dr. Johann Danilo Arrobo Rodríguez, quien interviene por sus propios derechos, sobre si puede señalar ¿en qué parte del artículo en referencia se manifiestan los nombres de Carlos Lenin Tandazo Román?, responde que al referirse a la Corte Provincial de Justicia de Loja, en ésta no hay más personas de apellido Tandazo, él es el único.- 3.2. El testimonio del Dr. Antonio Israel Ruilova Sánchez, quien manifiesta: que en el mes de noviembre del 2010, en horas de la mañana, al dirigirse a sacar copias en la copiadora de la Corte, se encontró con algunas personas que hablaban, se reían y mofaban, viendo el periódico Espejo; que al comprar un ejemplar del mismo pudo leer un artículo en el que se atacaba a dos jueces de la Corte de Loja, especialmente a los doctores Capa y Tandazo, indicando que los mismos son inmorales, que trabajan con abogados propios, que dan trato desleal a los abogados en libre ejercicio e incluso de forma despectiva se les está imputando cierta inclinación sexual, ya que en el mismo artículo dice que trabajan con sus amantes, maridos, etc.; que esta situación lo dejó sorprendido.- Contestando a las preguntas formuladas por el

abogado defensor del querellante manifiesta: que es verdad que el periódico Espejo circula por la ciudad de Loja y que es vendido en diversos puntos de la misma y que es el mismo Dr. Arrobo el que hace llegar personalmente este periódico a la Corte. Que es verdad, que cuando leyó el editorial de la edición Nº 57 del periódico Espejo, cuyo ejemplar obra de fs. 12 a 18 del expediente, sí pudo identificar a quien se refiere dicho artículo, cuando menciona las palabras Dr. Tandazo; que claramente se puede determinar que se hace referencia al Dr. Carlos Lenin Tandazo Román, puesto que en dicho editorial se hace exclusiva referencia al Magistrado, al Juez, con lo cual se indica el cargo que el Dr. Tandazo ocupa en la Corte; debiendo aclarar que el único Juez que tiene apellido Tandazo en esta Corte, es el Dr. Carlos Lenin Tandazo Román. Que las expresiones ofensivas vertidas en el editorial de la referencia, en contra del Dr. Carlos Lenin Tandazo Román , se refieren a su inmoralidad e ilegalidad; que así mismo se hace referencia que el Dr. Carlos Tandazo trabaja con abogados propios y que sólo a ellos favorece con sus sentencias; que los abogados con los cuales trabaja o hecha flores son sus familiares, parientes, hijos, esposas, amantes o maridos, situaciones que son ofensivas; expresiones que constituyen desprestigio para el Dr. Carlos Lenin Tandazo, que afectan su honra y su buen nombre, puesto que éste es reconocido por ser un funcionario honesto, un caballero, en todo el sentido de la palabra, y expresiones de este tipo ponen en mal predicamento su nombre, su función y profesión.- Respondiendo a las preguntas formuladas por el querellado Dr. Danilo Arrobo Rodríguez,

responde: que si bien, en el editorial de la referencia no se dice los nombres de Carlos Lenin Tandazo Román, se hace referencia a su cargo de Juez, fácilmente se puede colegir que se trata del Dr. Carlos Tandazo, por ser el único Juez que tiene ese apellido.- 3.3. En la audiencia final, el querellante solicita que sean agregadas, reproducidas e incorporadas al proceso como prueba a su favor los documentos constantes de fs. 44 a 69 de los autos, a fin de que sean valorados conforme a derecho. Examinada esta documentación se establece: a) A fs. de 44 a 49, obra un ejemplar de la edición Nº 57 del periódico Espejo, de lugar y fecha: Loja, noviembre del 2010, en cuya foja 2 (fs.44vta.) obra un editorial, "por Danilo Arrobo Rodríguez", titulado ¿Está empobrecida y envejecida de corrupción la Función Judicial?; editorial en el que efectivamente se puede leer frases como: "…ya que determinados magistrados de la manera más inmoral e ilegal trabajan con abogados propios (¿nos gustaría conocer qué opinan los Dr. Capa y Tandazo al respecto?) y solo a ellos los favorecen con sus sentencias, no debemos permitir que jueces sin escrúpulos denigren y hagan quedar mal a una serie de colegas, mientras les echan flores y recomiendan a tales o cuales "abogados" los que en algunos casos son sus parientes, hijas, compadres, amantes, maridos, etc. ….".- Y, b) A fs. de 50 a 67, obran algunos certificados relativos a formación profesional, capacitación, funciones que cumple y desempeño de las mismas, de manera ética y honrada del hoy querellante Dr. Carlos Lenin Tandazo Román.

La prueba aportada por el procesado consiste: Que no tiene testigos; Que se tome en cuenta que no está individualizando a una persona en particular o en especial; Que no se cumple con lo que prescribe el numeral 3 del Art.55 del Código Penal; Que no se tipifica a una sola infracción sino varias; Que se tome en cuenta lo que dispone el numeral 3 del Art.21 del Código de Procedimiento Penal, no se puede seguir una causa por dos o más infracciones cometidas; Que se tome como prueba la disposición del Art. 77 de la Ley de Registro Civil del Ecuador, que dice que los nombres y apellidos que constan en el acta de inscripción de nacimiento de una persona son los que les corresponden y deben usarlos en todos sus actos de carácter público y privados; y, 4.3. Reproduce a su favor el periódico en donde consta el editorial y que está insertado en el proceso.-

Resolución.

De acuerdo al Juez, el querellado no ha justificado ninguna circunstancia atenuante, de manera que no cabe la reducción de la pena a imponerse en el presente caso, en previsión a lo dispuesto en el Art.73 del Código Penal.- Por las consideraciones expuestas, el Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Loja, "ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declarando procedente y con lugar la querella propuesta por el señor Dr. Carlos Lenin Tandazo Román, declara al querellado señor Dr. Johann Danilo Arrobo

Rodríguez, de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, abogado, domiciliado en la ciudad de Loja y con lugar de trabajo en su oficina ubicada en la calle José Antonio Eguiguren entre Bolívar y Sucre, frente al edificio del Palacio de Justicia de Loja, autor y responsable del delito de injuria no calumniosa grave, previsto en el inciso final del Art. 489 del Código Penal, en relación con el Art. 490 ordinales 1ro. y 3ro. Ibídem, sancionado con lo dispuesto en la primera parte del Art. 495 del mismo Cuerpo Legal, en circunstancias del inciso cuarto del Art. 491 ibídem; por lo que, se le impone, la pena de tres meses de prisión correccional, que la cumplirán en el Centro de Rehabilitación Social de esta ciudad de Loja, y multa de doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.-

Tramite en segunda instancia.

