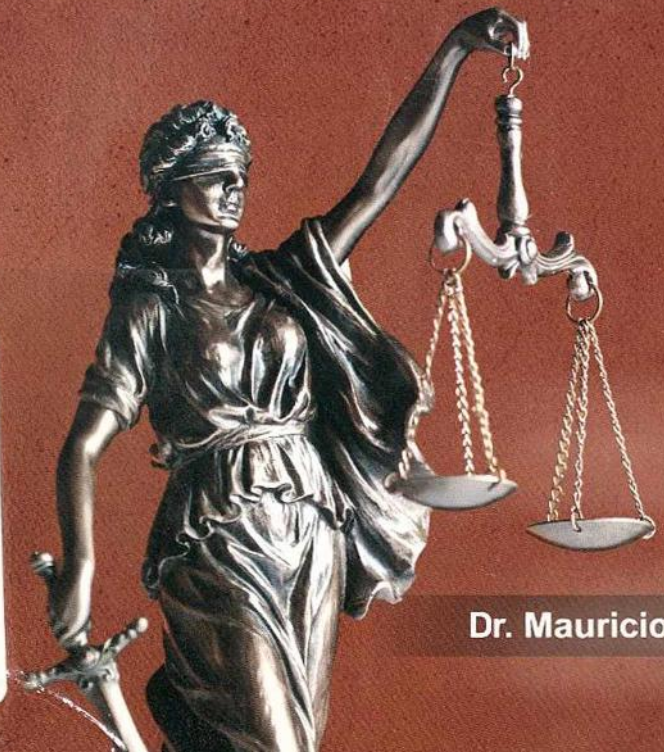
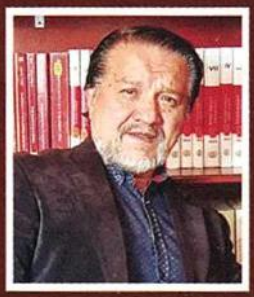
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL



Dr. Mauricio Enrique Pacheco



DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

- Doctor PHD por la Universidad de Salamanca – España. Derecho y Gobernanza.
- Doctor en Jurisprudencia en la Universidad Internacional del Ecuador U.I.D.E. (2000).
- Licenciado en Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Católica del Ecuador – Quito. Puce.
- Magister en Ciencias Jurídicas de la Administración de Justicia. Universidad Central del Ecuador.
- Magister en Educación Superior – Mención Ciencias Jurídicas. Universidad Central del Ecuador.
- Especialista en Gestión de Procesos Educativos Universidad Central del Ecuador.
- Diploma Superior en Sociología. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Flacso.
- Docente de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
- Docente en la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Instituto de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia –UCE.
- Docente del Programa de Maestría en Derecho Ambiental. Instituto de Posgrado de la Universidad Central del Ecuador.
- Docente de Teoría del Delito. Maestría en Derecho Penal y Procesal de la Universidad Técnica de Ambato U.T.A.
- Ex Coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Instituto de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia –UCE.
- Coordinador del área Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
- Codirector de la Revista CAP Jurídica del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.
- Ex Fiscal de Pichincha: Unidad de Delitos Flagrantes y Unidad de Delitos Contra la Vida, de la Fiscalía General del Estado del Ecuador.

Nuevo registro
345
P116
Ej. 1

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

PhD por la Universidad de Salamanca. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de varios posgrados de Derecho Penal en la Universidad Técnica de Ambato, Universidad Técnica del Norte y Universidad Central del Ecuador.

Quito - Ecuador
2022

Título Original:

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

ISBN: 978-9942-42-947-6

Primera Edición

Con revisión de pares

Autor: Dr. Mauricio Enrique Pacheco

Auspicio institucional: Dirección de Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia de la UCE

Diseño e Impresión:

Gráficas Iberia

ediberia@gmail.com

Quito - Ecuador 2022

INTRODUCCIÓN

¿Qué razón legitima el monopolio punitivo del Estado sobre los individuos infractores de la ley penal? Si la abordamos desde lo puramente fáctico la respuesta sería simplemente porque puede hacerlo, porque tienen la fuerza para hacerlo. De tal forma que, un Estado sin ese poder de exigir conductas y castigar al que las incumple deja de ser Estado, dejaría de definirse como tal porque la razón portentosa de su existencia y de las prerrogativas con el que se crea es precisamente definirse como ente legitimado de hecho para utilizar la violencia. En cambio, desde un punto de vista más normativo, el poder castigador del Estado no debería referirse a su capacidad material de penalizar sino a la legitimidad para ejercer el poder coercitivo debe provenir de una norma jurídica autorizante. Pero, ¿de dónde proviene la norma jurídica que le permite al Estado el uso de la violencia penal? Sabemos que toda sociedad debe regirse por normas y principios que diferencian las conductas permitidas y las conductas prohibidas dentro de esa estructura organizado llamada a realizar la tarea principal de control social por medio de la coacción cuando sea necesaria.

Las normas penales y el sistema jurídico le permiten al Estado alcanzar sus fines dotándole del monopolio del uso legítimo de la coacción y de los medios para proveerse de los instrumentos que le permitan cumplir su cometido. La actuación del del mismo debe limitarse a lo exigido por la ley, pero si se extralimita tiene la capacidad de auto regularse positivamente dependiendo del grado de madurez democrática que rija ese sistema. Sin embar-

go, extralimitado o no nunca deja de ser Estado a quien difícilmente se la aplicará un nivel de exigencia y control fáctico que le obligue a cumplir con la norma. El Estado materialmente puede castigar porque tiene los medios para hacerlo, pero lo que toda sociedad necesita es entender la razón jurídica para hacerlo y los fundamentos sobre los cuales se levanta el ejercicio del ius puniendi para que sea legítimo y marque los límites de un Estado sometido también a la norma jurídica

No dejamos de insistir que aceptar el punto de vista o el modelo fáctico como origen legitimante sería aceptar sin beneficio de inventario que el Estado tiene poder para castigar sin someterse a limitación alguna. Pero si encontramos el fundamento de la potestad sancionatoria debemos encontrar los límites que no debe sobrepasar ese poder sin caer en posiciones personalistas del Estado, porque nadie deja de reconocer que los órganos y las instituciones que lo componen están dirigidas por seres humanos con competencias y potestades establecidas por el sistema jurídico. La cuestión es compleja. Si creemos que el Estado es un ente con vida propia más allá de los sujetos que la componen, con potestades supremas provenientes de la concepción absolutista de los monarcas, entonces el poder punitivo es absoluto y representaría el manto de soberanía que lo define y lo caracteriza. Esta concepción prioriza lo fáctico por sobre lo normativo porque el poder castigador del Estado sobre las personas provendría sospechosamente de un concepto-atributo del mismo extraído de concepciones absolutistas que pretenden, hasta la actualidad, justificar extralimitaciones del poder punitivo y que creen que el Estado castiga simplemente porque puede hacerlo y debe hacerlo sim importar las personas que lo componen. El Estado no debe tener sus propios fines y objetivos porque derivan en autoritarismos.

Desde concepciones más realistas todo acto que realiza el Estado proviene de la voluntad de una persona física que forma parte de esa estructura normativa llamada Estado y que si cumple con las reglas de sus competencias aparece como si fuera una

decisión estatal. Estas actuaciones individuales de quienes conforman el Estado deben ser respaldadas coactivamente porque son expresiones de la voluntad estatal y tienen fuerza vinculante para todos. En este sentido, el *ius puniendi* viene a ser la capacidad jurídica que el Estado le otorga a una persona para que a nombre de aquel imparta justicia e imponga sanciones. Pero ¿quién impone los límites, ¿cuáles son y a quien se le faculta el uso del poder punitivo, con qué procedimiento?

Desde una visión antipersonalista del Estado no es suficiente que la respuesta a la pregunta anterior sea "el Estado porque éste lo puede hacer". No. Se debe buscar los presupuestos de legitimidad por los cuales un grupo de individuos y no otros tienen el poder de sancionar a sus semejantes, o poseen facultades para señalar cuáles conductas son consideradas delitos, no aceptando como respuestas racionales la simple designación de la ley o del Estado. No caben explicaciones que tienen como justificantes argumentos deterministas de los llamados a gobernar y administrar justicia por pretendida superioridad natural, racial o social que ciertos grupos sociales los tengan. Lo modernamente aceptable es la concepción del Estado edificado sobre la base del respeto a la dignidad humana y el derecho al acceso en condiciones de igualdad a la conducción del Estado, a la creación de leyes penales y el apego a los derechos fundamentales universalmente aceptados.

Con esta introducción, este libro pretende explicar los principios fundamentales que informan al Derecho penal desde la perspectiva dogmática de la legislación ecuatoriana en un contexto del estado constitucional de derechos y justicia.

El Autor

CAPÍTULO PRIMERO

BREVE REFERENCIA AL DERECHO PENAL EN LA HISTORIA

I. Introducción

Más allá de un simple recuento histórico sobre el proceso que el Derecho penal ha seguido desde la antigüedad hasta nuestros días es necesario repasar los procesos significativos delineados a través del tiempo tanto en el aspecto penal como procesal penal. Es decir, como evolucionó desde lo privado hasta lo público, desde la responsabilidad colectiva y objetiva, hasta la responsabilidad individual y subjetiva, y desde un sistema procesal sometido a la total discrecionalidad del juez hasta el respeto irrestricto del principio de legalidad.

II. El poder punitivo en la edad antigua

La Edad Antigua es un periodo de la historia humana caracterizado por el surgimiento y desarrollo de las primeras civilizaciones que tienen como sello común la invención de la escritura. En este periodo aparecen y se desarrollan muchas civilizaciones importantes en todos los rincones del mundo cuyo legado en los campos de la organización social, agricultura, derecho y descubrimientos pre-científicos fueron los precedentes de los que actualmente existencia. Las culturas más destacadas son Sumeria

(IV milenio a. C.) y el Antiguo Egipto, las antiguas civilizaciones védicas en la India, la China Antigua, las antiguas Grecia y Roma, el Imperio Persa, entre muchos otros. Muchos estudiosos creen que la Edad Antigua en la civilización occidental termina con la caída del Imperio romano de Occidente, en el año 476.

El pensamiento punitivo nunca dejó de ser influenciado por estructuras religiosas y por creencias míticas que explicaban el originen del universo, del hombre y de la sociedad. Ese orden debía ser preservado de creencias que pudiera alterar o cambiar el estatus de un determinado grupo. Por ello se castigaban la inobservancia de creencias, de tabús que no tenían explicaciones racionales y lógicas y que junto con las creencias religiosas estaban ordenadas para que sirva como reglas y símbolos de cohesión y armonía del grupo. (Sísifo conocido por su castigo: empujar cuesta arriba por una montaña una piedra que, antes de llegar a la cima, volvía a rodar hacia abajo, repitiéndose una y otra vez el frustrante y absurdo proceso) (Leimone es encerrada por su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo: el animal, furioso y enloquecido por el hambre, devoró a la joven).

Pero la armonía debía ser preservada para quienes la infringen desde adentro como para los que amenazaban desde afuera. El delito era considerado como una ofensa a las divinidades y a los dioses.

En las agrupaciones primitivas los hechos que generaban el repudio de la comunidad no eran de aquellos que consideramos en la actualidad como una violación a las leyes. Por el contrario, era la inobservancia de los tabúes que formaban parte sustancial de su cosmovisión y convivencia. El término tabú representa la realización de conductas inaceptables para un grupo humano sin que nadie justifique las razones por las cuales esos comportamientos jurídicos, políticos, culturales o religiosos eran importantes para esa comunidad. Estos símbolos que tienen un fuerte arraigo en determinadas culturas son faltas consideradas

de suma gravedad en tales sociedades y siendo con el tiempo asegurada su observancia mediante leyes vienen a constituirse en antecedentes del Derecho penal.

La institución del castigo por violar los tabúes tuvo como sustento principal el temor a la reacción de los Dioses que podría afectar la supervivencia misma de la comunidad aunque posteriormente con la evolución de las sociedades ese miedo a los Dioses fue sustituido por el miedo al castigo impuesto por quienes manejaban esos grupos. Sabían que si incurrían en tales comportamientos iban a tener que soportar los castigos más allá de que hayan actuado con dolo o con culpa, términos desconocidos en aquellas épocas. Eran simplemente la costumbre y la tradición el fundamento del castigo por afectar a tabúes que no eran sino grupos de creencias religiosas, supersticiones, hechicerías, costumbres todas ellas relacionadas con sentimientos y temores de afectación grupal, mal augurio o temor a represalias de carácter divino que vayan a destruir al grupo. La ofensa individual afectaba a todos.

Los tabúes más reconocidos, algunos de los cuales todavía hasta hace poco tiempo en el Ecuador eran considerados como delitos, siguen siendo en otros países delitos graves y gravísimos. Mencionemos algunos: tabúes de carácter sexual como por ejemplo la circuncisión, la castración, la violación, la masturbación, incesto, fetichismo, zoofilia, parafilias, sadomasoquismo, sexualidad, fetichismo sexual, necrofilia, pedofilia, prostitución, turismo sexual; los rituales, prohibidos como el canibalismo, tortura, satanismo, sacrificios, humanos, ocultismo, tatuajes, alimentos; Los tabús humanos como el canibalismo, comer carne de cerdo y de res

Las normas y las costumbres castigaban la violación de estos tabúes en forma severa tanto al autor individual como a la familia e incluso a la comunidad a la que pertenecía. Este temor generó predisposiciones de los miembros de la comunidad a la obediencia de las costumbres, en un primer momento, para lue-

go acostumbrarlos a la obediencia de las leyes y de la autoridad. En un principio el castigo se imponía en razón del grado de afectación que los Dioses recibían por la conducta desplegada por el individuo, pero posteriormente con el desarrollo social ya se consolidó la preferencia del castigo a las ofensas que se hacían entre los miembros de la comunidad más allá de que los dioses se hayan ofendido o no.

El ordenamiento jurídico actual en términos generales no es sino una síntesis histórica de cómo las sociedades al evolucionar filtraron muchos de estos tabúes dejando solo aquellos que estaban al tono con el desarrollo del respeto a la dignidad humana del que la sociedad nacional e internacional fue tomando conciencia. La gente ya no obedece la ley por temor a dios sino por temor a la pena principalmente.

Las penas que en la antigüedad generalmente que se imponían eran varias, entre las que se pueden destacar la venganza privada, en donde la víctima y sus parientes castigaban por mano propia al autor y a su grupo familiar; la retaliación constituida por la acusación de un daño mayor que el recibido afectando el sentido de proporcionalidad entre la lesión y la pena, permitiendo que casi siempre sea ilimitada. También se imponían como pena la expulsión o el destierro. El autor del delito debía ser expulsado del ámbito de su comunidad y de su familia quedando a merced de la víctima y de sus familiares (Es una pena que pervive hasta ahora en la justicia indígena como un castigo mayor).

Posteriormente con la evolución de las sociedades antiguas la desproporción del daño con la venganza privada fue sustituyéndose por penalidades más limitadas para evitar una devolución excesiva del daño causado tal es el caso de la ley del Talión "Ojo por ojo, diente por diente" o la amputación de las manos en caso de robo.

También aparece la *composición* que reemplaza la pena impuesta por el pago de una determinada cantidad de dinero, em-

pezando por tener el carácter de voluntaria para posteriormente ser obligatoria. Aceptada por la víctima el trato de la composición ella debía renunciar a la venganza privada o de sangre. Mientras más compleja era una sociedad más graves o variadas eran las penas y castigos. La defensa extra grupal consistía en la guerra con otro grupo

En síntesis, el sistema de penas y castigos en las sociedades antiguas tenían como conductas delictivas que afectaban a la sociedad a ciertos tabúes que en última instancia no tenían otra explicación que la costumbre o la religión. El delito al principio era una grave ofensa a los dioses o a sus símbolos y luego ya era considerado como ofensa directa a la sociedad.

1. Formas de penalidad en la sociedad antigua

Son esquemas generales que se dieron en diferentes épocas de la antigüedad y no se refieren necesariamente a una sola cultura o comunidad. Es un resumen de las principales formas de retaliación frente a una infracción:

A. La Venganza

Era ejecutada por un individuo o su familia en contra del ofensor y su familia. Había responsabilidad solidaria dando como consecuencia violentas guerras entre familias o grupos. No había proporcionalidad. Ermo Quisbert[1] reseña esta forma de punición como reacción arbitraria, instintiva y desproporcional al daño material del autor como medio de defensa individual del ofendido contra el ofensor sin la intervención de autoridad pública. El fin era la defensa individual. No había concepto de pena, sólo de daño. Corresponde a sociedades primitivas. Otra forma era

1 Quisbert Ermo. Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes. Centro de Estudios de Derecho. Pág. 18. Rescatado del sitio https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/historia_del_derecho_penal_a_traves_de_las_escuelas_penales_-_quisbert_ermo.pdf

la llamada venganza de sangre. Igual la muerte del ofensor o algún otro miembro de su clan por parte del clan del ofendido. Se podría concluir que estas formas de venganza buscaban el equilibrio de clanes.

B. Sistema de la Ley del Talión.

La venganza debe equivaler una cantidad similar al daño sufrido por el ofendido (ojo por ojo; diente por diente). Hay un sentido de proporcionalidad.

El Talión o venganza justa, privada reglada que consiste en hacer sufrir un castigo equivalente al daño causado. La comunidad a la que pertenece la víctima busca infringir un castigo que tenga la misma proporción o equivalencia al daño sufrido. Según varios autores, esta forma de venganza privada necesitó de un poder público para racionalizar el castigo buscando una equivalencia entre daño y castigo.

C. Expulsión de la Paz

Era la separación o expulsión del infractor de la comunidad en la que vivía con su familia. Un destierro con efectos fatales y peligros de muerte o esclavitud cuando se encontraba ya fuera de su grupo social. Había cierto vestigio de humanización de la pena.

D. Sistema de la Composición

La víctima era compensada por la infracción cometida mediante un sistema de pagos. Viene de latín "*componere*" que significa arreglar o conciliar. El daño causado tenía un equivalente en bienes que debía ser pagado por el ofensor para liberarse de la venganza privada. Quien fijaba la tarifa era un poder público que se llevaba parte de la cantidad fijada.

E. La Venganza Divina

La muerte era la única forma de restituir a los Dioses por el daño causado por el infractor. Es decir, el infractor debía redimirse consigo mismo del delito cometido a través de la expiación, En esta etapa el delito se funde con la idea de pecado y la condena con la expiación o penitencia, propia de las épocas en que no había la separación entre Iglesia y Estado. (La India, China, Egipto,)

En China la pena consistía en realizar mutilaciones corporales dependiendo de la gravedad del delito. Los delitos más graves eran calumnia, venganza,

En Babilonia en el Código de Hammurabi no dispone la venganza privada y se habla de delitos con atenuantes siendo la más grave la temeridad y negligencia.