Las partes procesales recurrieron a la sentencia, en el sentido de que el acusador particular solicita el aumento de la pena y el acusado la aplicación de atenuantes para la rebaja de la pena. La Sala de lo Penal, al resolver la causa 858-10 dice que para materializar el principio de proporcionalidad, la pena debe humanizarse o individualizarse, es decir, adecuarse a las condiciones o circunstancias personales del acriminado, aparte de que la misma debe guardar también armonía en relación con la menor o mayor lesividad del acto mismo. Ya el mismo legislador permite que aún ejecutoriada la sentencia condenatoria se modifique en menos cumplidas determinadas condiciones o circunstancias personales, y hasta eliminarse por motivos humanitarios como ocurre con el indulto. Así, en

materia de tránsito se modifica en menos la pena cuando el condenado paga las indemnizaciones civiles; la pena de reclusión se transforme en prisión cuando el condenado cumple 65 años de edad (Art. 57 del Código Penal); las penas pueden reducirse hasta en un cincuenta por ciento conforme el Código de Ejecución de Penas; siendo estos, claros ejemplos de que el mismo Derecho Penal permite que las penas, sin perder su verdadero fin, se vayan ajustando a las condiciones personales del condenado, capaz de que la misma responda a criterios de proporcionalidad y eficiencia. Por eso que esta Sala ha considerado la posibilidad de aceptar en esta instancia prueba documental con tal que la misma se oriente a dicho fin y se someta al contradictorio, siendo esto y la obligación de garantizar la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, que llevó a este Tribunal a aceptar la prueba que presentó el acusado en el desarrollo de la audiencia oral, pública y contradictoria que se llevó a cabo para conocer y resolver sobre las apelaciones. Con dicha prueba justificó el acusado que no es reincidente (antecedentes penales de Juzgados y Tribunales Penales de la ciudad de Loja) y que ha observado una conducta ejemplar, como dicen los certificados otorgados por el Dr. Mario Armijos, por el concejal Dr. Patricio Valdivieso y por el Notario Dr. Stalin Alvear. Aparte de esto el mismo proceso penal revela que el acusado es un profesional del derecho, que se dedica a la actividad periodística y que es además Director del periódico Espejo; todo lo cual hace posible aceptar la concurrencia de las atenuantes previstas en los numerales 6 y 7 del Art. 29 del Código Penal y modificar la pena conforme

el Art. 73 ibídem, dado que no hay circunstancias agravantes como alega la acusación; pues, según el Art. 30 Ibídem, son circunstancias agravantes cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, y ocurre que en la especie el hecho de haberse dado la injuria por escrito (en donde el actor encuentra alarma social) es un medio ya tomado en cuenta para la fijación de la pena según en el Art. 491 del Código Penal, situación frente a la cual es aplicable el principio de la prohibición de la doble valoración. Luego, no es posible dejar en suspenso la pena al considerar que no concurren las condiciones materiales establecidas en el Art. 82 del Código Penal. Esto porque no hay constancia procesal que permita a este Tribunal formarse criterio sobre la personalidad integral del acriminado, a partir de la cual se pueda tener la garantía de que tiene la aptitud de asumir el compromiso de no reincidir, que es el alcance de la referida norma, más aún si de las certificaciones de antecedentes penales arrimados al proceso consta que esta es la tercera vez que enfrenta una querella por injurias. En efecto, refiriéndose al tema Eugenio Raúl Zaffaroni señala que “El fundamento político-penal de la condenación condicional consiste en el fin de evitar las penas cortas privativas de libertad, que suelen tener un efecto negativo sobre la personalidad de los autores primarios. De allí que se suponga que quien se beneficia con una condenación condicional debe ser un autor capaz de no cometer otro delito y, por consiguiente, apto para asumir el compromiso que ello implica ante un orden jurídico que, en atención a ese compromiso, se limita a condenarle en forma condicional. La capacidad moral, por ende, no hace

referencia a otra cosa que la capacidad del sujeto para asumir este compromiso, es decir, que no se trata de penetrar la conciencia del Sujeto para valorar su moral individual, sino simplemente, de ponderar su fortaleza moral como persona capaz o incapaz de asumir ante el derecho el compromiso de no volver a delinquir…" En todo caso, y aunque ya pueda resultar impertinente con lo dicho, esta Sala deja constancia que las alegaciones que hace el acusado en el sentido de que es un hombre público, de que se ha destacado en su vida estudiantil, política, periodística y profesional, por lo cual ha recibido reconocimientos público, han quedado como meros enunciados al no poderlos aceptar esta Sala como hechos notorios y públicos que son los exentos de prueba según la doctrina y nuestro Código Orgánico de la Función Judicial (Art. 27), dado que caracteriza a los primeros, en sentido amplio, el consenso general de su existencia en el tiempo y lugar en que se produce la decisión, que son distintos de los hechos de conocimiento personal del juez (que requieren de prueba), y en sentido restringido "cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado circulo social en el momento en que la decisión se pronuncia…", conforme la doctrina de Hugo Alsina (Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y comercial, págs.246 y s.), Giussepe Chiovenda (Instituciones de Derecho Procesal Civil, págs. 69 y s) y Roland Arazi (La Prueba en el Proceso Civil, págs.. 63 y s). En este contexto, y ya en el caso concreto, hecho notorio, en su alcance restringido, es que el accionado es abogado, pero no sus condiciones particulares relacionadas con su vida estudiantil, profesional y

personal. Igualmente, notorio es también que el accionante se desempeña como Juez en la Corte Provincial de Loja.- Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, esta Sala resuelve: 1).- Desechar la apelación del acusador Dr. Carlos Lenin Tandazo, en cuanto pretende el aumento de la pena; y 2). Aceptar en parte la apelación del acusado y modificar la sentencia impugnada fijando la pena en quince días de prisión correccional.

Comentario: En la presente acción se puede deducir que en la instancia superior el Juez tomo los siguientes aspectos esenciales para modificar la pena:

1. Modifican la pena por presentar documentos en audiencia de segunda instancia, que se relacionan con las condiciones personales del condenado.
2. Se debe ver para la pena que aunque haya sentencia ejecutoriada en tránsito, cuando se pague daños y perjuicios se puede reducir la pena. Personalidad del sentenciado.
3. CUANDO EL SENTENCIADO CUMPLE 65 AÑOS DE EDAD debe modificarse la pena, pese a encontrarse la sentencia ejecutoriada.
4. Como la pena debe ser adecuada a las condiciones personales del condenado, es que se hace posible que la misma se modifique aún

cuando la sentencia se encuentra ejecutoriada y que se acepte prueba de esa personalidad hasta en segunda instancia.

Segundo caso: Robo

Información General del Juicio

No. Causa: 2001-0058

Judicatura: TRIBUNAL SEGUNDO DE GARANTIAS PENALES

Acción/Delito: ROBO

Actor/Ofendido: VALAREZO GARCÍA PATRICIO

Demandado/Imputado: SÁNCHEZ MAZA DIEGO FERNANDO

Fiscal: DRA. LORGIA GONZÁLEZ JARAMILLO, FISCAL DE LOJA

Fecha: 14 de agosto de 2001

Antecedentes:

TRIBUNAL SEGUNDO DE LO PENAL DE LOJA.- Loja, treinta de octubre del año dos mil uno, las dos y treinta minutos de la tarde.

VISTOS: En el juzgado Primero de Penal de Loja, que por el resultado del sorteo respectivo le ha tocado conocer este enjuiciamiento, el señor Juez Encargado de dicha Judicatura, doctor Adolfo Moreno Sánchez, Juez Segundo de lo Penal de Loja, teniendo como base y fundamento la instrucción fiscal expedida por la doctora Lorgia González Jaramillo en su calidad de Agente Fiscal Distrital de Loja, ha llegado a su conocimiento por denuncia verbal formulada por el Ing. Patricio Valarezo García: Que el día 14 de agosto del año 2001, aproximadamente a las 17 H00, cuando el vehículo del mencionado Ing. Valarezo García, marca Chevrolet-Vitara, de placas Ocg-141, se ha encontrado parqueado en la calle Bernardo

Valdivieso , entre las calles Colón é Imbabura de esta ciudad, cantón y provincia de Loja, una persona que responde a los nombres y apellidos de Diego Fernando Sánchez, se ha acercado a dicho vehículo y rompiendo el vidrio lateral de la puerta derecha, se ha introducido en el mismo con el "ánimo" de llevarse los objetos que allí se encontraban entre los que se hallaban el equipo de sonido, en cuyos momentos ha sido sorprendido por militares que trabajaban en el Hospital Militar de esta ciudad, habiendo sido entregado a las autoridades de Policía. En el mismo auto, el señor Juez Encargado del Juzgado Primero de lo Penal de Loja, en base de lo dispuesto por el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, dicta auto de prisión preventiva en contra del imputado Diego Fernando Sánchez, girando la respectiva boleta de encarcelación para que se lo mantenga detenido a órdenes de dicho Juzgado.- Luego, el señor Juez Titular del Juzgado Primero de lo Penal ya enunciado, mediante auto de fjs. 44 del proceso, de fecha 2 de octubre del año 2001 en curso, por cuanto expresa que Agente Fiscal Distrital de Loja antes nombrada, en la etapa de Instrucción Fiscal, ha practicado todas las diligencias pertinentes en el plazo que le concede el Art. 223 del Código de Procedimiento Penal ya indicado y porque de autos se desprenden graves y fundadas presunciones sobre la existencia del delito de acción pública y sobre la participación del imputado Diego Fernando Sánchez en dicha infracción, acogiendo el dictamen emitido por la señora Agente Fiscal Distrital y hacienda uso de lo dispuesto por Art. 232 del mencionado Código de Procedimiento Penal, dicta el auto de llamamiento a jucio en contra del

imputado Diego Fernando Sánchez, por considera que en calidad e autor, ha quebrantado lo dispuesto por el Art. 550 de Código Penal, delito que es sancionado conforme lo dispone el Art. 551 del mismo Cuerpo de Leyes ya citado, en relación con los artículos 16 y 46 del indicado Código Sustantivo Penal; confirmando en consecuencia la prisión preventiva que pesa en su contra, cuyo imputado por encontrarse privado de su libertad, se encuentra a órdenes de dicho Juzgado en el Centro de Rehabilitación en Social de Loja. Se dispone además, la prohibición de enajenar los bienes del imputado en caso de tenerlos y que para tal efecto, se ordena notificar al señor Registrador de la Propiedad Cantonal de Loja, para que en forma gratuita y obligatoria, proceda a la inscripción de dicha orden cautelar.- Ejecutoriado el auto relacionado, por el resultado del sorteo correspondiente, toca a este Tribunal Segundo de lo Penal de Loja, el conocimiento y resolución de este juicio, habiéndose dado a esta etapa de la causa, el trámite legal que le corresponde hasta llegar al señalamiento del día y la hora para que se lleve a cabo la audiencia pública respectiva, diligencia que se verificó en horas de la mañana del día de hoy conforme consta del acta respectiva; y, por agotado el procedimiento, es tiempo de expedir la sentencia que conviene a esta causa, pero previamente a pronunciarla, se hacen los siguientes considerandos: PRIMERO.- Declárase expresamente la validez de todo lo actuado, porque en la tramitación del proceso, no se advierte omisión de solemnidad sustancial alguna que pueda influir en su decisión.- SEGUNDO.- La existencia material de la infracción delictiva que se Juzga, se demuestra en autos

mediante la prueba practicada en el desarrollo de la audiencia pública por petición fiscal formulada ante el Tribunal en su exposición respectiva, ratificando de este modo a lo solicitado en sus peticiones constantes a fjs. 56 y 57 de autos, prueba consistente en lo siguiente: a).- Con la recepción de las declaraciones de las testigos: Susana del Carmen Ortega Hurtado y Odalis Maritza Villacréz Maurad, que manifiestan que el vehículo de las características señaladas en el juicio, es de propiedad del Ing. Patricio Valarezo García, se ha probado la propiedad y preexistencia de dicho automotor conforme lo prescribe el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal; y b).- Igualmente, mediante el informe pericial constante a fjs. 72 del proceso, emitido por el perito Horacio Eugenio Rivera, se ha demostrado que los daños causados al vehículo singularizado: como el tocacintas, el cabezote destrozado totalmente, el vidrio de la puerta derecha roto, existiendo dentro de la cabina vestigios de vidrio; ascendiendo el valor de esos daños a la suma trescientos dólares americanos.- TERCERO.- En orden a establecer la autoría y responsabilidad penal del imputado Diego Fernando Sánchez Maza en el cometimiento de delito que se juzga, se ha receptado la siguiente prueba testimonial, comenzando por el testimonio rendido por el ofendido Ing. Patricio Valarezo García, quien dice: Que el día 14 de agosto de 2001, en horas de la tarde dejo estacionado a su vehículo en la calle Bernardo Valdivieso entre las calles Colón e Imbabura y que cuando desarrollaba sus labores habituales en su oficina, como a las cinco de la tarde recibió una llamada telefónica indicándole que le habían robado su carro y que la