En Israel existe la ley del talión, la venganza privada y las penas rigurosas. Algunos delitos que se castigaban severamente era el homicidio, los golpes y las heridas, robo de animales, violación de una virgen. Y la inobservancia de los diez mandamientos no tenía una sanción porque ella provendría de Dios.

En Egipto el delito está muy ligado a su religiosidad normado por el Derecho de los Muertos que no era sino un compendio sobre todo lo bueno y lo malo que había realizado el muerto. Del balance dependía el castigo en el más allá. Se sancionaba el maltrato a los criados, el cohecho y el pillaje. Torturas corporales a los ladrones las penas en función de las clases sociales.

El Edicto de Har-em-hab del siglo XV a. C. establece que los abusos a los criados podían ser sancionados, aunque no define la clase de penas. Ya tipificaba el cohecho y el pillaje. Los Escritos Ipitas (reinado de Ramsés II) condenaban con penas corporales el robo con la extracción de los incisivos al delincuente.

India el Código de Manú dispone que las penas se aplican en función de las castas y ya diferencian entre delitos con culpa y con intención. El delito más grave era robar animales o ganado y las penas eran el despeñamiento y el destierro. LA forma de punición generalizada era una forma de composición directa a la tribu que había sido víctima u ofendida.

Los quichuas también tenían un sistema punitivo que confundía delitos comunes y delitos contra los dioses. Tenían atenuantes como hurto famélico y las penas eran muy severas: pena de muerte, horca, lapidación, entierro con vida, descuartizamiento. Existía incipiente sistema de prisiones diferenciadas para menores de edad.

F. La Venganza Pública

Aparece en Grecia y se describe como la capacidad del Estado organizado para infringir un castigo a quien comete una infracción penal. Se definen las conductas como delitos y el castigo como penas. El estado se apropia del conflicto privado y se convierte en víctima para evitar los excesos de la venganza privada.

En Grecia el Estado pretende realizar actos correctivos a los penalizados. Los delitos eran obra del destino y la pena era de origen divino, un determinismo punitivo que pregonaba el laicismo que evoluciona desde la responsabilidad colectiva hacia la responsabilidad individual, al igual que la pena como fórmula de equilibrio social restaurado.

En las diferentes etapas del Derecho penal romano, la última se perfecciona el sistema penal y se definen los aspectos subjetivos del delito, el *dolus malus*, el *dolus bonus*, las atenuantes y agravantes, la culpa, la imputabilidad, el delito impulsivo. De la misma manera las penas son severas como por ejemplo la tortura, los trabajos forzados. Es una sociedad en donde evolucionan todos los sistemas punitivos antiguos hasta la denominada venganza pública.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

Derecho Penal Germánico de manera similar evoluciona desde la venganza privada hasta la venganza pública. Reconocen un sistema penal objetivo y privado en el que la responsabilidad se determinaba por el resultado y por el estado psicológico del infractor, diferenciando lo que es dolo, culpa y delito fortuito.

Ermo Quisbert[2] describe la estructura general del Derecho Penal Canónico: dice que "--- Sus fuentes son: 1. El Decreto de Graciano de 1140, 2. Las Decrétales de Gregorio IX de 1234, 3. El Libro de Bonifacio VIII de 1298, 4. Las Constitución de Clementina de 1317, 5. Los Procedimientos de la Santa Inquisición. Clasifica los delitos en: 1. delitos contra el Orden divino (apostasía, el ateísmo), 2. Delitos contra el Orden humano, y 3. Delitos mixtos. Las penas en orden de gravedad eran: 1. la Excomunión, hoguera y tormentos, 2. la Detención perpetua, reclusión en los conventos, 3. La penitencia, peregrinación, y 4. Los rezos y la limosna..."

También menciona que el Derecho penal canónico tenía ciertas ventajas como el hecho de que es público y no reconoce la venganza privada. Permite el asilo en los templos y además exige que las partes sean iguales ante la ley porque son iguales ante Dios. El libre albedrío como la base de la responsabilidad penal. Pero también tienen sus aberraciones como son la tortura como mecanismo de confesión de delitos y pecados, la fusión entre pecado y delito, el *ius puniendi* en manos de la Iglesia y del Estado, existen las penas colectivas y no existían garantías procesales. Las conductas de los procesados estaban determinadas por el libre albedrío.

Resume Quisbert[3] afirmando que en la Edad Media se unifica el Derecho canónico, romano y germánico porque todos los sabios recurrían al Corpus Juris Civile de Justiniano y eso les permitió crear un escenario normativo de protección penal a los intereses

2 Quisbert Ermo. Ob. Cit. 17 a 30

3 Quisbert Ermo. Ob. Cit. 17 a 30

de los monarcas, nobleza y clero. Se abrazó la idea de que las personas ya no eran iguales ante la ley y el proceso penal no era público. Se estatuye la desigualdad de nobles y plebeyos ante la ley 2. Desigualdad ante la ley. El tratamiento penal se fundaba en la calidad de las personas: nobles y plebeyos. El juez tenía la facultad de aplicar las leyes y las penas de manera discrecional y arbitraria. No se individualizaba la pena y ésta era muy severa, desde mutilaciones, flagelos y confiscaciones de bienes.

En relación con los Glosadores y Posglosadores, en España la recepción se plasma en las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. En Alemania con la Ordenanza De Los Tribunales o Babergensis (1507) y con la Ordenanza Criminal de Carlos V más conocida como Código Carolina que desaparece el carácter individual de castigar y se estatiza el Derecho penal. La recepción del trabajo de los glosadores sobre el Corpus de Justiniano, que anotaban al margen aclaraciones y anotaciones que ayudaban a entender esas normas-

III. El sistema penal de las monarquías en el Siglo XVIII

1. El Soberano

Rey o monarca era el representante del poder divino en este mundo tierra y simbolizaba el poder de Dios en la tierra. Delegaba a los jueces juzgar en base a las leyes divinas.

2. Una interminable lista de delitos

El soberano era la fuente de la potestad de administrar justicia en todos los niveles y en todos los ámbitos de la vida de la comunidad. Esta potestad delegada era, por así decirlo, ilimitada y muy discrecional porque el sistema legal no tenía normas o leyes escritas en las que se detalle las conductas consideradas como infracciones penales que sirvan de referencia. De allí que los jueces podían considerar como delito cualquier conducta

que a su parecer merecía ser castigada y tampoco establecía el procedimiento o la forma de procesar a las personas que supuestamente incurrían en actos de afrenta pública. Por tanto, era frecuente el castigo y la pena sin que exista ley previamente escrita y determinada.

3. La severidad, crueldad, desproporción y arbitrariedad del castigo.

Las sentencias condenatorias en estos juicios arbitrarios imponían penas crueles, terribles y desproporcionadas. A manera de ejemplo, la blasfemia, por ejemplo, se castigaba al principio con una multa y luego con la picota. El robo o el hurto se penalizaban con la muerte o cercenamiento de las manos.

Los tipos de penas más comunes eran la confiscación total o parcial de bienes, el destierro, el látigo y la infamia (perdida del honor y respeto ciudadano). También existía la pena de galeras (remar en los barcos del rey, trabajo que solo terminaba con la muerte) al igual que las mutilaciones de órganos del cuerpo como nariz, manos, orejas y lengua.

La pena de muerte estaba reservada para delitos graves por motivos que en la actualidad no merecerían pena alguna. La horca para los plebeyos y la decapitación para los nobles. Al delincuente lo quemaban vivo o se le cortaba en trozos o se le quemaba en aceite en casos de parricidio, envenenamientos, incendios o delitos contra natura, se quemaba vivo al delincuente, o se le enterraba vivo; se le cortaba en trozos, o se le cocía en aceite (Caso del Conde de Barré[4] que fue quemado vivo por no

4 Muñoz García, M. Del espíritu (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria . Vniversitas, núm. 137, 2018. Dice el autor, citando a Agudelo, "...Por lo demás, VOLTAIRE fue un furibundo crítico de las injusticias del sistema judicial cometidas en las personas de JEAN CALAS 24 , PIERRE-PAUL SIRVEN y FRANÇOIS-JEAN LEFEBVRE, el caballero de La Barre (acusado y condenado por sacrilegio e impiedad, ante una serie de rumores e indicios

sacarse el sombrero en una procesión). La pena no se limita al reo sino también se extiende a toda su familia, es decir, no existía el principio de la personalización ni del delito ni de la pena.

4. El castigo intimidatorio

Los castigos servían como un arma intimidatoria dirigida a la población para que permanezcan en estado de sumisión al rey, a los nobles, a la iglesia y a sus intereses. Por esta razón las ejecuciones, las torturas y los suplicios lo hacían a la vista de toda la comunidad, en las plazas públicas.

5. En lo procesal la tortura desde el momento de la detención

Se empleaban todo tipo de procedimientos de tortura: azotes, garrucha (alzar al torturado con una cuerda que ata sus manos), fuego, ladrillo, tablillas (madera con clavos), sueño italiano (caja con clavos), cordeles y garrotes. Juan A. Delval explica que en el S.XVIII, la tortura podía ser la ordinaria para que confiese un delito, y la extraordinaria realizada antes de la ejecución de la pena capital para que el condenado denunciara a sus compinches. En el ámbito procesal el delincuente y pecador podía ser detenido y apresado sin motivo alguno y sin el derecho a conocer las razones de la misma.

La prisión preventiva es el instrumento generalizado para retener al investigado por tiempo indefinido hasta que comience el

---

urdidos por el fanatismo, todo por la mutilación de dos crucifijos en el puente de la entrada de la ciudad de Abbeville, y en el cementerio); en los dos primeros casos, con su actividad panfletaria y literaria, logró la revisión de los procesos y la absolución de los procesados en los parlamentos de París y Toulouse. VOLTAIRE aprovechó estas situaciones para defender a la monarquía y atacar a estas instituciones (que confrontaban el absolutismo real), como focos de corrupción e inhumanidad..." rescatado del sitio https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/137%20(2018-II)/82556549003/ el 29 de junio del 2022

proceso. Era indeterminada y los detenidos eran olvidados en situaciones sanitarias y humanitarias terribles. La prisión preventiva se utilizaba para detener provisionalmente a los deudores insolventes, dementes, locos, vagos y condenados en espera de ejecución de la sentencia. La prisión preventiva era una verdadera pena.

6. Desigualdad de las partes en el proceso penal.

Si algún juez decidía dar inicio al proceso de juzgamiento comenzaba un proceso inquisitorial desigual porque la acusación tenía todas las herramientas para forzar confesiones y aceptar responsabilidades a través de la tortura practicada en la misma audiencia, aspecto tomado de la práctica de la confesión cristiana en la que el pecador reconoce sus faltas. En estos casos la verdad procesal era la aceptación por propia boca del procesado de su culpabilidad. Si se pronunciaba que era inocente el procesado era torturado hasta que confiese que es culpable, única forma de terminar el proceso. Además, ciertos indicios leves e insignificantes eran excesivamente valorados y maximizados como pruebas en contra del procesado.

Concretamente existía desigualdad en la existencia de jurisdicciones especiales y exclusivas para los nobles, la iglesia y los militares, que eran juzgadas por sí mismos, procesos en los que el espíritu de cuerpo los hacía inmunes. La redacción, los tipos y la regulación de las penas se las hacía en función de estos estamentos privilegiados que contenían penas leves o impunidad. Las clases populares eran a las que se aplicaba con mucho rigor las penas más severas y crueles, por delitos que afectaban los intereses de las clases dominantes: rebelión, blasfemia, lesa majestad.

7. La discrecionalidad judicial

En el ámbito estrictamente penal, es importante señalar la inalienable conexión entonces existente entre delito y pecado, delin-

cuente y pecador. La gravedad de los delitos no se medía según el daño que éstos causaban a la sociedad, sino que su atrocidad vendría marcada por razones religiosas o teológicas. La justicia penal, por tanto, no se consideraba un asunto exclusivamente humano, sino también divino para castigar los delitos sin que exista una lista de crímenes punibles, por lo que la acusación se deja en manos del juez que obra de acuerdo con su conciencia.

IV. Derecho penal y Revolución francesa

El siglo XVIII fue la época de la luces Derecho Penal porque hasta antes se caracterizó por su crueldad. A partir de allí los fenómenos y las esencias sociales buscan luz en la razón y la causalidad evidenciando una saludable separación entre religión y ciencia, entre Estado e Iglesia Católica. El primero se guiará por los límites de la ley y la segunda por sus normas de carácter religioso moral. Aparecen los principios de legalidad, proporcionalidad y lesividad, principalmente, humanidad de las penas, separación de poderes, desarrollados por el pensamiento iluminista de varios pensadores europeos.

1. Las aportaciones de la Ilustración en el ámbito del Derecho penal.

Los pensadores de la ilustración del siglo XVIII (1701 – 1800) estaba convencidos del cambio radical que debía realizarse al sistema jurídico penal monárquico por ser un sistema de justicia oprobioso e inhumano. Había un trabajo de análisis y reflexión jurídico-filosófico que varios pensadores del Iluminismo venían realizando con anterioridad y que abarcaba no solo el campo penal sino el aspecto político, civil, administrativo, y constitucional. Entre las mentes brillantes que más aportaron para dejar sentadas las bases de un nuevo Derecho penal encontramos a Montesquieu y Beccaria, sin dejar de mencionar a otros como Rousseau, Bentham o Diderot.

2. El Contrato Social y el reformismo ilustrado en Europa

La teoría del contrato social como corriente filosófica - política ha sido seguido desde sus inicios iluministas hasta la actualidad lo que pretende en sus desarrollos es proveer un fundamento nuevo que legitime al poder político, en este caso, a través del pacto libre y racional entre ciudadanos[5]. Es unánime que la frase contrato social significa en términos por demás generales un acuerdo entre los integrantes de un grupo social que fija las reglas de convivencia pacífica. Es el consenso mayoritario sobre aquellos parámetros políticos, sociales, jurídicos, económicos y de otra índole que regirán a un conglomerado bajo la autoridad de un poder cuyos deberes y atribuciones igualmente ha sido objeto del pacto social. Todos los integrantes de la comunidad se someten a las normativas ordenadoras de la sociedad puestas en práctica desde la autoridad del Estado y desde las cuales se legitima el orden social, el poder y la autoridad estatal.

Desde el punto de vista político la teoría del Contrato social implica la aceptación de los siguientes aspectos:

- La necesidad de vivir en armonía y paz social hace que los individuos propongan la celebración de un acuerdo social por el cual ceden a la sociedad parte de sus derechos, que en su estado natural y salvaje eran amplios y completos, a cambio de

5 JARAMILLO MARÍN JEFFERSON. "Significado e impacto de la noción de contrato social en Rousseau y Kant. Alcances y limitaciones en la teoría democrática". Dice este autor que "...La teoría del contrato social es ampliamente reconocida como uno de los fundamentos de la teoría política moderna. Con matices y diferencias en su aplicación y contenido, fue suscrita por casi todos los filósofos modernos, desde Hobbes hasta Kant (Bobbio, 1985; Bobbio y Bovero, 1987). Contemporáneamente ha sido reconceptualizada por Robert Nozick (1988), James Buchanan (1993), David Gauthier (1994) y John Rawls (1997). Dentro de ese amplio y nutrido espectro de posibilidades teóricas destacan en la historia de las ideas políticas dos perspectivas potentes: las de Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant...". Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a09.pdf el 04/06/2020

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

un sistema de derechos y obligaciones más restringidos que les permitan y garanticen una convivencia pacífica. El Estado viene a constituirse en una institución diseñada para administrar esos derechos y obligaciones y también encargado del desarrollo social integral en beneficio de todos.

- Los derechos y obligaciones dentro del Estado y acordados en el Contrato social no son eternos e inmutables sino cambiantes de acuerdo a las necesidades históricas. Los derechos humanos son anteriores al Estado y no provienen de un reconocimiento de éste porque el individuo tiene derechos antes del pacto social. Hay derechos que no se ceden ni se negocian en el contrato social como la vida y la dignidad humana.

A. El contrato social de Montesquieu.

Escribe su obra cumbre en el año 1748 bajo el título de Del Espíritu de las Leyes en donde se pregunta qué tipo de leyes penales se necesitan para garantizar los derechos de los ciudadanos en un estado democrático. Antes del pacto existió un sistema de convivencia de naturaleza con libertades totales propias de las leyes naturales que provienen de la naturaleza humana, propias del ser y otorgadas por Dios. Cuando nace la necesidad de tener seguridad frente a una realidad violenta el hombre entrega parte de sus derechos en beneficio de la creación de un Estado que ejerza el poder político asegurador de la armonía en la comunidad. Este ejercicio de renuncia se conoce como el contrato social, término acuñado por Rousseau.

En tal sentido las leyes penales forman parte del conjunto de derechos que los hombres han cedido al Estado para que éste garantice que no habrá perturbaciones a sus bienes, a sus libertades y al ejercicio de sus derechos y obligaciones contractuales. En otras palabras, los ciudadanos en el contrato social autorizan al Estado el uso del poder de coacción violeta llamado Ius puniendi aplicado contra aquellos que no quieren someterse al cumplimiento de la ley penal. Este poder que no es ilimitado

tiene sus contrapesos que impiden excesos y abusos de poder y, por el contrario, permitan una aplicación del derecho penal moderada y proporcional propio de un cuerpo normativo de carácter preventivo, orientado a impedir que el delincuente no cause más daños a la sociedad y que la pena impuesta sirva para que otros ciudadanos se abstenga de cometer delitos impresionados por el efecto que causa la imposición de la pena.

Pero más allá de la ideación de un Derecho penal preventivo y utilitarista las aportaciones de Montesquieu y Beccaria tienen que ver más con las características básicas que se tornan imprescindibles si se pretende un cambio de modelo penal, como son los principios de proporcionalidad y la moderación en la aplicación de las penas. No olvidemos que en el antiguo régimen monárquico inquisitivo la característica punitiva más importante era la indeterminación de las penas, así como la gran cantidad de delitos que no estaban enlistados y la crueldad de los castigos. Las conductas delictivas no disminuían por la severidad de las penas por lo sino que, a criterio de estos pensadores, los castigos debían ser proporcionales en función no de la peligrosidad del delincuente sino en función del daño realizado a la sociedad. Debe haber humanidad en la imposición de los castigos, y solo aplicarse únicamente en el caso de ser necesario. Aconsejaban la no aplicación de la pena de muerte, de las torturas y no a la confiscación de bienes.

En relación con la secularización del Derecho penal Montesquieu fue un convencido que el derecho debe estar separado de la moral. El Estado no debe estar diseñado para castigar las costumbres o las creencias porque la estructura estatal no tiene origen divino, sino que está diseñada para administrar las libertades de los ciudadanos entregadas por el contrato social en función de propiciar una sociedad de paz y armonía. Se debe castigar solo las conductas externas que afecten los intereses de los ciudadanos y de la comunidad.

Era necesario seleccionar como delictivas las conductas que realmente causen daño a bienes jurídicos importantes y no penalizar creencias religiosas, ideas, los vicios o las virtudes de las personas porque todas ellas pertenecen al ámbito personal y no social del individuo, solo los hechos que se pueden probar y, aún más, se debe desligar el pecado del delito porque pertenecen a ámbitos diferentes. La tipificación de los delitos debe ser realizada por el legislador quien en representación del pueblo debe decidir qué conductas son consideradas delitos y cuál es el monto de la pena, tipificación que debe hacerse en forma previa y por escrito. Esta circunstancia origina el principio de legalidad como el principio que sostiene toda la estructura del sistema penal del estado moderno. Ya no son los jueces del rey quienes dirimen qué conducta es delito y qué pena hay que imponer.

Un sistema penal sustentado en el principio de legalidad proporcionaba a la sociedad una base de sustentación fundamental como es la seguridad jurídica y la infabilidad de las penas que significaba que las personas sabían con anticipación cuál sería la consecuencia de su conducta infractora a fin de que interiorice estas consecuencias y se inhiba de la comisión de delitos. Así opera la prevención, no sin antes garantizar la existencia de un conjunto de leyes procesales que aseguren un proceso y una pena justa.

Por la desconfianza que existía en el papel de los jueces impuestos por el rey Montesquieu consagró el principio por el cual a los jueces no les daban poder para interpretar la ley o crearla porque daría lugar a los mismos abusos que cometieron en épocas anteriores. Por ello sentenció que los jueces son "seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley", principio que fue modificado posteriormente para permitir que los jueces interpreten la ley en forma muy limitada.

B. El contrato social en el pensamiento penal de Beccaria

La vida y la educación cerrada y muy apegada a la religión que Beccaria recibió por parte de su padre hicieron pensar que no era el tipo de personaje que se atrevería a cuestionar, de la forma en que lo hizo, al sistema penal monárquico. Muy estudioso de la filosofía de sus maestros Hume y Montesquieu, Beccaria analizó el sistema punitivo luego incluso de permanecer y conocer la cárcel por orden de su propio padre.

En el año 1764 publica con otro nombre la obra que se constituiría en el faro del iluminismo penal y que revolucionó la forma de cómo debía superarse la inhumana estructura penal monárquica. Este libro titulado De los delitos y de las penas se constituye en el principal referente de la reforma penal. Recoge y sistematiza las propuestas de Montesquieu a tal punto de darle una estructura ordenada y explicativa de todos los principios mencionados por Montesquieu y de aquellos principios descubiertos por el mismo autor italiano lo que vino a constituirse en la razón por la cual con mucho mérito se le considera el padre del Derecho penal.

Entre las tesis propuestas y desarrolladas por Beccaria podemos mencionar aquella por la cual considera que tanto los delitos como las penas no deben ir más allá de lo estrictamente necesario, de ser lo contrario, serían tiránicas. Es decir, visualiza el principio de utilidad del Derecho punitivo que significa un Derecho penal con fines prioritariamente preventivos porque, a su criterio, el fin de las penas no es atormentar ni castigar por castigar al reo, tampoco lo es el deshacer un delito que ya está cometido, sino que el delincuente no vuelva a delinquir al par que la sociedad interiorice la predisposición a cumplir la ley. Pensaba que la comunidad al constatar que el Estado castiga efectivamente la comisión de un delito y que la infracción implica una pena privativa de su libertad se conminaría a permanecer como ciudadanos fieles al derecho. La convicción que primaba era de

que con la prevención general si bien es cierto no se acaba con el delito al menos se hacen menos frecuentes.

Beccaria renegaba las penas crueles y degradantes porque el Estado no puede estar en la misma condición ni categoría de quien realiza un acto inhumano. El Estado no es un vengador sino un ente que busca la prevención y no la simple retaliación. Las penas crueles no han conseguido hacer ciudadanos más conscientes y amantes de la legalidad. Por el contrario, las penas y los suplicios horrorosos causaron más indignación de la comunidad contra quienes aplicaron esas medidas que contra quienes cometieron los delitos.

En relación con la aplicación de los tormentos y la tortura sobre los procesados considera que no existe una explicación racional que justifique el torturar a alguien cuando ni siquiera sabe si es culpable o inocente. Se torturaba a una persona aún a sabiendas de la respuesta esperada, porque cualquiera que sea la respuesta igual era condenado y nuevamente torturado. La pena de muerte no es sino un estado de guerra del Estado con el ciudadano, dice Beccaria, porque éste nunca dio su autorización de disponer del derecho a la vida en el contrato social. La pena de muerte no es efectiva, dice Beccaria, porque su ejecución rápida es menos disuasoria que una pena larga y dolorosa que tiene más efectividad para disuadir a la comunidad a cometer delitos.

El principio de legalidad es su preocupación central. Solo la ley puede establecer qué conductas son consideradas delito y debe igualmente fijar la pena correspondiente. Solo el legislador puede tipificar delitos y solo el juez legalmente competente puede imponer la pena. La tipificación y la positivización de las infracciones penales terminan con la peligrosa incertidumbre de los ciudadanos de no saber si la conducta realizada es un delito y no saber qué pena le pueden imponer.

En otras palabras, el principio de seguridad es vital para que los ciudadanos conozcan cuáles son los delitos y cuales las penas

escritas previamente. Si estas leyes previamente escritas constan en algún catálogo o algún código, mucho mejor, porque los ciudadanos sabrían con anticipación las acciones prohibidas y simplemente se abstendrían de realizarlas frente al temor de la pena fijada. Y mejor informados estaría los ciudadanos sobre los tipos penales y sobre las sanciones si estas leyes escritas están redactadas con claridad, precisión, sin ambigüedades, es decir, utilizando el principio de taxatividad legal que consagra el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine lege previa.

Como efecto derivado del contrato social estos principios son de obligatoria observancia para todos los habitantes de un Estado, tanto gobernantes como gobernados. Las leyes son generales (principio de igualdad) porque obligan a todos los miembros a su observancia, y cuando no las hayan cumplido serán los jueces los que juzguen la violación a la ley e impongan la respectiva pena en el caso particular.

Para Beccaria, la interpretación de la ley corresponde al legislador y no al juez porque corre el peligro de nuevamente estar sometida a la lógica particular de cada juez y de que juzguen en base a sus creencias particulares.

El Derecho penal se justifica por la defensa del bien común y en correspondencia la pena debe estar en función de la gravedad del daño causado al interés social protegido siendo los delitos más graves aquellos que destruyen o ponen en peligro la sociedad misma o a la persona o institución que la representa (delitos de lesa majestad). La graduación del castigo va en función del grado de afectación del bien jurídico, lo que resume el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas.

Beccaria es contrario a la idea del origen divino del poder que era el principio sobre el cual se edificaba el régimen monárquico de justicia. Era contrario a la creencia generalizada de que la gravedad de la pena dependía de la gravedad del pecado. Las relaciones de Dios con los ciudadanos debían ser procesadas

desde el aspecto moral por la iglesia y no por el Estado. Pero las relaciones del ciudadano con el Estado sí debían ser reguladas por el contrato social sin llegar a confundir moral con Derecho.

Beccaria critica severamente la irracionalidad de las instituciones procesales a la hora de juzgar al delincuente porque presumían la culpabilidad, las acusaciones secretas, el carácter totalmente imparcial de los jueces, el tormento como medio legítimo de prueba, testigos inhábiles o inidóneos. Propone un proceso público sostenido por el principio de presunción de inocencia acompañado de ciertas garantías mínimas para la defensa del acusado. Un estatuto procesal que debía ser aplicable a todos los ciudadanos y olvidarse los fueros diferenciadores para nobles y religiosos.

C. El contrato social según Thomas Hobbes

Los principales postulados de Tomas Hobbes son, entre otros, los siguientes:

-Estado de naturaleza.

Todos los seres humanos por naturaleza tienen un instinto de conservación que los empuja a la guerra con los demás para mantener sus posibilidades de sobrevivencia. En su estado de naturaleza actuaban libremente sin mantener estados de obediencia o jerarquía frente a nadie. Es decir, actuaban en libertad pese a estar en grupos, pero el estado natural de esas las relaciones sociales era una relación de constante guerra y conflicto, sus únicas herramientas eran sus propias fuerzas y su propia imaginación para proveerse de lo necesario. No había agricultura ni comercio ni herramientas o utensilios, no había sociedad, se vivía en una situación de permanente escases, pobreza e inseguridad. Había miedo a vivir con otros seres humanos por la desconfianza.

- Contrato social.

En este estado de inseguridad, miedo y escases el hombre decide asociarse y entregar todos sus derechos al Estado que lo denominó Leviatán para que a cambio de ellos le asegure su supervivencia. Sus derechos y libertades quedan bajo la administración del poderoso Estado que han creado y del individuo o colectivo que hayan elegido para manejar esa estructura político-administrativa.

Hobbes plantea que el orden político en una comunidad es el resultado de un pacto o contrato social en el que las partes acuerda los términos de convivencia. No es como planteaba Aristóteles para quien el orden político es una consecuencia del orden natural del proceso de la asociación continua de seres humanos, primero en pequeños grupos, luego tribus, clanes y después el Estado.

- ¿Qué renuncian con el pacto social?

El pacto social no es un pacto entre los súbditos con su Rey sino es un acuerpo de éstos entre sí por lo que el soberano se mantiene fuera del pacto. La renuncia a todos sus derechos no es en beneficio del monarca sino a favor de la comunidad como ente receptor y depositario de esta renuncia. El papel del soberano se limita a cumplir la obligación de administrar correctamente los derechos de los ciudadanos de manera justa, indivisible e irrevocable.

A diferencia de la vivencia del individuo en el estado de naturaleza, en el contrato social desaparece el miedo mutuo y la desconfianza porque se crea un orden normativo/jurídico con autoridades dirimentes de conflictos de manera racional y justa.

- Derecho de resistencia.

Hobbes señala que nadie tiene libertad para resistir a la fuerza del Estado porque a partir del pacto social queda cerrada cual-

quier posibilidad de un derecho de rebelión para los ciudadanos y de hacerlo no serán procesados como individuos comunes sino como enemigos del Estado responsables de infracciones de lesa majestad. Para el contractualismo de Hobbes pese a ser el Estado una institución artificial creada por los hombres para satisfacer sus necesidades éstos no tienen la posibilidad de destituir a quien ejerza el poder.

En conclusión, no obstante, sin que reconozca el derecho a la rebelión, Hobbes cede un poco y reconoce la posibilidad de actos de resistencia pasiva y justa por parte de los ciudadanos[6].

Para Hobbes el hombre es lobo del hombre («Homo homini lupus» en el "estado de naturaleza", en el que vivía antes del contrato social porque al no existir autoridad que medie los conflictos era latente un estado de violencia y guerra de todos contra todos de la que solo se podía salir creando un poder superior que someta al hombre a cambio de asegurar un orden de convivencia. Los hombres, según Hobbes, para conseguir la paz o para defenderse de sí mismos, debían renunciar sus derechos naturales en el contrato social y transferirlos a un poder central absoluto cuya finalidad principal es el aseguramiento de un poder coactivo vigilante del cumplimiento del contrato. El Estado o Leviatán adquiere una soberanía absoluta sobre los individuos, soberanía que deviene en absoluta e irrevocable, total e indivisible, sin límites salvo el derecho a la vida. El individuo se reserva el derecho a la resistencia exclusivamente cuando el Estado abusa de las restricciones a la libertad o la vida sin justificaciones apropiadas

6 Jaramillo Marín., Jefferson., Págs. 180-181. "---La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por ningún pacto. La soberanía es el alma del Estado, y una vez que se separa del cuerpo, los miembros ya no reciben movimiento de ella. El fin de la obediencia es la protección, y cuando un hombre la ve, sea en su propia espada o en la de otro, por naturaleza sitúa allí su obediencia, y su propósito de conservarla…."

Modelo duramente criticado por juristas y sociólogos porque la sumisión por la fuerza no es sinónimo de voluntad ni de libertad y por ende el contrato social que se genera cambia un estado generalizado de violencia entre ciudadanos a un estado de violencia de los ciudadanos frente al Estado.

D. El modelo de contrato social en John Locke

John Locke[7] (1632-1704) escribe la obra Dos ensayos sobre el gobierno civil (1690) a finales del siglo XVIII. Concibe que antes del contrato social no existía un estado de guerra entre los individuos, como afirmaba Hobbes, sino un escenario de buena voluntad, asistencia mutua y conservación que desaparece por el surgimiento de un estado de guerra que no se supera sino por la presencia una autoridad con la suficiente fuerza para garantizar una convivencia pacífica. Para Locke la propiedad privada es vital y central en su modelo societal. La ubica a la misma altura que el derecho a la vida. Los puntos principales en relación con el contrato social son las siguientes:

- Estado de naturaleza.

Reconoce que el hombre en el estado de naturaleza tiene el derecho y el deber de realizar actos de conservación de su libertad, de su integridad y de su vida. Pero no es una realidad de guerra permanente. Para Locke en el estado natural el hombre no es esclavo ni súbdito de ningún otro hombre, es libre y no necesita de una comunidad. El hombre está en un estado de naturaleza, dice Locke, cuando exista un grupo de personas que no disponen de una autoridad a quien recurrir para resolver una disputa o dirimir un conflicto.

7 Locke John. Segundo ensayo sobre el gobierno civil, en J.L., Dos ensayos sobre el gobierno civil. Traducción castellana de Espasa-Calpe. Madrid, 1991. Página 266 color

Pero pueden existir otros hombres que no cumplan sus derechos y obligaciones para mantenerse libres por lo que se torna necesario la existencia de una autoridad para que dirima esos conflictos, autoridad que en el estado de naturaleza no existe. No puede solucionar sus conflictos con otros individuos porque cada hombre pretende ser juez y parte en sus propios problemas.

- Contrato social.

Entonces aparece el contrato social por el cual se crea un orden social para proporcionar la solución a la carencia de autoridad con suficiente poder para quesea un ordenador y proponga soluciones justas a sus conflictos y necesidades. Para lograr este nuevo orden se requiere que cierta cantidad de hombres se integren en una comunidad renunciando a favor de la comunidad sus derechos que tenían cuando estaban en el estado de naturaleza.

- Objeto del contrato social.

A diferencia de Hobbes, el pacto social en Locke se limita al establecimiento de un juez dirimente de los conflictos provenientes de ley natural, para lo cual se requerirán de la emisión de ciertas leyes que no son leyes nuevas ni estructuradas en función de un nuevo orden social y político. El contrato social contiene normas que deben dar cierta continuidad al estado de naturaleza porque es en ese estado de leyes naturales donde tienen la calidad de hombres libres e iguales. Po esa razón las leyes del contrato social crean una autoridad que dirima conflictos y emita leyes con el objeto de asegurar el derecho a permanecer libre, iguales, a preservar la vida y la propiedad.

Para Locke una sociedad que vive bajo el contrato social es aquella que tiene el poder, no de crear un orden jurídico nuevo, sino de exclusivamente regular y ejecutar la ley natural a través de los órganos creados por la sociedad, una autoridad o un juez que en definitiva dictaminará quien ha violado o ha inobservado la ley.

Las ventajas de la sociedad civil estriba en que los ciudadanos disponen de una ley escrita que supeditada a la ley natural y conforma un sistema judicial de aceptación general que mediante la aplicación de la ley evita arbitrariedades, castiga los crímenes, ejecutar sentencias y garantiza un sistema de preservación de la propiedad privada.

- Tipo de gobierno.

Al modelo de Hobbes se le critica porque el poder absoluto del Leviatán que se forma para que gobierne la sociedad es tan peligroso como la monarquía que concentraba los poderes. No saldría de su estado de naturaleza salvaje porque no habrá imparcialidad y su existencia es incompatible con el propósito de una sociedad civil.

En cambio, en el modelo de Locke estatuyen una sociedad civil que se conforma a consecuencia del contrato social y tiene como objetivo central designar autoridades que seencarguen de juzgar los conflictos y situadas fuera del poder ejecutivo, y que sean además imparciales. Por esta razón Locke manifiesta que la monarquía absoluta es incompatible con la sociedad civil y con el contrato social.

- Derecho de resistencia

El derecho a resistir frente al ejercicio del poder injusto, arbitrario o ineficaz es un medio para que los gobernantes enderecen sus comportamientos y observen la ley. Este reconocimiento al derecho a la resistencia es considerado como un reductor de presión para que el pueblo no termine sublevándose y un medio disuasorio para frenar las ambiciones absolutistas del monarca. El sustento de este derecho estriba en que todos los poderes dependen de la voluntad de los ciudadanos y en este punto reside la legitimidad del poder soberano quien debe dar cuenta al poder legislativo de sus actos

En conclusión, contrariamente a Hobbes también, Locke estima que la propiedad privada pervive desde el estado de naturaleza y que es anterior a la sociedad civil. Locke es un defensor de la propiedad privada ´porque beneficia a todos los hombres. Asegura que la propiedad privada es la mayor generadora de la felicidad de los hombres y que por lo tanto hay que proteger a la que genera el placer y la felicidad. EL derecho a la propiedad y la complejidad social generan conflictos que es necesario racionalizar en beneficio de todos bajo el fundamento, según Locke, en que la propiedad privada es un derecho natural tan antiguo como el derecho a la vida. Si los conflictos no resueltos tornan insegura la propiedad de los bienes en un estado natural carente de formas de solución de conflictos entonces debe crearse un contrato social para garantizar estos derechos y libertades frente a los conflictos que puedan surgir.

El estado de guerra, dice Locke, se supera con la firma del contrato social y se forma la comunidad política en la que todos los miembros renuncian a sus derechos naturales en beneficio de esa comunidad política que se administra mediante el voto de las mayorías. El Estado está obligado a gobernar de acuerdo a un orden jurídico establecido claramente por todos los miembros, ordenamiento positivo cuya fuente de legitimación será la decisión de la mayoría representativa. En el modelo de Locke los intereses individuales sucumben frente a los intereses de las mayorías y no hay posibilidad de revertir el contrato y se elimina el derecho a la resistencia, a diferencia del modelo de Hobbes.