Policía esta custodiando a ese vehículo, trasladándose enseguida al lugar del hecho y observó que el vidrio de la puerta derecha de su carro estaba destrozado, habiendo despedazado el cerebro y parte del interior, indicándole la Policía que lo tenía preso al autor del hecho dándole sus nombres indicándole que haga la denuncia respectiva; señalando que la persona que se encuentra aquí en la audiencia es la misma que fue detenida en el día de los hechos; indicando además, que el cerebro del equipo de su carro era marca Pioner y que el que se le presenta en este momento no es suyo. (el subrayado es mío) Que la Policía le informo que en el momento de la detención parece que hubo otra persona en el cometimiento del robo y que posiblemente se había robado otro vehículo marca Chevrolet-Vitara de propiedad del Ing. Marín y que posiblemente el cerebro podía ser de ese carro. En ese momento se hace constar la entrega de la evidencia consistente en una funda negra on números 330-2001-9-4, A-P-D-L y en su interior un cargador de radio de color negro sin marca.- El testigo Horacio Eugenio Rivera Salazar, de profesión mecánico, dice que por esta razón realizó el peritaje del vehículo en las calles Rocafuerte y Sucre, de propiedad del señor Valarezo y que después elaboró el informe y que es el mismo que se le pone a la vista, ratificándose en el informe y que la firma que allí consta es suya. En relación a las preguntas que le hace el defensor del imputado, dice: que el valor que ha puesto sobre los daños objeto del peritaje del vehículo solamente es estimativo y no real.- La testigo Bequi del Cisne Fernandez Álvarez, dice que ella presencio el hecho cuando la persona regresaba a

robar cuando el vidrio ya se encontraba roto, habiendo llegado uno de los policías de la Metropolitana, el que le preguntó que si ese vehículo era de ella al que un joven que caminaba hacia abajo “lo acabó de romper” y que el policía se fue sin hacer nada pese al hecho que la deponente le dijo que lo coja. Indica la que declara que el mencionado joven bajaba pero no de frente y que dio temor, regresando a su negocio. Que luego, con una señora que vende caramelos llamaron al Hospital Militar porque el antedicho “joven” después de unos cinco minutos estaba abriendo las puertas del carro y allí, los señores del Hospital lo cogieron, pero indica la testigo que de frente no lo vio, porque insiste que le dio temor.- A continuación, el testigo Teniente de Policía Edgar Pablo Moreno Suárez, expresa que sí conoce al acusado, relatando que en el día de los hechos, a las 16H30, aproximadamente, encontrándose de patrullaje, atendiendo a una llamada telefónica que se le hizo, acudió al lugar de os hechos, en el mismo que personal militar le entregó al detenido por haber destruido la ventana de un vehículo que había estado estacionado en la calle Bernardo Valdivieso y que también se le entregó un cerebro que supuestamente había sido sustraído de ese vehículo en cuyas circunstancias conoció al imputado, señalando que la ventana de la puerta derecha del carro se encontraba “desintegrada” y que los marcos del equipo de música habían sido desalojados; elaborando luego el informe o parte policial correspondiente en el mismo que se ratifica. Expresa el deponente que el no detuvo al acusado porque éste ya había sido detenido por el personal militar y que personas del lugar de los

hechos dijeron que habían visto al detenido sustrayéndose del vehículo Vitara el cerebro del radio.- Dejase expresa constancia que conforme consta del acta de audiencia respectiva, el acusado Sánchez Maza, se abstuvo de rendir su testimonio ante el Tribunal.- CUARTO.- De análisis pormenorizado de la prueba aportada en autos, se llega a la conclusión lógica e inobjetable que el acusado Diego Fernando Sánchez Maza, es autor, en el grado de tentativa, del robo de objetos y concretamente, del cerebro del vehículo de propiedad del Ing. Patricio Valarezo García; para cuya finalidad como se ha demostrado con la prueba correspondiente, Sánchez Maza procedió a la rotura del vidrio de la ventana de la puerta derecha del vehículo y como lo afirma el ofendido, el acusado había despedazado el cerebro y parte interior del vehículo, en cuyas circunstancia había sido detenido por militares y entregado luego a la Policía. Es decir, la declaración o testimonio rendido por el Ing. Valarezo García, se encuentra ampliamente corroborado mediante la prueba testificada, receptada en la audiencia pública ya indicada. Por dicha razón, la Agente Fiscal Distrital de Loja, doctora Lorgia González, en su alegato respectivo, manifestó que con las pruebas actuales en dicha diligencia de audiencia pública, sea demostrado tanto la propiedad y preexistencia del vehículo de propiedad del Ing. Valarezo García como dispone el Art. 106 del Código de Procedimiento Penal; así como los daños causados por el acusado conforme se establecen en el reconocimiento y avalúo realizados pericialmente; y que en cuanto a la responsabilidad del acusado, con las declaraciones receptadas en la

misma diligencia, se ha probado que el acusado Sánchez Maza, es autor del delito flagrante y que en esas circunstancias, cualquiera persona puede detener y entregar al autor de dicho delito a las autoridades de Policía Nacional y que por lo mismo, el Teniente Moreno ha obrado legalmente. Que por lo tanto por encontrarse establecida la responsabilidad penal del acusado, pide que sea sancionado conforme lo dispone el Art. 550 del Código Penal y Art. 551 del mismo Código, en relación con los artículos 46 y 16 del mismo Cuerpo de Leyes indicado "toda vez que el equipo de sonido o fue totalmente destruido".- La defensa del acusado manifestó que no se ha probado de manera plena y absoluta el cometimiento del delito y la responsabilidad del acusado. Que es verdad que se ha probado el cometimiento de ese delito en el presente caso, pero que no hay ningún indicio de responsabilidad del acusado Sánchez Maza, en mismo caso, puesto que el ofendido Valarezo García manifiesta que no vio al acusado cometer el delito y que solo lo cuando estuvo en el patrullero. Que tampoco fue reconocido por la testigo Beki Fernández, y que el Teniente Moreno no es más que un testigo referencial, porque a él le entregaron al detenido otras personas que por tanto no se trata de un delito flagrante, Que tampoco fue reconocido por la testigo Beki Fernández Que por lo mismo no hay tentativa alguna por la se lo acusa y que debe ser absuelto. Que subsidiariamente se tenga en cuenta las atenuantes a favor del acusado para dictar sentencia.- La Fiscalía haciendo uso de la réplica, se ratificó en su acusación contra Sánchez Maza, indicando que se tenga en cuenta los antecedentes

penales que obran contra éste en el proceso, señalando además que es reincidente.