E. El modelo de contrato social de Rousseau (1712 -1778)

Rousseau crítica las excesivas manifestaciones de optimismo dadas por la Ilustración a los acontecimientos sociales antes y después de la revolución francesa[8].

8 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social o principios de derecho político". En la introducción realizada por Horacio Crespo, Editorial La Página, Editorial Losada

Critica la superficialidad con la que se desarrolla la sociedad y la civilización humana porque la interpretan erróneamente como sinónimo de progreso de la humanidad, y del hombre. Dice Rousseau que no ha existido un incremento de la felicidad ni de la moral, ni ha mejorado su condición de ser unitario no alienado y dividido, ni ha progresado su estado de ser hombre libre por naturaleza.

Para Rousseau el hombre es creado por Dios como un ser bueno y libre pero que los mismos hombres se encargan de degenerarlo todo: "El hombre ha nacido libre, y por doquiera está encadenado"[9] dice este pensador por lo que urge construir un estado o un orden nuevo, que reestructure la sociedad en función del estado de libertad originario o natural del hombre que lo tuvo desde que fue creado, y que desde allí ha ido perdiendo su libertad.

Rousseau explica la diferencia que existe entre "estado de naturaleza y "estado social" con la finalidad de comprender mejor cuál es el estado natural del hombre para que en función de ello construir una sociedad justa:

S.A. Buenos Aires. 2003. Pág. 11-12. Dice Crespo que "...La teoría del buen salvaje significa para Rousseau recuperar el sentimiento, las fuerzas instintivas y la bondad primordial del hombre natural frente a la degradación progresiva del hombre aplicado a la razón y al progreso científico. En su discurso de las ciencias y las artes de 1750 Rousseau subrayó el nulo aporte de las artes y del desarrollo racionalista del conocimiento hasta llegar a afirmar que por el contrario favorecen la corrupción, con lo que se distingue de las grandes figuras de la Ilustración creyentes de la naciente religión del progreso..."Pág. 11-12

9 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social o principios de derecho político. La frase completa es "...El hombre ha nacido libre y por todas partes se encuentra encadenado. Alguno que se cree el dueño de los demás no es menos esclavo que ellos. ¿Cómo se ha producido este cambio?. Lo ignoro. ¿Qué puede volverlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión...", Editorial Losada S.A. Buenos Aires. 2003 Pag.35

- El "estado de naturaleza" que no es sino el estado del hombre con anterioridad a su vida en sociedad. En este estado el hombre natural es bueno y feliz, independiente y libre, guiado por el amor de sí mismo.
- El "estado social" describe la situación del hombre después que decide vivir en un estado social, dentro de una determinada estructura social, el hombre se vuelve malo, egoísta, por influencia de sociedades injustas, llenas de opresión, miseria y donde el hombre ha perdido su libertad.

La importancia de la diferenciación entre estos conceptos es metodológica porque sirve para entender mejor cuáles serían los principios que fundamenten una sociedad más humana vista desde el ideal de la sociedad natural, desde el ideal del respeto profundo por la libertad del hombre, para sobre esa base reflexionar la reestructuración de un nuevo orden social que rescate lo mejor del hombre en su estado natural, que minimice el ejercicio de la coacción del Estado y que la convivencia social sea sobre la base de la igualdad, libertad y autonomía.

Para Rousseau el contrato social propuesto por Hobbes reduce al hombre a un ser sin su libertad natural que no puede ser sustituida por una libertad civil y política mal institucionalizada, pero a la que tiene que vincularse por una situación de necesidad[10].

10 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social o principios de derecho político". Cuando habla del pacto social dice: "...Supongo a los hombres llegado a un punto en que los obstáculos que perjudican su conservación en el estado de naturaleza triunfan, mediante su resistencia sobre las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en ese estado. El estado primitivo, no puede subsistir. Supongamos que los hombres han llegado a un punto tal, que los obstáculos, que dañan a su conservación en el estado natural, superen las fuerzas que cada individuo puede emplear. En tal caso, su primitivo estado de naturaleza no puede durar más tiempo, y perecería el género humano si no variase su modo de existir. Mas como los hombres no pueden crear por sí solos nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen, sólo les queda un medio para conservarse, y consiste en formar por agregación una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia,

No debe ser un contrato de sumisión y obediencia ciega sino un contrato social de libertad.

En la propuesta de Rousseau sobre un contrato social debe ser aceptada sobre la base de una transición desde la libertad natural a una libertad civil y política para lo cual el hombre renuncia libre y voluntariamente a sus derechos naturales en favor no del Estado, sino en favor de toda la comunidad, manejada y organizada por sí misma a través del principio de la voluntad general.

De esta forma la comunidad expide leyes racionales producto del consenso de la sociedad a la que se comprometen a obedecer porque son basadas en la razón y en la libertad que en última instancia es lo que los diferencia del estado de naturaleza. Si la ley es para todos se erradica la inmoralidad, la injusticia y la irracionalidad lo que conlleva a la plena realización del hombre.

En resumen, las ideas de Rousseau acerca del contrato social son:

- El contrato social

Es un pacto voluntario entre personas libres quienes sin renunciar a su libertad, se organizan para la defensa de los intereses de cada asociado[11]. Los derechos que nacen con el contrato social son los derechos civiles y políticos. La libertad es un derecho que el hombre tiene desde su estado natural y no pertenece ni se origina en el pacto social.

---

poner en movimiento estas fuerzas por medio de un sólo móvil y hacerlas obrar de acuerdo...". Pag. 10.

11 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Argumenta que es pacto social sea: "...Esta suma de fuerzas sólo puede nacer del concurso de muchas separadas; pero como la fuerza y la libertad de cada individuo son los principales instrumentos de su conservación, ¿qué medio encontrará para obligarlas sin perjudicarse y sin olvidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad, reducida a mi objeto, puede expresarse en estos términos: Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de éstos, uniéndose a todos, sólo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes...". Pag.18

- ¿Qué ceden los hombres para configurar el contrato social?

El contrato social por el cual cada individuo cede todos sus derechos a la comunidad (no se cede a un rey o monarca) para que en colectivo defender mejor sus bienes y sus intereses individuales[12]. Adquiere derechos y obligaciones que los ejercerá bajo el poder de coacción de una autoridad pública. Sentenciaba este autor que "...lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le apetece y puede alcanzar: lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee..."[13]

- La voluntad general.

Cada uno de los asociados al ceder todos sus derechos en favor de la comunidad se someten a una sola voluntad llamada voluntad general (poder soberano). Dice Rousseau "...cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; recibiendo también a cada miembro como parte indivisible del todo..."[14]. La voluntad general está conformada por la suma de todas las voluntades de la comunidad expresada a través del sufragio o de sus

12 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Dice Rousseau: "...Todas estas cláusulas bien entendidas se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos hecha a favor del común: porque en primer lugar, dándose cada uno en todas sus partes, la condición es la misma para todos; siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los demás. Además, haciendo cada cual la enajenación sin reservarse nada; la unión es tan perfecta como puede serlo, sin que ningún socio pueda reclamar; pues si quedasen algunos derechos a los particulares, como no existiría un superior común que pudiese fallar entre ellos y el público, siendo cada uno su propio juez en algún punto, bien pronto pretendería serlo en todos; subsistiría el estado de la naturaleza, y la asociación llegaría a ser precisamente tiránica o inútil...". Pág. 20.

13 Rousseau Jean-Jacques. Ibíd. Pág. 14

14 Rousseau Jean-Jacques. Ibíd. Pág. 14

representantes[15]. Rousseau explica que "...lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos, como el interés común que los une; pues Institución cada cual se somete precisamente a las condiciones que él impone a los demás..."[16]

Todos los ciudadanos tienen la obligación de obedecer a ciegas la voluntad general que es la expresión de las voluntades individuales. Es la consagración de la tiranía de las mayorías diría otros autores más contemporáneos.[17]

- La voluntad general tiene límites.

Puede solicitar que el ciudadano entregue todo lo estrictamente necesario para el bienestar de toda la comunidad. No puede exigir más sacrificios que los necesarios porque se volvería un

15 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Al respecto dice: "...En el mismo momento, en vez de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como voces tiene la asamblea; cuyo cuerpo recibe del mismo acto su unidad, su ser común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que de este modo es un producto de la unión de todas las otras, tomaba antiguamente el nombre de Ciudad, y ahora el de República o de cuerpo político..." pág. 23.

16 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". "...De aquí resulta que lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos, como el interés común que los une; pues en esta institución cada cual se somete precisamente a las condiciones que él impone a los demás... pág. 39.

17 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Dice "...A fin pues de que el pacto social no sea una fórmula inútil, encierra tácitamente el compromiso, que por sí sólo puede dar fuerza a las demás, de que al que reúse obedecer a la voluntad general, se le obligará a ello por todo el cuerpo: lo que no significa nada más sino que se le obligará a ser libre; pues ésta y no otra es la condición por la cual, entregándose cada ciudadano a su patria, se libra de toda dependencia personal; condición que produce el artificio y el juego de la máquina política, y que es la única que legitima las obligaciones civiles; las cuales sin esto, serían absurdas, tiránicas y sujetas a los más enormes abusos..." pág. 24

poder arbitrario[18]. Es decir, la voluntad general puede exigir lo que el contrato social le permite exigir a los ciudadanos.

- El contrato social reserva el derecho de resistencia cuando la voluntad general (que constituye en sí misma el Estado) se extralimita sobre los ciudadanos e invade o inobserva derechos sobre los cuales no tienen potestad de afectación más allá de los límites impuestos en el contrato social, sea que lo haga directamente o a través de leyes. De darse el caso, pueden desconocer y hasta finalizar el pacto social y cada uno recobrar su libertad natural[19].

- Subordinación de las minorías a las mayorías.

La forma política que debe tomar el contrato social es la República como estado gobernado por leyes, en el que prima el interés público, en la subordinación de la minoría a la mayoría confiere un sentido de pertenencia a una unidad social que se concreta por hecho de dar su voto[20].

---

18 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Rousseau cree que en relación con los límites del poder que "...Se confiesa generalmente que la parte de poder, de bienes y de libertad que cada cual enajena por el pacto social, es solamente aquella que importa a la comunidad; pero es preciso confesar también que sólo el soberano puede juzgar esta importancia. Todos los servicios que un ciudadano puede prestar al Estado, se los debe dar cuando el cuerpo soberano lo pide; pero éste por su parte no puede imponer a los súbditos ninguna carga inútil a la comunidad; ni aun puede quererlo, pues de acuerdo a las leyes de la razón, como de la naturaleza, nada se hace sin motivo..."

19 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social". Colección Clásicos Universales de Formación Política Ciudadana. Primera edición, diciembre del año 2017. Partido de la Revolución Democrática. En la sección de los Medios de prevenir las usurpaciones Rousseau advierte claramente que "...Doy por supuesto lo que creo haber demostrado, a saber: que no hay en el Estado ninguna ley fundamental que no se pueda revocar, ni el mismo pacto social: porque si todos los ciudadanos se reuniesen para romper ese pacto, de común acuerdo, no se puede dudar de que estaría legítimamente roto..." Pag.87

20 Rousseau Jean-Jacques. "El contrato social".pág. 104

En conclusión, con Rousseau, en el estado de naturaleza el hombre vive en una situación de equilibrio satisfaciendo sus necesidades con los recursos existentes, existe mutua comprensión y no es un estado de guerra, como era la idea de Hobbes. Por factores negativos de la naturaleza, como las sequias, olas de frio, o cualquier otro fenómeno, los hombres entran en un estado de conflicto y de guerra generándose el caos. En este escenario el contrato social viene a ser la solución del problema, pero, a diferencia de los anteriores, las voluntades individuales desaparecen ante la voluntad general de un cuerpo social con una voluntad superior a todos los individuos que busca proteger a todo el seno colectivo.

No es un pacto de sumisión frente al Estado todopoderoso, sino que respetando la voluntad individual los intereses de la sociedad son superiores a los intereses individuales. Entonces el Estado aparece como la expresión de la voluntad general creada por la suma de votos individuales que construyen decisiones corporativas legitimando de esta forma la idea de una soberanía popular infalible, que no se equivoca y que cuya voluntad emanan los principios y los referentes éticos de la misma. Esta concepción dio lugar a los modelos de democracia representativa en las que siempre permanece latente el peligro de que la dictadura de las mayorías desnaturalice la legitimidad de las decisiones.

F. El Contrato Social según Kant

El pensamiento político de Kant (1724-1804) está influenciado por dos acontecimientos que fueron los puntos de inflexión en la historia política de la humanidad: la Revolución Francesa (1789) y la Independencia de los Estados Unidos (1776). Siendo el iusnaturalismo la corriente filosófica que dominaba el pensamiento del siglo XVIII llamado el siglo de las luces (Iluminismo) recibió fuertes impresiones de los clásicos iusnaturalistas como Hobbes, Locke, Hume y Rousseau, y de sobremanera Maquiavelo.

Kant parte de una visión lineal de la historia de la sociedad que comienza desde el punto cero hasta alcanzar niveles muy altos de progreso en su organización política y en la racionalidad de las actuaciones del hombre como objeto y sujeto del proceso histórico. Para Kant hay un antes y después de aquellos acontecimientos revolucionarios a tal punto que se situó en la época en la que la humanidad sale de la adolescencia entendida ésta como aquella fase del desarrollo en la que la humanidad no tienen conciencia ni entiende lo que hace. Así como el hombre atraviesa etapas de la infancia, adolescencia, juventud y madurez, las sociedades humanas también las tienen. La etapa de la infancia de la humanidad es el estado de naturaleza previa al contrato social y la etapa de la revolución es la madurez.

- Estado de naturaleza.

Previo al pacto social el hombre vive un estado de naturaleza que según Kant se caracteriza por la ausencia de una ley que reconozca los derechos naturales de los hombres. La carencia de normativa legal que asegure el ejercicio de los derechos del individuo hace que el dominio sobre una cosa no sea respetada por otra persona ni asegura que sea respetada por el resto. Esta inseguridad solo podría superarse a través de una ley pública que únicamente una comunidad organizada puede hacerlo a través del contrato social. La característica del estado de naturaleza no es la falta de un derecho privado, que sí lo tiene, sino la ausencia de un derecho público que asegure sus intereses ante los demás y la existencia de un Estado que ejerza coacción para su cumplimiento. La finalidad del contrato social no es el interés común sino la necesidad de la existencia de una ley general común pública.

De acuerdo con Cortina Orts la diferencia entre el estado de naturaleza y el estado civil es que en este último se crea un Estado que le asegura el reconocimiento general y no particular del

derecho de los ciudadanos sobre sus bienes[21].17 Entonces el fin de la unión o pacto es crear un derecho público coactivo que les asegure a los ciudadanos el derecho de exigir de otros y por la vía judicial el respeto para lo suyo.

En el estado de naturaleza, el individuo tiene el derecho privado de defender lo suyo frente a quienes quieren arrebatarle porque el respeto a la propiedad solo existe en las voluntades particulares o unilaterales que mediante un hecho de fuerza puede ser despojada sin que puedan acudir a otra instancia que los reestablezca. No pueden defenderse porque no hay derecho positivo que lo respalde ni una institución que tenga fuerza jurídica y coactiva que le asegure la propiedad definitiva sobre sus bienes. Esa fuerza procede únicamente de la voluntad universal o voluntad general o Estado, o unión civil, según cómo quiera llamarse.

- Contrato social o pacto de la unión civil.

Kant denomina al contrato social como pacto de la unión civil. Este pacto no mira atrás sino busca definir el fin que debe tener el Estado luego del pacto social. El fin del mismo no es la felicidad para los asociados porque sería penetrar en la autonomía propia del ciudadano y el Estado no puede definir un concepto de felicidad para cada uno[22].

21 Cortina Orts Adela(1988:52). "El contrato social como ideal del estado de derecho. el dudoso contractualismo de i. kant (*)". En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 59. Enero - Marzo 1988 Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-ElContratoSocialComoIdealDelEstadoDeDerecho-26963%20(2).pdf

22 Cortina Orts Adela (1988:50). "El contrato social como ideal del estado de derecho. el dudoso contractualismo de i. kant (*)". En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 59. Enero-Marzo 1988 Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet- ElContratoSocialComoIdealDelEstadoDeDerecho-26963%20(2).pd. Dice la autora "...Como es sabido, la diferencia radical entre el pacto de unión civil y los restantes pactos sociales estriba en la naturaleza del fin por el que se sella el contrato, porque en este caso el fin no se tiene, sino que se debe tener. El fin es un deber y condición formal suprema de

Para Ana Ulloa Cuéllar la cesión de ciertos derechos naturales se justifica porque el hombre adquiere el derecho a ser libre bajo una ley universal de la libertad y solo es realmente libre cuando obra según leyes creadas por él mismo alrededor de un cuerpo político común. El contrato social le permite convertirse en ciudadano y en un amo de sí mismo[23].

El Estado y las leyes deben fundamentarse en la moral y en la razón, no en los intereses ni en las conveniencias de nadie. A Kant le interesa la idea de la concepción del Estado no desde el punto de vista histórico o de su formación sino desde el punto de vista jurídico como una institución abstracta, como una idea o concepto asentado sobre la razón. Es un Estado creado racionalmente, en estado puro, pensado como una operación lógico formal separado del tiempo y de la historia. Esta voluntad general hace que el legislador ejerza su función legislativa como si las leyes fueran "derivadas de la voluntad general del pueblo" y de esta forma en la sociedad civil, todo ciudadano es un colegislador, pues al obedecer las leyes, se obedece a sí mismo[24].

El pueblo no ejerce su poder directamente, sino mediante una representación: ya sea un monarca o una asamblea. La soberanía no reside en el pueblo, sino en las leyes que han de ser el reflejo de la voluntad general.

- ¿Qué cede el individuo en el contrato social?

---

todos los demás deberes externos, porque consiste en el derecho de los hombres bajo leyes coactivas públicas. Obviamente, no consiste en la felicidad (fin que todos tienen), sino en el derecho, en cuyo marco cada cual puede proponerse buscar la felicidad a su manera; porque si el fin del pacto fuera la felicidad, entonces el legislador penetraría en el fuero interno de los sujetos y caeríamos en un paternalismo que no se conforma con regular la libertad exterior, sino que trata de arrebatar al sujeto su autonomía..."

23 ULLOA CUÉLLAR ANA(Págs. 116-117) "El Estado en Kant". Rescatado del sitio http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/11/ulloa11.pdf

24 ULLOA CUELLAR. Ob. Cit, pág.116 - 117

Según Kant cuando un individuo sale de su estado de naturaleza y a través del contrato social entra en un estado civil cede sus anteriores derechos y aquellos que son derechos fundamentales o íntimos, dice Kant, se los debe incluir en la Constitución para que sean de obligatorio respeto y cumplimiento por quienes ejercen el gobierno.

No se reserva ningún derecho "natural" porque transfiere todos sus derechos. Por tanto el derecho no puede regular el marco de convivencia social sino únicamente puede limitar y condicionar el comportamiento para la convivencia pacífica de la comunidad y ha de ser reflejo de la naturaleza racional del ser humano. La ley no puede irse en contra de esa naturaleza racional porque es la fuente de los derechos fundamentales contra los que no se pueden legislar y que, por el contrario, sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. El contrato social no organiza la vida social sino que solo establece los límites de las conductas de los individuos que actúan en forma libre de acuerdo a su derecho natural a la libertad y respetando el derecho de los demás.

- Derecho de resistencia.

Kant no está de acuerdo con el derecho de resistencia activa del ciudadano a las leyes y al poder político que se encuentra detrás de ellas, aun cuando sean injustas y despóticas porque todo acto que se oponga al poder político y a la autoridad del Estado constituye una amenaza a la subsistencia del Estado de derecho porque, según Kant, es el único estado en el que se puede conseguir y respetar los derechos del ciudadano.

Sin embargo según Ileana Beade en el modelo de Kant todo acto que resista a la autoridad constituye una amenaza para la subsistencia del Estado de derecho. Dice Kant que "...Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay [...] resistencia legítima del pueblo; porque solo la sumisión a su voluntad universalmente legisladora posibilita un estado jurídico;... El poder

que en el Estado da efectividad a la ley no admite resistencia (es irresistible), y no hay comunidad jurídicamente constituida sin tal poder, sin un poder que eche por tierra toda resistencia interior, pues ésta acontecería conforme a una máxima que universalizada, destruiría toda constitución civil, aniquilando el único estado en que los hombres pueden poseer derechos en general... " (Kant, Ak. VIII, 299)..."[25]

Es decir, si bien es cierto que Kant niega el derecho a la resistencia para evitar caer en el caos o caer en un reformismo que modifique la constitución en todo momento eso no quiere decir que no tenga alternativas frente a una situación de abuso del poder. En otras palabras, el pueblo puede mantener este derecho a resistir para poder para recuperar la libertad cedida o transferida al gobierno sin tener que recurrir a la revuelta. Kant recurre al poder de las elecciones, el derecho de elegir a sus representantes para poder modificarla.[26]

- La legitimidad de las leyes se funda en la razón no en la decisión de las mayorías.

El Estado es el reino de los fines en donde todos los hombres son libres y racionales. Este reino de los fines concebido por Kant significa que cada individuo es autónomo y que debe considerarse como miembro de ese reino. Kant reconoce que la libertad es la única que otorga la dignidad a los hombres como seres racionales que saben y son responsables de lo que hacen. Además la libertad no es absoluta. Solo en el estado de naturaleza son libres totalmente porque es una libertad salvaje y la única forma de controlarla es a través de la asociación en un Estado que emita leyes para regularla y controlarla de cierta forma.

25 BEADE ILIANA (2009:31). "Consideraciones acerca de la concepción kantiana de la libertad en sentido político". Revista de Filosofía. Volumen 65, (2009) 25-41

26 BEADE ILIANA (2009:33), Op.cit.

En conclusión, Kant caracteriza el estado de naturaleza como un estado de inseguridad que hace necesario un pacto social que dote de un marco jurídico de convivencia. Con la creación del Estado la soberanía no reside ni en el pueblo ni en las voluntades individuales sino reside en las leyes cuyo origen debe ser una voluntad general. Los ciudadanos pueden ejercer el derecho a la crítica y obedecer la ley vigente. La rebelión es completamente inadmisible e intolerable[27].

Las decisiones de las mayorías no son legítimas solo por el hecho de haber sido tomadas por la mayoría de voluntades sino porque son democráticas y racionales. El hombre debe actuar en libertad y con responsabilidad frente a sí mismo y a los demás. " La fundamentación moral del contrato por el cual el sujeto asume autónomamente como propios los mandatos de la mayoría, en cuanto satisfacen las exigencias de universalidad y racionalidad requeridas, permiten conciliar la decisión mayoritaria con la voluntad individual, sin caer en la imposición autoritaria o en la asunción obediente de carácter heterónomo..."[28].En sín-

27 PÉREZ DEL VALLE CARLOS." La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant (*)". En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS. RECPC10-03 (2008). Rescatado del sitio http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-03.pdf el 08/04/2020. Este autor aclara que Jakobs no puede fundamentar su derecho peal del enemigo apelando a la definición del estado de naturaleza del hombre en Kant. Así dice "...En Kant sólo existen enemigos antes del estado jurídico (status de derecho: en alemán, Rechtszustand); después del establecimiento del status de derecho ya no existen enemigos y sólo hay derecho penal de ciudadanos10. En esta misma perspectiva, se ha señalado también que este pasaje no proporciona, como pretende Jakobs, un argumento en favor de la exclusión, pues quien, desde un principio, no se ha situado en estado jurídico-civil (o de leyes de los ciudadanos), tampoco puede ser excluido de él. Pero además la custodia de seguridad (Sicherungsbewährung), de la que habla Jakobs como alternativa a la expulsión para los enemigos, no sería posible en el estado de ausencia de derecho, y menos aún una pena que no fuese de carácter absoluto..."

28 Mejía Quintana Oscar (1996).Justicia y Democracia consensual. Ediciones Uniandes. Bogotá. Pág. 34.

tesis y enfocado a este punto, Kant estructura su modelo sobre la base de un sistema jurídico propio del contrato social que no debe organizar la vida en comunidad sino que debe limitar las libertades.

Por tanto el derecho no puede regular el marco de convivencia social sino únicamente puede limitar y condicionar el comportamiento para la convivencia pacífica de la comunidad y ha de ser reflejo de la naturaleza racional del ser humano. La ley no puede irse en contra de esa naturaleza racional porque es la fuente de los derechos fundamentales contra los que no se pueden legislar y que, por el contrario, sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. El contrato social no organiza la vida social sino que solo establece los límites de las conductas de los individuos que actúan en forma libre de acuerdo a su derecho natural a la libertad.

Los derechos naturales del individuo se refieren principalmente al derecho de libertad que es el origen de todos los otros derechos, derecho que puede ejercerse con el único límite que el derecho de los demás (principio de la dignidad humana). El ejercicio de la libertad es de carácter individualista y no tiene el rasgo colectivo del modelo de Rousseau.

En este sentido la redacción del Artículo 66 numeral 5 CRE[29] consagra el principio por el cual el Estado no organiza la vida social en el Ecuador sino que establece las condiciones de respeto y promoción de los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen en forma preexistente al Estado emanados de su condición de ser libre y autónomo. El Estado no puede obligarle al ciudadano a realizarse en base a las orientaciones estatales impuestas por el ordenamiento jurídico sino que es el individuo el que organiza su vida como quiera hacerlo con el único límite de

29 Articulo 66 numeral 5to. De la CRE dice "...Se reconoce y garantiza a las personas:... 5.Derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás..."

respetar el derecho de los demás. De esta manera se traduce la corriente kantiana receptada por la Constitución de la República del Ecuador como fuente inspiradora de las principales instituciones dogmáticas y orgánicas que organizan el Estado sobre la base del respeto a la dignidad de las personas.

G. Otros aportes de pensadores del siglo XIX.

El Derecho penal liberal o Derecho penal clásico, como lo denominara despectivamente Enrico Ferri, no tuvieron solamente a pensadores franceses como fuente de inspiración, sino que amalgamaba juristas de varios países de Europa. Por ejemplo tenemos a Juan Anselmo Feuerbach, redactor del Código penal de Baviera en 1813 quien contribuye al avance del Derecho Penal liberal con el desarrollo de varios principios importantes; así estima que el fundamento de la pena es la intimidación psicológica no solo en contra el infractor sino frente a la sociedad para que no imite la realización de conductas delictivas.

Feuerbach insiste en que el Estado tiene la obligación de organizar instituciones de coacción preventiva y represiva frente al delito porque la finalidad de la pena se fundamenta en la estricta necesidad de anular los impulsos motivadores del delito por medio de la amenaza e intimidación de aplicar un mal mayor. Se le atribuye como autor de las máximas que identifican el principio de legalidad: *nula poena sine lege, nula poena sine crimine, y nullun crimen sine poena legalis.*

En cambio Francisco Carrara, profesor de Pisa en 1855, introduce el concepto de libre albedrio como expresión de la libertad del hombre para actuar y por tanto fundamento de la imputación penal. Define al delito como un ente jurídico libre de cualquier valoración arbitraria. El delito es una infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.

3. Características del Derecho penal liberal o clásico

La reforma llevada a cabo por los ideólogos de la Revolución francesa debía dar respuestas sobre una cuestión que era sin duda la más importante, y es la relacionada con los delitos y las penas para superar la forma cómo en lo penal venía actuando el sistema punitivo de la monarquía. Estos problemas son:

- El primero, ¿cuándo castigar?, es el problema de fijación de los supuestos de la intervención penal;

- El segundo, ¿con qué pena castigar?, sobre la determinación del tipo de pena y la cuantía que debía imponerse al condenado.

-El tercero, ¿quién es competente para castigar? Se debe precisar la competencia de la persona a cargo de llevar el proceso de juzgamiento y establecer la pena condenatoria. Además, debe definirse cuál es el órgano competente para establecer qué conducta es delito y qué pena se debe imponer. Es decir, definir quién elabora los tipos penales.

- Finalmente el cuarto, ¿cómo proceder al juzgamiento de un infractor? Este es el aspecto adjetivo o procesal. Debe fijarse las reglas que obligatoriamente tienen que cumplirse para que la culpabilidad y la condena sean legítimas.

Donna[30] (2006) menciona que el Derecho Penal Liberal está concebido alrededor de la idea del individuo autónomo y libre dentro del ámbito de su esencialidad y de su cotidianidad. Consecuente con la idea kantiana el individuo no debe servir de ejemplo ni de chivo expiatorio de ningún Estado; la persona debe ser un fin en sí mismo, no una ficha o un tornillo dentro de un engranaje social al servicio de las asignaciones que le imponga el Estado.

30 Donna Edgardo (2006). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos – Teoría de la ley penal. Editores Rubizal-Culzoni. Buenos Aires. Pag.7

Por ello, Donna propone que el proyecto liberal del Derecho Penal tiene las siguientes características:

- La absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva.

- La rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual.

- La reducción del arbitrio judicial que se pensó podría ser humanizado pero que puede ser sujeto a reglas muy estrictas.

- El estricto respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y

- La consideración básica del delito como un ataque objetivo a los bienes jurídicos de interés general.

- La proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad entendiendo a esta última no como la conformación de la personalidad o del carácter sino la referida al acto delictivo que se trate.

- La humanización de las penas evitando las que se revelen excesivamente crueles o repugnen a la dignidad humana.

- La proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad objetiva del delito.

- El fin retributivo de la penalidad desechando cualquier utilización del condenado reconociendo también una función preventiva dentro de límites muy precisos que puedan impedir el desconocimiento de su dignidad y se desvirtúe la retribución penal.

4. ¿El Derecho penal liberal se mantienen hasta la actualidad?

Pero el derecho penal de raigambre liberal no se ha mantenido hasta la actualidad en el ámbito de su pureza inicial. Al contrario, lo que conocemos al Derecho penal moderno, de corte liberal, que lo han adoptado casi todos los ordenamientos jurídicos desarrollados es "... un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico – la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. Los filones que se encuentran en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son muchos y distintos: las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitarista del derecho y de la pena..."

No es que estamos ante un Derecho Penal liberal puro sino que el Derecho penal moderno actual es una síntesis de las aportaciones recibidas por todas estas corrientes del pensamiento filosófico jurídico que sin ser homogéneas o parecidas han confluido para darle estas características que responden a un desarrollo social históricamente determinado.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA IMPUTACIÓN PENAL

I. La imputación penal en el Derecho penal liberal

Según el diccionario de la lengua española, imputar es atribuir la responsabilidad de un delito a una persona. En el Derecho Penal liberal la base de la imputación del sistema penal radica en la autonomía ética del hombre. Esta autonomía no es sino la capacidad que tienen las personas para actuar de acuerdo a un conjunto de principios y valores asimilados, prescindiendo de la voluntad de otros.

Imputar, de acuerdo con Cabanellas[31] , es "atribución de una culpa a un agente capaz normalmente...". Solo un ser humano, o una persona física, pueden ser imputables. La persona jurídica no es un sujeto de imputación porque toda la estructura del derecho penal liberal se levanta sobre la base de las categorías propias de la imputación a personas de carne y hueso. La responsabilidad penal de las personas jurídicas requiere de "otro" derecho penal con construcciones teórico normativas diferentes, como efectivamente así proponen diversas legislaciones incluida la nuestra.

31 Cabanellas Guillermo (2007). Diccionario Jurídico Elemental .Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. Argentina

Atribuir una falta o una infracción implica necesariamente la obligación de sufrir una pena o reparar un daño. Previa a esta atribución debe determinarse la existencia de la lesión causada o el peligro que esa conducta sometió al bien jurídico protegido

II. La imputación penal presume la existencia de un hombre libre y autónomo.

La imputación penal debe fundamentarse constitucionalmente porque caso contrario sería un mero acto de demostración de poder en el que el proceso penal y la pena que se imponga vendrían ilegitimas. La legitimidad de la imputación penal implica el reconocimiento y el respeto al principio de vigencia de los denominados bienes jurídicos fundamentales necesarios para la convivencia social. Esos principios se constituyen en instrumentos limitadores del poder punitivo del Estado.

Donna reconoce que, gracias a los trabajos desarrollados en la obra de pensadores y filósofos como Kant y Hegel, la libertad del hombre se tradujo en lo que hoy se conoce con el nombre de "conciencia". El hombre como conciencia, máxima del liberalismo, significa que "...cuando se le reconoce al ser humano como conciencia, al mismo tiempo se le reconoce que es libre y, por tanto, se le reconoce al otro como tal y por ende libre e igual... la libertad de conciencia...no es otra cosa que devolver al hombre su capacidad de pensar y decidir. Si ello es así, este hombre liberal puede oponer la razón al Estado y a toda autoridad que pretenda avanzar sobre su conciencia y, por ende, sobre su persona..."[32]

32 Donna Edgardo, Ob. Cit. Pag. 347

III. Imputación penal y la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador presupone o concibe la existencia de un hombre racional, libre y autónomo investido del don innato de la dignidad humana como fundamento de todo el sistema institucional establecido. El Artículo 66 numeral 5 de la CRE reconoce el derecho de toda persona al libre desarrollo de su personalidad sin injerencia del Estado, como libre ejercicio de disposición de su libertad con la única limitación del respeto al derecho de los demás.

Se evidencia el postulado por el que el Estado concilia la libertad individual y el bien común, es decir, se propone el ejercicio garantizador de los derechos fundamentales y la exigencia de cumplimiento los deberes ciudadanos al mismo tiempo. Nada debe impedir el uso de las libertades individuales y el deber de respeto a los derechos de terceros si el objetivo final es la convivencia del individuo y de la comunidad. No pregona la existencia de la persona sola y autónoma sino íntimamente vinculada con la comunidad a la que pertenece. Es el carácter personalista de la Constitución.

En consecuencia, la restricción a la libertad del individuo por parte del Estado tiene una sola justificación: proteger el derecho de los demás a través de una normativa positiva que tiene reserva de ley y de exclusiva competencia del legislador. La defensa de los derechos de terceros debe justificarse con la necesidad de defenderlos y que esa necesidad esté prevista en la ley. No opera para la defensa de los derechos propios porque atenta contra el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Nuestra Constitución establece una cláusula general de libertad prevista en el Artículo 66, numeral 5to y simultáneamente inserta otra cláusula de responsabilidad individual en el Artículo 83 CRE como contrapunto a la libertad de actuar y de pensar y de su obligación de responder jurídicamente por el incumplimiento de

los deberes y responsabilidades a los que está obligado a realizar como ente titular de derechos y obligaciones.

Queda descartada la posibilidad, por la propia concepción de Estado constitucional de derechos y justicia que la imputación penal pueda fundamentarse en el incumplimiento de deberes establecidos constitucionalmente en el Artículo 83 numeral 1ero de la CRE. La imputación requiere de una lesión efectiva y demostrable o al menos potencial de un derecho ajeno porque de acuerdo a esa normativa el límite al libre desarrollo de la personalidad del individuo es el respeto a los derechos de terceros, lo que implica la necesidad y el deber de igualmente respetar el orden jurídico, aunque no sea una obligación.

La base de una imputación penal por desacato a la ley o irrespeto al orden público no debe fundarse en la errónea creencia de que el ordenamiento jurídico positivo de un país es justo porque está diseñado y expedido desde el punto de vista formal y no material de la ley. Por el contrario, la ley para ser legítima no solo debe respetar formalmente los presupuestos legales diseñados para su creación sino que además debe coincidir con los postulados constitucionales y con los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que el país se encuentra jurídicamente vinculado[33].

En conclusión, la imputación penal exige la presencia de una persona con capacidad de autodeterminación, autónoma o libre en sus relaciones con los demás, que supone la realización voluntaria incluso de los actos contrarios a la ley y que afectan derechos fundamentales de terceros, conductas que podrían estar tipificadas como infracciones penales. Ahora cabe la pregunta: ¿qué tipo de conductas son imputables a un individuo?

33 Roxín Claus (2008).Derecho Penal. Parte General tomo I. Ediciones Civitas. Madrid. Pág. 177.

1. La imputación penal se fundamenta en un Derecho penal de acto.

Zimmerl, citado por Roxín[34], resumía la problemática existente en relación con el objeto de la imputación penal, al preguntarse cuál era el fundamento primario de un sistema penal determinado, si era el hecho concreto (acto) o la personalidad del infractor. De la respuesta a esta pregunta se obtendrían luces suficientes para caracterizar a un sistema penal.

El Derecho penal de acto y el Derecho penal de autor son sistemas que permanentemente se han venido entrecruzando dependiendo de las tendencias que el derecho positivo fue adoptando en el trascurso de los años. Para muchos ilustres penalistas es evidente que el Derecho penal de acto, producto de la lustración y del liberalismo penal, ha retrocedido significativamente frente al avance de las concepciones neopositivistas que nuevamente han centrado su atención más en el individuo que en el mismo delito.

El delito se expresa y se verifica a través de un hecho externo realizado por una persona, el autor del hecho. Pero también contiene no solo la información de la gravedad del hecho realizado sino las características psicológicas del sujeto, como por ejemplo su forma de vida y su nivel de sociabilidad (hecho y autor) de los que dependería la pena.