Resolución

QUINTO.- Por todo lo expuesto, el Tribunal tiene la certeza de que el acusado Diego Fernando Sánchez Maza, ha cometido el delito de robo, en el grado de tentativa, al tratar de sustraerse el “cerebro” que es parte del equipo de sonido del vehículo de propiedad el Ing. Patricio Valarezo García; infracción punible tipificada en el Art. 550 del Código Penal, que es sancionado conforme lo prescribe el Art. 551 del Cuerpo de Leyes antes citado, en relación con lo que disponen los artículos 16 y 49 del mencionado Código Penal Sustantivo, pudiendo hacerse las modificaciones respectivas que la Ley permite.-SEXTO.- Revisados los certificados conferidos por los Tribunales y Juzgados de lo Penal de Loja, se advierte que el acusado Sánchez Maza no es reincidente, aunque se observa de dichos certificados, tiene en su contra el aludido acusado una conducta nada recomendable; sin que existan en su favor circunstancias atenuantes que puedan modificar la pena a imponerse. Al efecto, a fjs. 55 de autos se indica que la conducta de Sánchez Maza es muy buena y no Ejemplar como lo exije el Art. 29, caso 6 del Código Penal.- Por lo considerando expuestos, el Tribunal Segundo de lo Penal de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara al acusado Diego Fernando Sánchez Maza, cuya edad y más datos personales no aparecen de autos puesto que se negó a rendir su testimonio, autor, en el grado de tentativa y

responsable del delito de robo tipificado en el Art. 550 del Código Penal; imponiéndole por lo mismo la pena de seis meses de prisión correccional con arreglo a lo que dispone el Art. 551 del mismo Código Penal invocado. La pena impuesta corresponde a dos tercios contemplados en el Art. 46 del mencionado Código; pena que la pagará en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Loja, debiendo descontarse todo el tiempo que por esta misma causa estuviese privado de su libertad.- Téngase en contra del acusado lo que dispone el Art. 60 del Código Penal tantas veces enunciado.- En que atañe a la evidencia aprehendida según consta de autos, la misma será entregada a la persona que en la forma legal acredite su propiedad.- Hágase Saber.

Comentario

Como se puede observar en el caso expuesto, se dicta una pena de seis meses por robo en el grado de tentativa, pese a que existen las siguientes pruebas:

1.- El ofendido Valarezo García manifiesta que no vio al acusado cometer el delito y que solo lo vio cuando estuvo en el patrullero.

2.- Que tampoco fue reconocido por la testigo Beki Fernández

3.- Que el ofendido Ing. Valarezo García dice que el equipo de él, es de marca Pioner, y que no es el que se está indicando.

Esto último, era fundamental para que el acusado sea absuelto, puesto que la evidencia encontrada, correspondía a un delito, pero al caso al delito por cual se lo estaba juzgando, es más el defensor hace notar todas

estas pruebas al Tribunal, sin embargo al momento de administrar justicia, pesaron más los antecedentes penales que tenía el acusado y que fueron presentados por la fiscalía, que el hecho mismo de considerar si era o no culpable del delito que se le imputaba.

6.- DISCUSIÓN

6.1.- VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Luego de haber desarrollo los aspectos relacionado con la revisión de literatura, materiales y métodos y los resultados, como parte integrante de la tesis, me corresponde ingresar a la verificación de los objetivos generales y específicos:

OBJETIVO GENERAL

"***Realizar un estudio del juzgamiento penal y de la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena al culpable de un delito***"

Con respecto a este objetivo general debo manifestar que la amplia doctrina, el marco jurídico y la investigación de campo me permitieron evidenciar que el sistema procesal penal ecuatoriano, por mandato constitucional es oral, público, contradictorio de partes, que pretende atender las demandas de justicia penal acorde al nuevo milenio. El procedimiento penal es derecho constitucional aplicado que propugna por mantener equilibrio entre los fines de la justicia, la garantía de los derechos fundamentales, que se desarrolla en una serie de etapas procesales ordenadas de manera lógica y coherente, cumpliendo procedimientos encaminados a observar el debido proceso para administrar justicia. En la audiencia de juzgamiento penal las partes exponen las pruebas de cargo y de descargo que servirán de sustento

para confirmar la inocencia o declarar la culpabilidad del acusado, sin embargo al momento de emitir el Tribunal de Garantías Penales una sentencia condenatoria, la imposición de la pena se la gradúa en ese mismo momento, bajo criterios subjetivos de los jueces que no permite efectuar una adecuada imposición de la pena que afecta en si al principio de proporcionalidad; por ello, en muchas de las ocasiones las partes recurren a apelaciones para que los jueces de instancias superiores tomen en cuenta algunas circunstancias que atenúan la pena o en que su defecto la vuelven humanitaria y no cruel.

Inclusive en la preguntas uno y dos de la encuesta, que fueron objeto de indagación empírica, mencionaron los entrevistados que efectivamente la aplicación del principio de proporcionalidad en la adecuación de la pena no se encuentra cumplida plenamente por los jueces de garantías penales, por lo que existe una clara incidencia de aplicar penas no adecuadas a las condiciones o circunstancias personales del condenado. Es más, se pronunciaron en el sentido de que el tratamiento de la personalidad del acusado en el juicio oral puede incidir poderosamente en la absolución o condena, con grave riesgo de mantener vivo un Derecho Penal de Autor ya proscrito en los Estados democráticos, es decir una declaratoria de culpabilidad por los antecedentes o personalidad delictiva del acusado y no por lo que hizo o dejo de hacer que es lo que se debe tenerse en cuenta en el Derecho Penal de Acto.

Por lo tanto, mi objetivo se encuentra plenamente verificado de forma positiva.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

"*Analizar la normatividad y las características de la audiencia de juzgamiento en el proceso penal, los principios y fines que garantiza*"

Con respecto a este objetivo general debo manifestar que la amplia doctrina y el marco jurídico me permitieron evidenciar que actualmente dentro del sistema acusatorio oral, para el juzgamiento de cualquier delito de acción pública, existe una audiencia ante el Tribunal de Garantías Penales, en donde se introduce las pruebas de cargo por parte de la Fiscalía en contra del acusado; se ejerce el derecho a la defensa mediante la contradicción; permite a las partes exponer cómo acontecieron los hechos, interrogar, contra interrogar a los testigos, peritos y presentar documentos en general, haciendo conocer al Tribunal Penal la verdad sobre la teoría del caso y los antecedentes y condiciones del acusado; quienes luego de una breve deliberación confirman la inocencia o declaran la culpabilidad del acusado, estableciendo su grado de participación en el cometimiento del delito por el que se está siendo juzgando; luego dictan sentencia escrita imponiendo la pena. Por lo que mi objetivo se encuentra plenamente verificado de forma positiva.