Si un sistema fija el castigo únicamente atendiendo la gravedad del daño a los intereses protegidos de terceros entonces estamos frente a un Derecho penal de acto. Pero si la pena va en función no del hecho cometido sino principalmente por las condiciones psicológicas del autor, por su modo de vida, por su estado reiterativo de conductas delictivas o por su carácter socialmente peligroso, entonces estamos frente a un Derecho penal de autor.

34 Jescheck Hans. Tratado General de Derecho Penal. Ob. Cit. PAg.59

2. La imputación en el Derecho penal de Autor

De acuerdo con este concepto la pena se impone porque el autor tiene una personalidad delictiva por hacer del delito un modo de vida y por la tendencia a violentar a futuro la norma jurídica penal prohibitiva[35].Para el Derecho penal de autor la infracción cometida revela la verdadera identidad subjetiva de la persona que la hizo; revela cuánta capacidad y predisposición para delinquir caracteriza la personalidad del infractor. En base a estos indicadores debería imponerse la pena a fin de prevenir en el futuro que el infractor siga cometiendo delitos. Importa poco el hecho como tal, lo que interesa es el autor, lo que verdaderamente importa es la expresión peligrosa de su carácter y de su personalidad que, al final, serán los determinantes para la imposición de la sanción.

Roxín dice que lo que le hace culpable al autor, el presupuesto de la pena que se le va a imponer, no es a consecuencia del hecho o de la conducta censurable sino por la peligrosidad o las características de su personalidad[36]

3. Derecho penal de acto en el COIP

Un sistema penal que tenga como fundamento los principios del Derecho penal liberal debe inclinarse por el sistema de determinación de la culpabilidad y la pena en base al hecho realizado y no por la personalidad o por el modo de vida del autor.

La CRE en el Art. 76 numeral 3ero establece el principio de legalidad por el que ninguna persona podrá ser juzgada por un acto u omisión que al momento de cometerse no estuviere tipificado

35 Roxín, Claus (1997:177). Derecho Penal Parte General Tomo I. Civitas Ediciones. Madrid.

36 El COIP acepta este principio en el Art. 22 segundo inciso: "...No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales..."

como delito, prescripción que es un indicativo claro de que el principio de imputación penal está identificado con el Derecho penal de acto porque la respuesta punitiva del Estado reacciona frente a un hecho delictivo realizado con voluntad e inteligencia propias de un ser racional, capaz de determinarse con libertad y que escoge una opción que modelará su vida y que sabe de las posibles consecuencias jurídicas impuestas por el poder punitivo del Estado.[37]

El Art. 22 del COIP recoge la disposición constitucional y doctrinaria y se alinea de manera directa con la preceptiva que concluye que el sistema adoptado por nuestro Derecho penal definitivamente es el Derecho penal de acto. En efecto, cuando determina que no se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales se confirma el anticipo sustentador de la reforma penal expresada en la Exposición de Motivos realizada por el legislador ecuatoriano en la que en forma textual sentencia la proscripción del derecho penal de autor[38].

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

37 Ver Registro Oficial N. 180 del lunes 10 de febrero del 2014, numeral 4to. pág. 3. Textualmente dice: "...4. Actualización doctrinaria de la legislación penal El auge del constitucionalismo en las democracias contemporáneas ha sido precedido de una renovación teórica y conceptual. Parte del nuevo instrumental jurídico, producido no solo por la doctrina sino también por la jurisprudencia de tribunales constitucionales y penales, nacionales e internacionales, son: la imprescriptibilidad de ciertos delitos que tienen particular gravedad en el mundo entero; el estado de necesidad en sociedades en las que hay extrema pobreza y exclusión, como es la nuestra; las penas prohibidas, para evitar arbitrariedades; la revisión extraordinaria de la condena; la suspensión condicional de la pena; supresión de delitos que pueden merecer mejor respuesta desde el ámbito civil o administrativo; la proscripción de un derecho penal de autor; la supresión de la presunción de derecho del conocimiento de la ley, entre otros..." (El subrayado es nuestro).

38 Carrasquilla Fernández Juan (2002). Derecho Penal Liberal de hoy. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Pág. 267

IV. Derecho Penal y la Moral

La ética y moral significan, desde lo etimológico, lo mismo: costumbre. Pero con el tiempo han devenido en distintos significados. La Ética se encarga del estudio de las reglas de la conducta humana desde la dimensión de lo bueno y lo malo de las mismas; la Moral se encarga del estudio de los principios y valores con las que dirige nuestro comportamiento en la vida cotidiana, para diferenciar lo bueno y lo malo, lo correcto o incorrecto, dentro de las relaciones intersubjetivas con los demás desde un sentido más práctico que la ética. Esta practicidad de la Moral se ha traducido en un sinnúmero de guías morales religiosas que desde ámbitos estrictamente personales pretenden proyectar hacia los demás modelos de comportamientos, exigencias o modos de vida determinados.

La diferencia entre estos dos ámbitos de convivencia humana es muy importante en el Derecho penal porque de su delimitación depende la verificación del respeto a los límites a los que debe someterse el Estado en el ejercicio del poder punitivo, especialmente en lo que tiene que ver con la tipificación de los delitos, con el proceso penal y en la aplicación de la pena[39]

Veamos algunas diferencias y semejanzas entre Derecho y Moral.

- Una semejanza fundamental viene de que tanto la moral como derecho son órdenes normativos, es decir, que se rigen por un conjunto de normas, que regulan la conducta humana libre autónoma en actos permitidos y aceptados en una sociedad.

Las diferencias entre Derecho y Moral son varias:

- Las normas penales tienen una dimensión social y comunitaria. Le importa los actos externos. Las normas morales atienden

39 Dworking Ronald (2007). Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona. Pág. 349 a 371

solo el ámbito personal y no le importa las acciones sociales. Se limitan a la esfera interna de cada persona.

- El cumplimiento de las normas penales puede ser obligatorio y coercitivo por la fuerza; la obediencia y el respeto a las leyes radica en la amenaza y en la imposición por la fuerza. El cumplimiento de las normas morales es voluntario y no existe fuerza coercitiva para su cumplimiento.

1. ¿Cuándo la sociedad considera delitos ciertas actividades inmorales?

Ronald Dworking[40] resume el conflicto entre estos dos órdenes alrededor del cual se definen los ordenamientos jurídicos penales modernos de la siguiente manera: ¿Cuándo son delitos ciertas actividades inmorales, como por ejemplo la prostitución o la publicación de material pornográfico y otras más? ¿Tiene la sociedad derecho a castigar aquellas conductas que sus miembros desaprueban enérgicamente, aunque tales conductas no tengan efectos lesivos sobre los derechos de otros? ¿Bajo qué criterios se penalizaba la prostitución, la homosexualidad, la vagancia en nuestra legislación?

La respuesta justificante de la penalización de un comportamiento inmoral no se encuentra en la condenación pública a tales actividades, ni en la amenaza a futuro de algún cambio o efecto sobre el incremento de la criminalidad. Por el contrario, tiene asidero en el concepto de moralidad pública. El argumento para justificar esta intromisión de la moral en la justicia se basa en dos argumentos:

En primer lugar, en el derecho que tiene la sociedad para proteger su existencia cuando los actos inmorales son intolerables, indignos y repugnantes. Este argumento es refutado bajo el sus-

40 Dworking Ronald (2007). Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona. Pág. 349 a 371

tento de que ninguna acción inmoral tiene la fuerza suficiente de poner en peligro a toda una sociedad. Muy por el contrario, el verdadero peligro tiene que ver con la actuación del legislador al tipificar actos que no lesionan bienes jurídicos de terceros sino que tales actos son calificados intolerables para una parte de la comunidad. Los actos inmorales intolerables, repugnantes e indignos si no afectan gravemente bienes jurídicos no pueden ser considerados como delitos porque se estarían atentando a los derechos fundamentales constitucionales de quienes los practican.

En segundo lugar, el otro argumento sostiene que la mayoría tiene el derecho a seguir sus propias convicciones morales aunque en el fondo no refleje sino su temor al cambio que podría traer una legislación que convierta esos actos inmorales en delito. Si existen intereses sociales importantes como la integridad de la familia, por ejemplo, el legislador debe tener presente esta amenaza y verificar si una conducta los puede afectar considerablemente.

Pero en general en un sistema democrático las decisiones son tomadas por una mayoría que, como decía Kant, no siempre están investidas de racionalidad por lo que al legislador no le queda otra salida que criminalizar una inmoralidad por decisión mayoritaria, afectando derechos fundamentales de las personas.

Esta criminalización irracional de aspectos morales además no es justificable ni sostenible por la falta de un concepto de inmoralidad aceptado por la mayoría de ciudadanos. Peor aún si este concepto de inmoralidad se fundamenta en posiciones de odio y prejuicio contra ciertos grupos a los que el poder político ya los ha estigmatizado como indeseables o molestosos. La aversión, la discriminación, el resentimiento o el odio hacia otro sector de la población no debe ser el fundamento para incentivar campañas de criminalización y penalización de conductas que se creen erróneamente indeseables para toda la sociedad.

El diseño político de toda comunidad democrática debe aceptar las decisiones de una mayoría que previo a la decisión que criminaliza actos inmorales deban construir consensos a través de la generación de un debate general con la participación de toda la sociedad representada por académicos, políticos, filósofos, abogados, grupos colectivos, representantes populares, partidos políticos, etc.

Si de ellos se determina la necesidad de penalizar ciertas inmoralidades el segundo paso sería contrastar esta opinión con los principios constitucionales que sustentan la conversión de una conducta inmoral en un delito. De no haber un control constitucional en este sentido, no se debe criminalizar aquellos actos.

2. Principio de Separación entre Derecho penal y Moral

Este principio propio de la Ilustración fundamenta la autonomía entre estas dos esferas del comportamiento humano. El Estado y el derecho no deben tener fines morales distintos de los que tienen las personas y los ciudadanos y peor tener fines para sí mismos diferentes a los intereses de la sociedad. Es un deber ser del derecho el principio de separación con la moral porque, como dijimos, la inmoralidad es un elemento importante pero jamás puede constituirse en una condición suficiente o determinante que justifique el poder punitivo del Estado para la represión penal.

Ferrajoli[41] entiende la diferenciación del derecho y la moral como una separación entre la legitimación interna y legitimación externa que es importante para reconocer el modelo autoritario, que confunde derecho y moral, y el modelo penal garantista que exige el cumplimiento de estos postulados relativos a la concepción del delito, del proceso penal y de la pena:

41 Ferrajoli Luigi (2009:221-229). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid.

- El derecho no impone una moral sino impide la comisión de actos lesivos u ofensivos contra terceros.

- Para que un acto sea considerado delito no es suficiente que sea inmoral., porque puede haber actos reñidos con la moral que no son delitos, por ejemplo no ayudar a los pobres, no realizar obras de caridad.

- El juicio penal no debe centrase en la personalidad del procesado o su moralidad o carácter sino en las conductas penalmente relevantes que le son atribuidos y que deben ser probados por el fiscal y desvirtuados por la defensa.

- La pena no puede tener fines éticos o moralizadores porque el procesado actúa dentro de su autonomía ética en la que no cabe intromisiones. La pena, dice Ferrajoli debe "...suponer una utilidad para la sociedad que la impone y para el individuo que la sufre"[42] .

La separación entre la moral también debe verificarse con los otros ámbitos del Derecho penal, como son, en la concepción del delito, en el proceso penal y en la pena. Veamos brevemente.

3. El Principio de separación entre moral y delito.

En el proceso de la tipificación de delitos el Derecho penal no pretende imponer una determinada moral sino proteger bienes jurídicos y prevenir la comisión de delitos a futuro. No puede tipificarse como delito una conducta inmoral por más grave que ésta sea si no ha causado daños a un bien jurídico ajeno protegido por el Estado. Como bien afirma Moccia "...elevar a delito hechos o actitudes contrarios a las reglas de la ética, que no resulten ofensivos de bienes jurídicos es una operación disfuncional respecto del logro de finalidades de integración social..."[43].

42 Ferrajoli Luigi (2009). Ob. Cit. Pág. 221-229

43 Moccia Sergio (1192:228-229). El derecho penal entre el ser y el valor. Editorial B

La tipificación de las inmoralidades atenta derechos fundamentales porque no existe una sola moral aceptable por todos y porque junto a ella existen reconocidos derechos como la libertad de expresión y libertad religiosa. Por ende el Estado no debe inmiscuirse en la vida moral de las personas ni pretender imponer normas morales o penales para su cumplimiento.

Al respeto Moccia cree que "...Como es sabido, según los principios de una democracia pluralista, el estado no puede imponer un determinado sistema moral y, mucho menos, someter al individuo a tutela moral mediante el instrumento del derecho penal..."[44]; y la razón es simple: un acto no ético tipificado como delito puede ser disfuncional a la convivencia pacífica porque pueden afectar el ejercicio legítimo de derechos personalísimos como el honor, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, entre varios, en su más amplio sentido.

4. El Principio de separación de la moral y el proceso penal.

En este aspecto el principio de separación implica que el proceso penal no debe referirse a cuestiones morales o cuestiones propias de la personalidad del procesado sino debe concentrarse en analizar los hechos jurídicamente desaprobados, objeto único de todo el proceso. Solo los comportamientos prohibidos por la norma penal deben ser revisados por los jueces del sistema penal. No se analiza el alma, el espíritu, las, creencias religiosas, sus concepciones políticas, sino que, conforme al principio de legalidad (taxatividad) estos delitos deben estar previamente y en forma clara y precisa tipificados en la ley.

---

de f. Buenos Aires

44 Moccia Sergio (1192:230). Ob. Cit.

5. El Principio de separación de la moral y la pena.

La pena, entendida como la consecuencia del delito cometido, no debe tener ni contenido ni fines morales, dice Ferrajoli[45]. La pena no debe cumplir funciones sancionadoras de inmoralidades ni debe servir como un instrumento de resocialización moral del condenado. En función de este principio de separación pensadores como Ferrajoli creen que es concordante con la línea de respeto a la dignidad humana entendida ésta como expresión de un proyecto de vida escogido en libertad por el individuo porque "...el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas y no agravadas con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo terapéutico y ético..."[46]. Criterio concordante con el principio de participación y voluntariedad en la ejecución de las penas establecido en el COIP, Artículos 7,8 y 9.

45 Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Ob. Cit. Pág. 225

46 Muñoz Conde, Francisco (2007:29-33).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO PENAL OBJETIVO

I. Introducción

Como en ninguna otra rama del derecho la presencia de diversas formas de violencia física y psicológica se hace más evidente en el Derecho penal y vienen a ser una expresión casi natural del comportamiento social. Violentos son los delitos que se cometen a diario y violenta es la respuesta represiva del Estado. La valoración sobre si esta violencia legítima es ilegal, si viola derechos fundamentales o si la respuesta estatal sobrepasa los límites impuestos por el ordenamiento jurídico es una valoración relativa, depende quién y contra quién se la ejerce. Es decir, la violencia debe ser entendida en un contexto socio-político determinado de toleración o condena.

En este sentido, se torna necesario concentrar la atención en el Derecho penal como mecanismo de control social de la violencia y de las conductas antisociales, sin olvidar que el Derecho penal no es el único y ni el más efectivo mecanismo de vigilancia y control de la comunidad aun cuando a su naturaleza le es "... inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses...".[47]

47 Muñoz Conde, Francisco (2007:29-33).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia

II. Finalidad de Control Social

El hombre es un ser social por definición y busca construir mecanismos de convivencia que sostengan objetivos de realización personal o grupal. Pero esta convivencia no siempre se desarrolló de manera pacífica por la tendencia individual o grupal de imposición sobre el interés de los demás lo que conduce ineludiblemente a la creación de conflictos a los que el Estado está llamado a resolver o mantenerlos controlados. Pero el Estado tiene generalmente la tendencia de concentrar la atención más que en la masa social, a sus propios intereses casi siempre identificado con el de aquellos que lo controlan o lo dominan. De todas formas estas necesidades propias de la actividad estatal generan dinámicas de control social sobre la población que consoliden el poder político, social y económico.

Para lograr la permanencia en el poder y la solución de los conflictos sociales el Estado elabora políticas orientadas a condicionar y controlar el comportamiento social e individual a través del uso de mecanismos muy diversificados que van desde la toma de medidas y políticas criminales amigables con los derechos humanos y otras que se transforman en formas autoritarias y violentas de control social.

Control social[48] y reacción social son dos aspectos íntimamente vinculados y relacionados con las conductas individuales. El control social es un mecanismo por medio del cual se pretende someter el comportamiento de las personas y de los grupos sociales en función de un objetivo determinado, como es, el conminar a realizar o evitar la realización de determinadas acciones humanas. Todos los individuos o colectivos buscan ejercer el poder de control sobre sus semejantes de diferentes maneras

48 Elbert Carlos Alberto(2005:154), en Manual Básico de Criminología, Editorial Temis, Bogotá. Atribuye la creación de este concepto al sociólogo norteamericano Ross en 1890 y que inicialmente se refería a la influencia de la sociedad sobre un individuo para que adaptara o asimilara al sistema de valores que dominan la sociedad. Pág. 154

sin importar si ellas son medidas insignificantes o de gran relevancia penal.

Lo importante es dejar en claro que cuando hablamos de control social estamos refiriéndonos a una serie de medidas de las que dispone el estado para controlar las conductas de los ciudadanos de acuerdo con parámetros que han sido definidos por el mismo poder, en función de sus intereses. También control social se refiere a la otra cara de la medalla, es decir, a la reacción social o la respuesta del estado en contra de quienes no acaten o no se subordinen a los lineamientos sociales fijados por el poder.

Los medios a través de los cuales se ejerce el control social son de dos tipos:

1. Los medios de control social formales

Son los que se encuentran altamente desarrollados jurídicamente. Son controles externos al individuo, no ejercido por él sino por instituciones oficiales, estatales, dotadas de reglas y normas muy específicas, como es el caso del Derecho penal, el derecho familiar, el derecho tributario, derecho bancario, etc.

2. Los medios de control social informales.

Son aquellos que no se encuentran jurídicamente muy desarrollados, como por ejemplo la familia, la escuela, el trabajo, el barrio, etc. Son controles internalizados que el sujeto ejerce sobre sí mismo.

3. El Derecho penal como un medio de control social.

La intervención social mediante el Derecho penal es la intervención más dura y violenta con el que cuenta el estado para la protección de los derechos fundamentales frente al daño realizado o frente a la puesta en peligro de lesión de los mismos. El Dere-

cho penal forma parte de todo el espectro violento del sistema de control social que viene del Estado y las instituciones que lo conforman, es decir, es el mecanismo más riguroso y estructurado del sistema de control social creado para establecer un control estricto sobre los efectos negativos que causa el delito en la sociedad y para dar protección a intereses previamente definidos a través de un conjunto normativo pre-existente. Lo que busca es "...evitar determinados comportamientos sociales que se reputan como indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen...".[49]

Insistimos en aquello de que el Derecho penal es un medio de control social muy formalizado en razón de que evita determinados comportamientos sociales por la amenaza de una sanción. Estas conductas, siendo los delitos las de mayor peligro, tienen que ser sancionadas con penas o medidas de seguridad cuando representan altos niveles de gravedad y no pueden ser controladas por otras ramas de derecho como es el derecho administrativo o el derecho contravencional.

Pero la respuesta del Derecho penal no es abierta y discrecional sino que debe ser acorde con sus propios mecanismos de limitación del poder punitivo del estado. La reacción estatal frente a un delito no debe ser excesivamente violenta sino que debe respetar derechos y principios que le impone un estado democrático y los convenios internacionales sobre derechos humanos que son recogidos por el Derecho penal. En este sentido el Derecho penal acoge los principios limitadores de la intervención estatal y de observancia de los derechos fundamentales que se concretan en cuatro garantías principales: libertad, justicia, seguridad y bienestar.

49 Mir Puig, ob.cit.pag. 39

4. Características del Derecho penal como medio de control social.

- Es monopolizado por el Estado. El Estado es el único ente que lo ejerce.

- Es delimitado por principios y normas legales. Por ejemplo, el principio de legalidad por medio del cual la ley debe determinar previamente qué conductas son delitos y qué pena se impone. Adicionalmente debe establecerse en forma clara y precisa el proceso de determinación del delito y la imposición de la pena o las medidas de seguridad. El COIP conserva la estructura clásica de composición: la parte general de los principios y la parte especial de los delitos.

- El control social también lo ejercen otras ramas del derecho como el derecho administrativo, por ejemplo, que también impone penas que generalmente se reducen a las multas pecuniarias generalmente muy severas. Pero el Derecho penal a diferencia del derecho administrativo se reserva las sanciones para los actos más graves o que más afectan a la sociedad dejando los de menor gravedad en manos de los otros medios de control social. Sólo cuando estos otros medios fallan o resultan insuficientes, entonces aparece el Derecho penal para sancionar, como por ejemplo en los delitos por contaminación ambiental en los que las conductas dañosas menos intensas son sancionadas por el derecho administrativo.

- Para que el control social se materialice se requiere el quebrantamiento de una norma jurídica que desencadena la reacción del estado y que implica la activación de un proceso penal y la imposición de una sanción. De tal forma que, según Muñoz Conde[50], norma jurídica, la sanción y el proceso penal son conceptos fundamentales del control social. El Derecho penal se encarga del estudio de la norma jurídica penal, de las

50 Mir Puig, ob.cit.pag. 40

conductas que violentan esas normas y la aplicación de las sanciones del caso.

III. El Derecho Penal y la violencia.

El fenómeno de la violencia, como conflicto social y como respuesta estatal, ha estado presente en todas las sociedades de todos los tiempos. Quizá esa sea la característica social constante en los dos últimos siglos. Una violencia que proviene no solo de las relaciones interpersonales, entre hombres comunes, sino principalmente la generada desde el poder del Estado más allá de la justificación de la que se halle investida.

La violencia es el motor generador y de arranque del estudio del Derecho penal quizá porque los conflictos y la muerte no pueden ocultarse ni cerrarse con visiones tranquilizadoras que ignoran los catastróficos resultados de la intervención del poder punitivo desenfrenado en las sociedades especialmente del siglo XX.

En otro nivel, el Derecho Penal no puede abstraerse del conocimiento de la situación calamitosa por la que atraviesan millones de seres humanos víctimas del delito, de los procesados por un sistema penal injusto, de una sociedad víctima de formas delincuenciales cada vez más violentas y despiadadas, del alto nivel de impunidad, de la adopción y agudización del control social estatal, de la acción mortífera del estado policial y autoritario, de sociedades desiguales inundadas de aspiraciones frustradas y consumos desenfrenados. De hacerlo, estaríamos frente a una ciencia penal peligrosamente neutra, escéptica, ilegítima e ideológicamente ubicada en el ámbito del interés controlador del poder punitivo del Estado.

Beneficiosamente la tradición del Derecho Penal liberal nacido con los aportes de grandes pensadores de la Ilustración del siglo XVIII ha permitido que la idea del Estado de derecho sea fortalecida aun en los momentos más álgidos de la historia de la humanidad contemporánea.

Al igual que Zaffaroni nos preguntamos ¿qué nos imaginamos cuando hablamos de Derecho Penal? La primera respuesta que se nos viene a la mente es la constatación de la existencia de escenarios dantescos de crímenes horrendos y las peores crueldades humanas.

Y no es exageración lo que acabamos de mencionar. En el contexto de esta realidad el Derecho penal ha formado parte de una estructura punitiva alejada de los postulados humanistas de la Ilustración y que enfocada en objetivos preventivos ha incursionado en mecanismos represivos más allá de la observancia legal y constitucional necesaria para garantizar el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Nadie puede negar que el Estado a través de sus organismos represivos cometieron los peores crímenes en contra de la humanidad, en muchas ocasiones protegido por un discurso pobre e insuficiente del Derecho penal y de la criminología.

Cuantitativa y cualitativamente los crímenes de Estado han excedido geométricamente los delitos comunes cometidos en las ciudades del mundo. Todavía no se alcanza a contabilizar los millones de muertos que produjo las actividades de la Inquisición, del nazismo, del holocausto judío y de otros pueblos, crímenes atribuidos a la KGB, CIA, y las policías de todo el mundo; masacres y genocidios como los de Biafra, Ruanda, Yugoslavia, Siria, Ucrania en los países árabes, el holocausto armenio, etc. Sin contabilizar los crímenes indirectos producto de las deportaciones, de las guerras aparentemente legítimas, de las detenciones y desapariciones, de las víctimas de las torturas, xenofobia, apartheid, y cientos de casos que todavía reclaman aclaraciones y justicia.

La historia del poder punitivo es la historia de esos crímenes cometidos por los aparatos estatales sin control ni del propio Estado ni de la comunidad internacional, crímenes muchos de ellos legitimados por los mismos organismos internacionales encargados de construir la paz mundial. De tras de este tipo de

violencia no se puede vislumbrar el papel o la función que cumplía el Derecho penal. Posiblemente desempeñaba el obscuro papel de instrumento legitimador de un poder punitivo inhumano vinculado íntimamente por los intereses de una capa social poderosa económica y políticamente y que se olvidó en algún lugar los postulados del Derecho penal de corte liberal y garantizador.

En este contexto, existen toda una tendencia doctrinaria impulsada por aquellos que exigen del Derecho penal una modernización orientada a definir y castigar la criminalidad en las clases altas con uso de nuevas categorías que repriman conductas no solo individuales, como ha sido la característica del Derecho penal liberal, sino de carácter corporativo como el mecanismo más idóneo de hacer frente a la complejidad de los delitos económicos transnacionales, al lavado de activos que rebasan las fronteras territoriales de los estados, frente a los daños ambientales de magnitudes globales y frente al control de los riesgos creados por las empresas nacionales y transnacionales en la fabricación de sus productos de consumo masivo, fenómenos frente a los cuales el Derecho penal liberal ha quedado demasiado corto e insuficiente para prevenir y castigar los delitos generados por esta oleada de riesgos de una sociedad industrial y económicamente globalizada.

El papel de legitimador de las barbaries del pasado, con el que ha sido calificado, no puede constituir una forma de presión infame que exige que el Derecho penal mute su naturaleza primordialmente represiva, antes que preventiva, porque no se puede transformar en un instrumento material de la política criminal despojado de los principios garantizadores de los derechos fundamentales del individuo.

Como afirma Binder, al Derecho penal no se le puede asignar "...funciones positivas...sino que lo circunscribirá a sus funciones negativas, es decir, limitadoras de cualquier forma de poder penal, como creemos debe sostenerlo toda dogmática penal de

base garantista. Pero ello no significa desconocer esa realidad primaria, sino construir los límites a partir de ella..."[51]

IV. Definición de Derecho penal objetivo.

La historia nos ha enseñado que el concepto de Derecho penal no siempre ha tenido el mismo significado o interpretación en todas las épocas, sino que más bien adquiere diferentes significados dependiendo el punto de vista objetivo, subjetivo, formal o material desde el cual queremos definirlo. El Derecho penal objetivo, por ejemplo, es el conjunto de normas penales que integran un determinado ordenamiento jurídico (también es la definición formal); el derecho penal subjetivo tiene que ver con el ius puniendi o el derecho que tienen el Estado para tipificar delitos e imponer sanciones; y desde el punto de vista material se lo define al Derecho penal desde las finalidades que un determinado y concreto sistema político le tiene asignado

1. Definición Clásica

Para definir el Derecho penal objetivo todavía se acude a la definición clásica de Von Listz. Este autor clásico, citado por Mir Puig, asevera que "...Derecho penal es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia"[52]. Según el mismo autor esta definición ha sido superada porque se limita a contemplar a la pena como única consecuencia del injusto penal dado que en la actualidad se ha impuesto un sistema de aplicación de las denominadas medidas de seguridad como alternativa a la imposición de la pena, y que es el resultado de la evolución de los sistemas penales a consecuencia de los desarrollos

51 Binder Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Editorial. Ad-hoc. Buenos Aires. Pag. 19.

52 Mir Puig (2014:7). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Barcelona

sociales históricos que extendieron el marco de protección de la norma penal. El COIP incluye las medidas de seguridad como alternativa a la pena para los casos de investigados, procesados y sentenciados que tengan una enfermedad mental clasificada.[53]

Con esta circunstancia, Mir Puig define al Derecho penal objetivo como el conjunto de "...normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, a las penas /medidas de seguridad como consecuencia jurídica..."[54] . Es una definición completa que va más allá del cambio en la forma de redacción porque incluye a las medidas de seguridad como una consecuencia jurídica alternativa a la pena privativa de libertad y que en general no difiere de las emitidas por muchos otros penalistas, como Mayer, que en forma muy simple pero convincente explica que la ley penal contiene una advertencia de que "...El que hace esto o aquello será castigado de esa o aquella manera..."[55].

En síntesis, la definición clásica de Derecho penal objetivo lo considera como un conjunto de disposiciones normativas que un Estado debe expedir para hacer frente al fenómeno del delito y que esencialmente contienen una sanción sea ésta una pena o en una medida de seguridad.

2. ¿Por qué no es suficiente la definición clásica de Derecho penal?

A nuestro particular criterio, muchos autores especialmente alemanes y españoles adoptan definiciones muy precisas de Derecho penal y han sido elaboradas preferentemente desde un es-

53 Código Orgánico Integral Penal. Ver Disposición transitoria vigésimo primera, artículos 76, 588, Art. 619 numeral 6to, 342-b y 398 del Código Orgánico de la Niñez y de la Adolescencia.

54 Mir Puig (2014). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Barcelona.

55 Mayer Max (2007:3). Derecho penal parte general. Editorial B de f. Buenos Aires.

cenario de posguerra mundial en el que el Estado se constituyó en el principal pilar de la reconstrucción de Europa, luego de la II Guerra mundial, adoptando variados aseguramientos legislativos penales orientados a la configuración de estados democráticos muy apegados al respeto de los derechos fundamentales. De esta forma, el estado se constituyó en el ente a través del cual los proyectos individuales y sociales de realización encontraron un fuerte apoyo dentro de una concepción garantista que pretendía adaptar sus constituciones a los compromisos emanados de la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[56] en 1948. Es decir, fue imperiosa la necesidad de reconocer los derechos fundamentales de los hombres y ciudadanos dentro de un marco que aleje toda posibilidad de identificación con los regímenes totalitarios y autoritarios que existieron antes de la guerra.

Muy por el contrario en Latinoamérica el Estado se constituyó en un instrumento a través del cual los proyectos y las realizaciones de los poderosos grupos que manejaron el poder político y económico consolidados desde antes de la segunda guerra mundial. Este modelo de acumulación requería un Estado servicial para los propósitos de apropiación de riqueza concentrada en pocas manos para lo cual los desarrollos institucionales jurídicos debían tener un marco constitucional disfrazado de garantismos con permisibilidades legales que facilitaron la enajenación de la riqueza nacional. Si no funcionaba el garantismo oligárquico en democracia para consumar el modelo de acumulación oligárquica entonces se apelaba a la irrupción y rescate del Estado concentrador a través de las dictaduras civiles y militares nefastas en materia de derechos humanos.

56 La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento histórico elaborado por todos los países del mundo que tenían diversos contextos jurídicos y culturales. Fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Recoge por primera vez una aspiración común para todos los pueblos y naciones. Reconoce por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero

En lo político, revivieron viejas doctrinas de seguridad nacional proscritas en la Europa de la posguerra e implementadas para anular las simpatías con procesos revolucionarios que se consolidaron o que potencialmente constituyeron una amenaza al poder de las élites dominantes. Para ello fue necesario establecer un sistema de control social riguroso con leyes penales que endurecieron el sistema normativo punitivo que terminó desbordándose hacia estados totalitarios y represivos. El saldo del modelo autoritario en implementado en Latinoamérica fue la muerte, tortura, desaparición y encarcelamiento de cientos de miles de latinoamericanos.

En nuestros países y a diferencia de Europa, el Estado no era un aliado sino un enemigo de los ciudadanos, peor ser considerado el ente que promocione, respete, implemente garantías y derechos fundamentales. Por esta razón hubo la necesidad demandada por la sociedad de que al término de los periodos dictatoriales el rediseño constitucional tenga en cuenta un sistema y un Derecho penal que controle y limite el poder punitivo del Estado en el contexto de un estado democrático. Estado, derecho y democracia era una trilogía que debía significar controlar los excesos punitivos del Estado, respeto a las garantías y derechos fundamentales en un escenario de democracia participativa.

Este requerimiento no debe interpretarse como algo histórico de necesidades pretéritas sino como algo del presente que invoca la presencia constante de un Derecho penal democrático preferentemente sin tanto apego a las disquisiciones filosóficas propias de la dogmática alemana y española, principales tributarios de la legislación punitiva latinoamericana, pero sí lleno de desarrollos dogmáticos orientado a la aplicación más práctica de las instituciones penales. Por estas razones hemos escogido la definición de Derecho penal que hace el penalista argentino Eugenio Zaffaroni

3. Definición de Derecho Penal de Zaffaroni

Para Zaffaroni[57], estas definiciones clásicas no contienen elementos legitimadores que toda ciencia posee para entendérsela como conocimientos de beneficio humano. Es decir, el hecho de tener el Estado el monopolio de la imposición de las penas no implica *per* sé que ese control social menoscabe los derechos de las personas, porque como mencionamos anteriormente nadie puede desconocer que el sistema penal de los regímenes autoritarios y fascistas fueron instrumentos para la comisión de los peores crímenes en contra de la humanidad en un mayor número que los crímenes de delincuencia común cometidos en toda la historia humana.

El Derecho penal no fue un instrumento capaz y efectivo de contención el poder punitivo del Estado. Muy por el contrario parecen haber servido como mecanismo de legitimación de sistemas penales violatorios a los derechos humanos. En este contexto, las definiciones tradicionales poco pueden conceptualizar una ciencia penal instrumentalizada como una máquina trituradora de derechos sin que esa definición tenga elementos de referencia general que limite o controle el poder violento del Estado.

Ante este déficit conceptual Zaffaroni propone una definición de Derecho penal que la acogemos como pertinente en este trabajo por contener una alta dosis de elementos legitimadores de esta ciencia vista desde el contexto de un estado democrático de derechos

El penalista argentino propone que "Derecho Penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de derechos..."

57 Zaffaroni Eugenio (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial EDIAR. Buenos Aires. Pags.23 a 27

El desglose explicativo del concepto moderno nos proporciona el mismo Zaffaroni[58]:

- Es una rama del saber jurídico porque tiene un objeto práctico que es el conocimiento para orientar las decisiones judiciales. No cabe diferenciar lo teórico de lo práctico, puesto que estos ámbitos se retroalimentan. Las decisiones judiciales son también actos de gobierno o estado y deben ser racionales y no contradictorias. Es decir deben ser sistemáticas o coherentes con un conjunto de principios.

- Es un sistema que orienta las decisiones judiciales y se construyen en base a la interpretación de las leyes penales y de la pena en especial. Las penas lícitas y las ilícitas deben formar parte del concepto de pena porque esa es la manera que nos permite distinguir el poder punitivo lícito o constitucional del poder punitivo ilícito o anticonstitucional. El Derecho penal interpreta las leyes siempre en el marco de las otras leyes que las condicionan o las limitan.

- Este sistema orientador de jueces tiene por objeto la contención y la reducción del poder punitivo del poder ejecutivo, del judicial, policial, penitenciario y del Estado en general. Sin esta contención el poder punitivo quedaría librado al capricho de las instituciones estatales y empezaría a desaparecer el Estado de derecho y la democracia misma.

- Este sistema orientador impulsa el progreso del Estado de derechos. El Estado constitucional de derechos es la camisa de fuerza que contiene al Estado de policía que siempre permanece a su interior. Cuando el Derecho penal contiene o encierra a un estado-policía significa que los conflictos sociales han sido resueltos de mejor manera promoviendo la paz social. El poder punitivo no resuelve bien los conflictos porque deja afuera a la víctima la que constituye una parte importante del

58 Zaffaroni Eugenio, Ibid, pag. 25.

conflicto. Es decir los problemas no son resueltos por el poder punitivo sino simplemente suspendidos a tal punto que cuando son miles los casos suspensos el estado de insatisfacción es enorme y no se cumple con las exigencias de justicia que tienen los ciudadanos, generando nuevos y potenciales conflictos sociales.

- Dicho concepto de Derecho penal, en general "...no se trata de una simple labor de señalamiento y descripción gramatical sino de interpretación teleológico-valorativa de las normas, tarea que no solamente se reduce a explicitar el sentido de su texto, sino a ponerlo en armonía con el resto de las normas del ordenamiento jurídico y con los principios y valores del "bloque constitucional", exponiendo su contenido en un sistema coherente de proposiciones que hagan más racional y expedita la práctica de la justicia penal(carácter práctico del Derecho penal)..."[59]

Una vez que hemos encontrado una definición de Derecho penal objetivo que de acuerdo a varios autores todos coinciden en que este está integrado por disposiciones legales escritas, requiere un estudio sobre las características de éste tipo de disposiciones de las que está compuesto del Derecho penal.