"***Estudiar la individualización y humanización de la pena, para armonizar con el principio de proporcionalidad de la pena garantizado en la Constitución de la República***"

Sobre este objetivo debo manifestar que el amplio estudio desarrollado me permitió determinar que la individualización de la pena coincide con las corrientes doctrinarias como el minimalismo penal que buscan a través de la pena, aplicar sanciones humanas y alternativas que no impliquen obligadamente la privación de la libertad sino otras penas que coadyuven a un verdadera rehabilitación de la personas sentenciada; pero en el caso de la individualización de penas en delitos graves, la finalidad central es la imposición de penas leves que no signifiquen una actividad deshumanizante. Por lo que mi objetivo se encuentra plenamente verificado de forma positiva.

"***Determinar los problemas jurídicos- sociales, que se producen por la falta de una audiencia de individualización de la pena***"

Con respecto a este objetivo, en las respuestas dadas a las preguntas 4, 5, 6 de la encuesta y 3 de la entrevista me permitieron determinar que los problemas comunes que se producen por la falta de una audiencia de individualización de la pena son: Mala aplicación del principio de proporcionalidad, inaplicación del principio de proporcionalidad, inexistencia de normativa sustantiva penal, inexistencia de normativa adjetiva penal, falta de sustento constitucional; y, inexistencia de un momento procesal específico para el tratamiento de la pena que conllevan

a la no aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las. Por lo que mi objetivo se encuentra plenamente verificado de forma positiva.

6.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el presente trabajo investigativo, la hipótesis planteada para la contrastación científica es:

"***El procedimiento del juicio oral, no garantiza una decisión fundada únicamente en razones (hechos probados), ni la efectiva vigencia del Principio de proporcionalidad en la imposición de la pena al culpable de un delito***"

Con respecto a la hipótesis debo manifestar que las respuestas dadas a las preguntas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 de la encuesta, y 1, 2, 3, 4, 5, 6 de la entrevista, permitieron corroborar que en la etapa de juzgamiento se aportan elementos probatorios que hacen relación al delito y a la responsabilidad, pero también a los antecedentes y condiciones personales del acusado, que es precisamente en donde se vislumbra una de las tantas debilidades de nuestro sistema procesal penal. Esto, porque la introducción de dichas pruebas genera el poderoso riesgo de que la decisión del juzgador (de absolución o condena) no se sustente únicamente en razones como debe ser, sobre la base los hechos probados, sino también en emociones positivas o negativas sobre la personalidad del acusado, que no tiene cabida en un Derecho Penal de

Acto y más concretamente en un Estado Democrático como el nuestro. Las mismas respuestas han permitido determinar que el tratamiento de la pena al interior del mismo juicio oral, no permite la adecuación correcta de la pena o que la misma responda a criterios de proporcionalidad y eficiencia en relación a las condiciones personales del acusado; es decir, no permite su individualización o humanización. Por manera que mi hipótesis se encuentra comprobada positivamente.

6.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO.

En el sistema procesal acusatorio penal ecuatoriano existen cuatro etapas. La tercera es la del juicio, la cual se sustancia ante el Tribunal de Garantías Penales. En la audiencia de juzgamiento, el delito objeto del juicio se encuentra determinado en el auto de llamamiento a juicio. Mediante la práctica de los adecuados medios de prueba, de acuerdo a la naturaleza y características del caso, el fiscal deberá probar que el acto que se atribuye es típico, antijurídico, culpable y punible. En etapa de juicio el fiscal, acusador particular y defensor están en la obligación de comprobar la teoría penal de caso que se formule ante el Tribunal de Garantías Penales para que de acuerdo a sus alegaciones de sancione o se declare inocente a una persona.

En el presente caso, lo que más me interesa es hablar de la imposición de las penas a las personas que han sido declaradas culpables de haber cometido un delito previsto como tal en nuestra ley penal.

El fundamento político y constitucional del iuspuniendi es el propio de una república, constitucional, democrática y social de derechos que de acuerdo al Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador ha puesto en vigencia un sistema garantista que incide en todos los materias del derecho, en especial en materia penal, por ello, se han establecido en la Constitución como límites al *iuspuniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad.

Los principios de legalidad, taxatividad y prohibición de extractividad de la ley penal, prohibición de la analogía, debido proceso legal, juez natural y prohibición de doble incriminación, ya aparecen plasmados en la norma fundamental.

La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben de admitirse penas, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:

La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.

La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

En este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Hay que distinguir dos exigencias:

1.- La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada.

2.- La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho.

La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad. De este modo, el derecho penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico

El principio de proporcionalidad de las penas se encuentra plasmado en el numeral 6 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador opera tanto en el momento de creación del derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena, por lo cual, es necesario que para que exista esta proporcionalidad, se incorpore en el sistema penal la individualización de la pena como mecanismo jurídico que permita que los juzgadores impongan la pena tomando en cuenta la personalidad del

infractor, de su medio social así como las circunstancias atenuantes y agravantes que modifiquen la pena.

La individualización de la pena en definitiva permite limitar las actuaciones de los jueces, cuando estos actúan de forma irracional aplicando penas que desproporcionales, por lo tanto, constituye un excelente sistema de protección de los derechos humanos, en cuanto, a la búsqueda de constituir al sistema penal en un sistema humanitario.

SEGUNDA SECCIÓN
SINTESÍS DE LA INVESTIGACIÓN

7.- CONCLUSIONES

Luego de haber realizado la presente investigación como parte concluyente presento las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El delito es una construcción social que de conformidad con el desarrollo de la dogmática penal viene a constituir una conducta (acción u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible.

SEGUNDA: La pena es considerada como un castigo para aquellas personas, cuya conducta se adecua al tipo penal previsto en la ley.

TERCERA: La pena tiene como función la rehabilitación y resocialización del infractor y es la base del sistema punitivo del Ecuador

CUARTA: Los Jueces y Tribunales de Garantías Penales del Ecuador, al emitir sus sentencias condenatorias vienen haciendo una mala aplicación de principio de proporcionalidad, puesto que imponen penas inhumanas y desproporcionadas.

QUINTO: La individualización de la pena es una figura jurídica del derecho penal que tiende a imponer la obligación de los juzgadores de emitir las penas en una audiencia independiente, en la cual, se debe observar la personalidad del autor, su medio social y todas las circunstancias que modifiquen las penas.

SEXTO: La individualización de la pena está considerada dentro de la doctrina como una teoría que pertenece al sistema penal de autor.

SEPTIMO: En un estado constitucionalista como el de Ecuador, la individualización de la pena debe ser aplicada como mecanismo de protección de los bienes jurídicos, pero bajo la misión de equilibrar los derechos de las personas que incurren en una infracción y de las personas que son afectadas por la violación de los derechos.

OCTAVO: La individualización de la pena debe ser considerada como una forma de cumplir con los requisitos de rehabilitación de la persona, bajo parámetros de humanización de la pena.

8.- RECOMENDACIONES

Luego de haber citado las conclusiones a las que arribado en la presente tesis, presento las recomendaciones necesarias para la inclusión de la individualización de la pena en el Ecuador:

PRIMERO: El Ministerio de Justicia del Ecuador debe realizar una investigación institucional a nivel del sistema de justicia para determinar si los jueces al momento de imponer las diferentes sanciones han actuado apegados al principio de proporcionalidad.

SEGUNDO: El Consejo de la Judicatura del Ecuador debe instruir a los jueces de garantías penales con la finalidad que reciban la formación necesaria para la imposición de penas que cumplan con los principios de proporcionalidad y humanización de la penas.

TERCERO: La Defensoría del Pueblo debe efectuar un seminario nacional, en la cual, se adopten medidas urgentes para garantizar a las personas procesadas su derecho a recibir una pena alternativa o leve.

CUARTA: Las Comisiones de Derechos Humanos del Ecuador deben formular un proyecto de reforma tendiente a garantizar que se incorpore la individualización de la pena en el Ecuador.

QUINTA: Las carreras de Derecho del Ecuador junto al nivel de postgrado de cada centro de educación superior deben elaborar una propuesta

doctrinaria y jurídica que permita explicar y determinar los beneficios que tiene la figura jurídica de la individualización de las penas.

SEXTA: Finalmente propongo a la Asamblea Nacional que a través de una reforma al Código Penal se incorpore a la individualización de la pena como una alternativa para la determinación de la pena.

9.- PROPUESTA DE REFORMA

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando:

Que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos, en la cual, los derechos de los ciudadanos deben primar por encima de cualquier tipo de acción que afecte su aplicación

Que el sistema penal oral acusatorio ecuatoriano debe tener como finalidad la aplicación de derecho penal de mínima intervención en la cual se garantice la adecuada aplicación del principio de proporcionalidad al imponer las sanciones pertinentes a los infractores.

Que la individualización de la pena es una figura jurídica del derecho penal que permite una correcta aplicación del principio de proporcionalidad.

Que la individualización de la pena tiene como finalidad cumplir con el principio de humanización de las penas privativas de libertad.

En uso de sus atribuciones previstas en el numeral 6 del Art.120 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Art. 1.- Después del Art. 319 del Código de Procedimiento Penal, agréguese el siguiente capítulo:

CAPITULO V.1

DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Art. innumerado 1.- La individualización de la pena procederá únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos de acción pública
2. Cuando se trate de delitos de acción privada.

Art. innumerado 2.- La individualización de la pena se emitirá en una audiencia independiente, luego de que el Juez y el Tribunal de Garantías Penales hayan encontrado culpable al acusado de los cargos imputados por la fiscalía.

Art. innumerado 3.- La individualización de la pena será convocada a los 5 días de que el Juez y el Tribunal de Garantías Penales hayan emitido resolución condenatoria en contra del acusado.

Art. innumerado 4.- En la audiencia oral pública de individualización de la pena, la jueza y el juez si lo cree conveniente, permitirá que el fiscal, el acusador particular y el defensor aleguen sobre las pruebas aportadas que permitan determinar lo siguiente:

1.- La personalidad del infractor en su familia y en su entorno social.

2.- Las circunstancias atenuantes

3.- las circunstancias agravantes.

Art. innumerado5.- Luego de efectuada la audiencia de individualización de la pena, el juez y Tribunal de Garantías Penales, en el plazo de dos días emitirá su resolución, determinando la pena que se impondrá al infractor.

Articulo Final. Esta Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los…. del ano…..

Presidente de la Asamblea Secretario General

10.- BIBLIOGRAFÍA

1) ARENAL Concepción. ¿Qué debe hacerse con los incorregibles?. Anuario y Revista de legislación y jurisprudencia. Año VIII. Edi. Macedo y Castillo Editores. México. 1981

2) CALON Cuello Eugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. México D. F. 1998

3) 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 al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992

4) CALLE Campoverde Libia Elizabeth. La Penas y sus Finalidad en el Sistema Punitivo. Edición Aztra. Uruguay. 2000

5) CARRARA, Francesco, "Opúsculos del Derecho Criminal", Ed. Temis, Bogotá, 1976

6) CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Ediciones Legales. Quito – Ecuador. Pág. 34

7) CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Actualizado a marzo del 2010.

8) CODIGO PENAL DE COLOMBIA. Versión digital. w*ww.ciencias**penales**.org/REVISTA%2006/issa06.htm*

9) CODIGO PROCESAL PENAL DEL ESTADO DE DURANGO. http://www.congresodurango.gob.mx/Leyes/CODIGO_PROCESAL_PENAL.pdf

10) GACETA JUDICIAL, S.XIV, No. 13, p. 3074, 27-I-1987.

11) GUZMÁN Lara Aníbal. Diccionario Enciclopédico de Derecho Penal Ecuatoriano

12) HASSEL Guillermo Facultad de Abogacía, sede Posadas, de la Universidad Católica de Santa Fe.

13) JAKOBS, Gunther, Nuevo Concepto de Derecho Penal, Tomo II, Universidad Autónoma de Madrid,

14) JIMENEZ de Asúa Jiménez Luis. Teoría Jurídica del Delito. Editorial UNC. Buenos Aires – Argentina. 1978

15) LA PENA. http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/cervantes_r_l/capitulo3.pdf

16) LEY PROCESAL PENAL DE COSTA RICA. Versión digital.

17) MANTILLA Segovia Luis Armando. Curso de Derecho Penal Argentino. Ediciones UBA. Buenos Aires – Argentina. 2000

18) MAIER, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal. I Fundamentos”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 602

19) ORRELANA Wiarco Octavio Alberto. La Individualización de la Pena de Prisión. Editorial Porrua. México D.f. 2003

20) PRONTUARIO DE RESOLUCIONES JUDICIALES, Tomo 1, pág. 280, 6-IV-1988

21) SOLER Miguel Estanlisnao. Manual de Derecho Penal Argentino. Ediciones BM. Buenos Aires – Argentina. 1999

22) Versión electrónica. Clasificación de las penas. www.derecho.com

23) **Véase, referiendo esta teoría, Roxin, StrafzumessugimLichtedeiStrafzweeke, FestgabefürSchufz, Berna, 1977, pág. 463 y ss. (La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena, trad. Muñiz Conde Conde, Culpabilidad y Prevención … cit. Págs. 93 y ss)**

24) ZAFFARONI Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. UBA. Buenos Aires – Argentina. CARRARA Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I. Editorial Temis, Bogotá . Colombia 1999

25) Zaffaroni, Eugenio R., “Derecho Pernal: Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002.

26) ZAVALA Baquerizo, Jorge “La pena” 1985. versión digital

ÍNDICE

Portada I

Autorización II

Declaratoria de autoría III

Agradecimiento IV

Dedicatoria V

Tabla de contenidos VI

Resumen IX

Abstrac XI

Introducción XII

REVISIÓN DE LITERATURA 1

MARCO CONCEPTUAL 1

Breves conceptualizaciones y características del delito 1

Conceptos 1

Características del delito 6

Breves consideraciones de la pena 13

Breve clasificación de las penas 14

MARCO DOCTRINARIO 20

Funciones y finalidades la pena 20

Finalidades 20

Funciones de la pena 27

Teorías y doctrinas sobre la individualización de la pena 30

MARCO JURIDICO 37

Principios y derechos constitucionales de la pena en el Ecuador 37

Las penas en el código penal 39

LEGISLACIÓN COMPARADA 53

LegislaciónColombiana 53

Legislación de Costa Rica 55

Legislación del Gobierno de Durango, perteneciente a la República de México 56

MATERIALES Y MÉTODOS 59

Materiales 59

Métodos 60

RESULTADOS 62

Presentación, interpretación y análisis de los resultados de la aplicación de las encuestas 62

Presentación de las entrevistas 78

Estudio de Casos 87

DISCUSIÓN 111

Verificación de Objetivos 111

Contrastación de Hipótesis 115

Fundamentación de la propuesta jurídica de Reforma 116

CONCLUSIONES 120

RECOMENDACIONES 122

PROPUESTA JURÍDICA 124

BIBLIOGRAFÍA 127

ÍNDICE 130

ANEXOS 133

ANEXOS

ANEXO 1: FORMATO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

Me encuentro realizando mi Tesis titulada “INDIVIDUALIZAR LA PENA: UNA NECESIDAD PROCESAL ECUATORIANA”, previo a la obtención del título de Msg. en Ciencias Penales; motivo por el cual me dirijo a usted para solicitar, de la manera más comedida, mediante la presente encuesta, su valioso aporte y criterio jurídico respecto de la temática propuesta, lo que me servirá para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

ENCUESTA

1.- Su intervención en un proceso penal y más concretamente en la etapa de juicio ha sido generalmente como:

Fiscal ( )

Juez ( )

Acusador Particular ( )

Defensor ( )

2.- ¿Considera usted que los jueces de garantías penales al dictar sentencia aplican el principio de proporcionalidad en la imposición de las penas?

SI ( ) NO ( )

Porque:……
……
……
……
……

3.- *¿Considera Usted que la incorporación de prueba (en la audiencia de juzgamiento) sobre las circunstancias personales del acusado (negativas o positivas) inciden en los Jueces al momento de adoptar la sentencia?*

SI ( ) NO ( )

Porque:……
……

……
……
……

4.- *¿Considera usted que en nuestro Sistema de Procedimiento Penal, especialmente la fase del juicio, permite a los Jueces la imposición de las penas acorde a las circunstancias personales del acusado?*

SI ( ) NO ( )

Porque:……
……
……
……
……

5.- *¿Considera Usted que la decisión que adoptan los juzgadores, declarando la culpabilidad o ratificando la inocencia del acusado, debe darse sin el conocimiento previo de sus condiciones o circunstancias personales, a fin de que la misma sea objetiva*?

SI ( ) NO ( )

Porque:……

……

……

……

……

6.- *Señale con una X, cuáles de las siguientes razones impiden la individualización y humanización de las penas acorde con las circunstancias personales del acusado*

a) Mala aplicación del principio de proporcionalidad ( )

b) Inaplicación del principio de proporcionalidad ( )

c) Inexistencia de normativa sustantiva penal ( )

d) Inexistencia de normativa adjetiva penal ( )

e) Sustento Constitucional ( )

f) Inexistencia de un momento procesal específico para el

Tratamiento de la pena ( )

g) Otros ( )

Señale……

……

……

……

7.- *¿Considera usted que la falta de un momento procesal, incide en la individualización de la pena?*

SI ( ) NO ( )

Explique……
……
……
……

8.- *¿Considera usted que el tratamiento de la pena debe darse en un momento procesal específico para tal efecto?*

SI ( ) NO ( )

Porque:……
……
……
……

9) *Si respondió afirmativamente a la pregunta anterior, sugiera usted, de las siguientes opciones, cuál sería ese momento procesal oportuno?*

a) Al interior de misma audiencia de juzgamiento, cuando se presentan los alegatos inicial y de cierre y las correspondientes pruebas ( )

b) Luego de que el Tribunal anuncia la decisión declarando la culpabilidad del acusado, pero en la misma audiencia. ( )

c) En una audiencia independiente, posterior a la declaratoria de culpabilidad ( )

Gracias por su colaboración

ANEXO 2: FORMATO DE ENTREVISTA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

NIVEL DE POSTGRADO

MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES

Me encuentro realizando mi Tesis titulada “INDIVIDUALIZAR LA PENA: UNA NECESIDAD PROCESAL ECUATORIANA”, previo a la obtención del título de Msg. en Ciencias Penales; motivo por el cual me dirijo a usted para solicitarle de la manera más comedida mediante la presente entrevista su valioso aporte y criterio jurídico respecto de la temática propuesta, lo que me servirá para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

ENTREVISTAS

1.- Considera usted que el sistema de individualización y humanización de la pena adoptada en otros países, permite una correcta aplicación del principio de proporcionalidad y publicidad.

2.- Cree usted que el sistema de individualización y humanización de la pena garantiza a la persona declarada culpable su derecho a ser sancionado y notificado oralmente con la imposición de una pena humanitaria y efectiva.

3.- Considera usted que el sistema de individualización y humanización de la pena permite mejorar el procedimiento oral en materia penal.

4.- Cree usted que el sistema de individualización y humanización de la pena puede ser adoptado por el Ecuador como garantía básica del debido proceso y transparencia de la justicia ecuatoriana.

Gracias por su valiosa colaboración