V. La norma jurídica penal

En una sociedad determinada en la que sus miembros mediante un pacto social han decidido vivir en paz y armonía para la consecución de sus aspiraciones y proyectos de vida, las conductas de los individuos deben estar previamente establecidas mediante leyes a fin de que todos sepan que la violación a las mismas tendrá como consecuencia una sanción determinada.

59 Carrasquilla Juan (2002).Derecho Penal Liberal de Hoy. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Pág. 112

En este sentido las leyes penales deben ser respetadas y obedecidas por toda la comunidad porque responden a los intereses colectivos de supervivencia que van más allá que los simples intereses particulares. Los individuos deben evitar incurrir en comportamientos egoístas que para su realización atenten contra los derechos de las otras personas.

La sociedad es una estructura en la que sus integrantes establecen relaciones de comunicación e interacción permanente porque cada individuo espera del otro un comportamiento conforme a la ley. La expectativa, en este sentido, viene a ser la confianza que tiene una persona en que otro individuo se comporte conforme a las normas jurídicas. Si las expectativas no se cumplen y una persona desobedece la ley entonces se activan procesos legales para la aplicación de una norma sancionadora porque se ha frustrado una expectativa.

Por tanto, las disposiciones penales son reglas que sancionan las conductas humanas que afectan la convivencia social.

1. La expectativa de la ley penal

El conjunto de preceptos legales, entre ellos los preceptos penales, forman el ordenamiento jurídico de una sociedad cuyo titular es el Estado. Una parte del conjunto de preceptos o disposiciones jurídicas que ejercen el control social está constituido por los tipos penales que son disposiciones que sirven para sancionar mediante una pena las conductas que más daño causan a la comunidad valiéndose del aparato represivo del Estado.

De esta manera existe la expectativa de que una persona se comporte conforme a la ley y si no es así también existe la expectativa de que la ley penal funcione imponiéndole una pena como reacción.

¿Son los tipos penales escritos en los códigos las que tienen un valor por sí mismos y cuál es la relación que tienen los tipos

penales con las normas penales? ¿Debemos aceptar la validez y legitimidad de las leyes penales solo porque están expedidas por la voluntad del Estado? ¿O son las leyes penales la expresión o la forma como se materializa una voluntad superior al Estado?

2. Definición de la norma jurídica penal

La norma penal es un mensaje prescriptivo, que ordena lo que el ciudadano debe hacer, y que se expresa a través de una disposición legal o tipo penal. Los tipos penales que integran un código penal son los mecanismos o símbolos lingüísticos, a través de los cuales se expresa la norma penal. Una norma penal puede expresarse en uno o más tipos legales escritos en el código. Pero también un tipo penal puede abarcar una o más normas penales.

Esta definición está alineada con la teoría de la motivación como doctrina que pregona que la norma jurídica penal cumple las funciones de protección de los bienes jurídicos y la función de prevención de la comisión de delitos motivando al ciudadano para que realice un comportamiento determinado. Esta motivación se logra mediante la amenaza de la pena esperando de esta manera un efecto inhibitorio de comportamientos reñidos con la ley y también impulsando comportamientos positivos de cumplimiento con el orden jurídico[60].

El Artículo 144 del COIP (tipo penal) dice: "...La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años...". Esta prescripción escrita contiene implícita una normal penal que ordena *"¡no matar a otra persona!"* porque la Constitución consagra el derecho a la vida de los habitantes

60 Bajo Fernández. En "Algunas observaciones sobre la teoría del de la motivación de la norma". Artículo recuperado del sitio https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4243/pg_011- 052_penales1.pdf?sequence=1 consultado el 22/04/2020.

del país, a la dignidad humana, a la integridad física y psicológica constante en instrumentos jurídicos internacionales, en la doctrina, jurisprudencia y principios generales del derecho. Entonces el tipo penal del Art.144 COIP apenas sirve de vehículo o de medio por el que se concreta la norma penal con su mensaje imperativo de "¡no matar ¡" que tiene un sustento jurídico muy abundante.

Cuando un individuo mata a otra persona no está violando el Art. 144 del COIP que prescribe que "...la persona que matare a otra persona...", lo que inobserva es la norma penal que se encuentra implícita en el tipo penal y que ordena *"¡no matar a otra persona¡"*.

A. Normas primarias y normas secundarias

Según Mir Puig[61], los tipos penales desempeñan la función transmisora de normas dirigidas al juez para que cumpla con el deber de imponer una pena o sanción a quien haya transgredido la norma jurídica penal expresada en el tipo penal. Es decir el acatamiento de la norma implica cumplir con el deber de castigar que tiene el juez penal.

Pero el papel que desempeña el tipo penal no solo es el de transmitir un mensaje al juez sino el de prohibir, bajo la amenaza de una sanción o de la imposición de una pena, la comisión de un delito, al ciudadano para que no realicen la conducta prohibida. Es decir, existe tras de la disposición legal una norma que pretende influir en la voluntad normativa del ciudadano y del juez. De esta forma el tipo penal que consta en el código sirve como un medio de transmisión o comunicación de dos clases de normas diferentes: la norma primaria y la norma secundaria.

61 Mir Puig (2014:28). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Barcelona

La norma primaria es la dirigida al ciudadano conminándole implícitamente para que no cometa ese delito. La norma secundaria, dirigida al juez para que imponga la pena en caso de verificarse el delito.

En términos generales, la función del tipo penal o del texto legal es de comunicación. Dice al respecto Silfredo Jorge Hugo Vizcardo "...El enunciado legal, que describe el comportamiento prohibido y conmina una consecuencia jurídica, cumple, en forma general, una función de información y aviso a la comunidad con fines protectores y preventivos. Pero, asimismo, cumple un fundamental papel de transmisión de normas: las dirigidas al ciudadano y las dirigidas al juez..."[62]

Traigamos como ejemplo el Artículo 330 del COIP: "La persona que ejerza la profesión sin título en aquellas actividades en las que la ley exija título profesional será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años..."

En este ejemplo el mensaje contenido como norma primaria es la dirigida al ciudadano: *"¡No ejerzas una profesión sin título!"*. Es decir, la presente norma prohíbe esta conducta concreta al ciudadano. La norma secundaria es la dirigida al Juez cuando ordena: *"¡reprimirás con pena privativa de la libertad de seis meses a dos años!"*. Le impone al juez la obligación de sancionar como establece la ley a quien incurra en estos delitos.

La existencia de una norma jurídica secundaria, dirigida al juzgador para que imponga la pena, implica la previa existencia de una norma primaria que prohíbe una determinada conducta. No puede haber castigo sin conducta reprochable ni tampoco sea

62 Vizcardo Jorge. "Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial". Artículo Revista ALMA MÁTER Vol 3, N°4:143-163 (UNMSM, Lima 2016). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/12619-Texto%20del%20art%C3%ADculo-44051-1-10-20161025.pdf 22/04/2020

prescrita la prohibición de una conducta sin que exista la amenaza de una pena.

3. Estructura de la norma penal

Toda norma jurídica está compuesta de dos elementos: el presupuesto de hecho (delito) y la consecuencia jurídica (pena). Una norma jurídica a veces coincide con el tipo penal y en otras la misma norma penal puede estar incluida en varios tipos penales o disposiciones legales distintas. Por ejemplo el Artículo 377 del COIP en donde el deber objetivo de cuidado como presupuesto de hecho está definido en el Artículo 146. Coincide tipo penal y norma penal con el homicidio del Artículo 144 del COIP

4. Funciones de la norma penal

Según Muñoz Conde la norma penal cumple la función de mantener y proteger un sistema social de convivencia dentro de cualquier estructura política porque es un concepto que sirve para todo engranaje societal.

Dentro del ordenamiento jurídico la norma penal debe utilizar un mecanismo que sirva no solo para el mantenimiento sino principalmente para la protección del equilibrio social. Un mecanismo importante para este fin es la motivación entendida como un proceso de comunicación a través del cual la norma penal incita a las personas que cumplan con la ley, que apeguen sus conductas al derecho. Es decir, se protege la paz social a través de la motivación porque mediante ésta el Estado busca evitar resultados lesivos a los bienes jurídicos, por lo que el control social depende de la mayor o menor efectividad de la motivación de la norma penal. No olvidemos que el Derecho penal no es la única rama que protege los bienes jurídicos

A. Función de protección de los bienes jurídicos

Cuando se trata de proteger los bienes jurídicos más importantes la norma penal es la única que utiliza mecanismos graves y violentos. Esto se debe que la convivencia pacífica es el único escenario en el que se pueden realizar y concretar los proyectos de vida y el desarrollo de la personalidad de sus componentes. En este sentido, la autorrealización requiere ciertos presupuestos existenciales sin los cuales el hombre no puede vivir con dignidad.

Estos presupuestos se denominan bienes jurídicos y son "... aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de la personalidad en la vida social..."[63] como es el caso del derecho a la vida, a la integridad, libertad, intimidad, etc., invocados desde lo individual o desde lo colectivo. La importancia de los bienes jurídicos ha dependido de las concepciones morales, religiosas y políticas en cada etapa del desarrollo de la historia de la humanidad

B. Función de motivación de los bienes jurídicos

a. Otra función de la norma penal es servir como instrumento de motivación social a través de la cual se induce a las personas a respetar los bienes jurídicos desencadenando procesos psicológicos como consecuencia de la motivación. El Derecho penal forma parte de ese proceso inductivo porque el nivel de su influencia es considerable a tal punto que al ser internalizado o interiorizada la norma penal en los individuos entra a formar parte de su conciencia ética-social que inhibe comportamientos contrarios al derecho. El miedo y el temor a la pena ejercen un poder coerción psicológica poderosa que motivan en los individuos la realización de comportamientos apegados a derecho.

63 Muñoz Conde, Francisco (2007:59).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia

b. ¿Cómo actúa el proceso de motivación? El proceso por el cual se anima a un individuo a actuar conforme a derecho es de carácter general, va dirigida primeramente hacia la comunidad a través de los diferentes mecanismos de control social orientados al cumplimiento de las expectativas de conductas. En este contexto la norma penal es un mecanismo más de motivación que actúa como inhibidor de comportamientos desviados.

   Aun así, el poder de motivación de la norma penal es secundario y por sí misma muy difícilmente podrían sostener un proceso de inhibición suficiente para mantener el control social[64]. En este sentido, para Muñoz Conde"...está claro, pues, que la función motivadora de la norma penal solo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social. Pero también la función motivadora de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal..."[65]

c. Una de las funciones del Derecho penal es la prevención del delito, es decir pretende evitar que se cometan más infracciones en el futuro. La forma cómo previene es castigando

64 Esta apreciación del carácter subsidiario de la motivación quizá obedece a severas críticas en el sentido de que la motivación es determinante para prevenir delitos. Bajo Fernández en el artículo "algunas observaciones sobre la teoría del de la motivación de la norma" dice que sería ingenuo pensar que los fraudes no aumentan porque está tipificado como delito, o si los incendios culposos o imprudentes no aumentan es porque se castiga con severidad. Más bien son otras las causas, diferentes al derecho penal y a la motivación, las que previenen la comisión de delitos como son por ejemplo las campañas propagandísticas, los rótulos, cartelones, la educación en la escuela, las campañas de concientización, etc. El autor se refiere a los tratadistas españoles que acuñaron esta doctrina como son Muñoz Conde, Gibernat y Mir Puig. Rescatado del sitio https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4243/pg_011-052_penales1.pdf?sequence=1 el 22/04/2020

65 Muñoz Conde, Francisco (2007:64).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia

los delitos ya cometidos porque cuando interviene el Derecho penal los bienes jurídicos de las víctimas ya se encuentran lesionados o puestos en peligro.

La forma como el Derecho penal cumple funciones de prevención es a través de la motivación a los ciudadanos para que se comporten respetando el derecho ajeno, conminando a que adopten actitudes de abstención de conductas desviadas. No es un llamado cordial y amable a que se sometan a la ley sino que dada la esencia normativa del Derecho penal este llamado debe ser de carácter imperativo y se encuentra implícito en el tipo penal

C. Normas de valoración y normas de determinación

i. Tipo penal

El tipo penal es la descripción precisa de las conductas que son consideradas como delito y sancionadas con una pena. Son descripciones hipotéticas o abstractas de las acciones u omisiones que el Estado castiga con una pena determinada a quien las cometa. El tipo penal se encuentra estructurado en dos partes: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en el que la conducta delictiva es el supuesto de hecho y la pena es la consecuencia jurídica.[66]

En cambio la norma penal es un mensaje prescriptivo implícito en el tipo penal que ordena o impone la obligación de actuar de determinada manera y se expresa a través de los enunciados o tipos penales que constan en la ley penal. Las normas penales buscan proteger determinados bienes jurídicos (como la vida por ejemplo) que las necesidades sociales han considerado dignos de protección y que en caso de ser cometidas u omitidas por la conducta de los individuos el Estado ejercerá su poder punitivo a través de la pena contemplada en la misma norma.

66 Mir Puig, Derecho Penal. Parte General. Ob. cit. Pág. 64

Por tanto, el Estado busca determinar y controlar la conducta del ciudadano en un determinado orden social fijando las conductas deseadas en la constitución y luego en la ley penal. La ley penal está conformada por las prescripciones escritas o tipos penales que como vimos antes tienen dos partes fundamentales: un presupuesto de hecho y una consecuencia o pena.

Según Mir Puig[67], la intencionalidad del legislador cuando redacta los tipos penales tiene que ver con una doble finalidad: informar a los ciudadanos que cuando cometen un delito se hacen merecedores de la pena prevista en la disposición; pero también emiten un mensaje por medio del cual pretenden prohibir bajo amenaza de la pena que el ciudadano incurra en esas conductas (busca prevenir, es el carácter preventivo del Derecho penal).

ii. Normas de valoración y normas de determinación

En relación con las normas de valoración y normas de determinación se puede colegir su importancia en el momento de estudiar la categoría de la antijuridicidad. Sin embargo es importante adelantar una concepción básica de estos dos conceptos relacionados con la norma jurídico penal. Su estudio responde a la pregunta sobre si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o normas de determinación o ambas[68].

Las normas valoración son solo juicios de valor y no constituyen una orden o un imperativo al ciudadano destinatario de la norma. Las normas penales de determinación generalmente expresan un mandato o una prohibición que en forma imperativa trata de determinar o conminar un comportamiento o conducta del ciudadano. Esto implica que para determinar la responsabilidad del procesado se debe constatar que el mensaje prohibitivo debe

67 Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Ob.Cit. Pag.62

68 Jescheck Hans2014:253). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit.

haber sido eficazmente comunicado, no puede presumirse el conocimiento de la ley.

Este punto es importante porque COIP, a diferencia del extinto Código Penal, parte del presupuesto jurídico de que la ley no se presume conocida por todos y que por lo tanto el desconocimiento de la ley penal puede ser causal de exculpación, por falta de motivación y de recepción del contenido de la ley.[69]

iii. Normas primarias y secundarias

En este sentido debe entenderse la existencia de las normas penales primarias que van dirigidas a los ciudadanos para que no incurran en la realización del presupuesto de hecho. Y la norma secundaria, dirigida a los jueces a quienes conmina la imposición de una sanción en caso de verificarse la realización del presupuesto de hecho.

De tal forma que la norma primaria implica una forma de motivación que realiza el estado y que va dirigida al ciudadano. En ella se verifica la existencia de una comunicación entre gobernante y gobernado a quien le recuerda las conductas que no debe realizar. Si el mensaje no es reconocido o entendido por el ciudadano receptor podría configurar una situación de error en la comprensión o conocimiento y por tanto un estado de inimputabilidad penal.

Cuando el mensaje no se puede deducir explícitamente de la norma penal y por tanto el alcance motivacional al ciudadano no existe, entonces se acude a la dogmática penal para desde una base axiológica o desde las finalidades máximas del Derecho penal o de la política criminal deducir el fin de protección de la norma penal.

69 El legislador justifica de manera objetiva este cambio. Ver en la Exposición de motivos, punto 4to del RO.N. 180 del lunes 10 de febrero del 2014.

iv. Textos legales penales o proposiciones jurídicas

No son tipos penales sino disposiciones textuales (escritas) a través de los cuales se expresan implícitamente las normas legales penales. Cumplen una función informativa de comunicación a los ciudadanos en el contexto de un proceso de interacción comunicacional entre el Estado, ciudadano y la sociedad sobre la obligación de abstenerse de ciertas conductas dañosas para la comunidad. Otros nombres con los que se conocen a estas normas penales son: definiciones, conceptos, proposiciones jurídicas, preceptos legales, disposiciones legales.

No contienen una norma penal implícita como los tipos penales sino son enunciados definitorios o informativos de una norma jurídica. Por ejemplo los enunciados de la Parte General del COIP tienen por objeto precisar el alcance de los preceptos de la Parte Especial. Ejemplo Artículo 51 del COIP precisa el concepto de pena que maneja el COIP y no contiene un mandato prescriptivo implícito.

¿Es la norma penal diferente a la ley o al tipo penal? Definitivamente que sí. La ley penal no alcanza a recoger todo el sentido normativo del derecho vigente, dice Mir Puig[70], porque incluso en la redacción literal de los tipos penales pueden estar mal expresados los principios y los valores que tienen las normas jurídicas, principios que no necesariamente están explicitadas en la ley penal pero que responden a los que contiene y legitima la misma constitución, a los convenios internacionales, a la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios generales del derecho

v. La ley penal en blanco

Las leyes penales en blanco son disposiciones penales incompletas porque carecen total o parcialmente de los elementos

70 Mir Puig Santiago. "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal". En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. Articulos.2004. Recuperado del sitio http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf el 22/04/2020

específicos requeridos en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica, y que para completar esta falta, o para suplir este defecto o esta carencia, se remiten a otros cuerpos legales extraños al Código penal. Generalmente esta carencia es cubierta por disposiciones no penales.

Por ejemplo el Artículo 254 del COIP prescribe que: "...La persona que, contraviniendo lo establecido en la normativa vigente, desarrolle, produzca, tenga, disponga, queme, comercialice, introduzca, importe, transporte, almacene, deposite o use, productos, residuos, desechos y sustancias químicas peligrosas, y con esto, produzca daños graves a la biodiversidad y recursos naturales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años..."

En este tipo penal el presupuesto de hecho depende de lo que señalen otros cuerpos legales o normas de protección del ambiente en relación a los límites fijados y determinados por esa "normativa vigente" que no se encuentra especificada en el mismo tipo penal o en otro artículo del COIP, sino que su existencia depende de otra normativa a la que se deberá remitir. La punibilidad dependerá de la verificación del rebasamiento de estos límites que no están determinados en forma precisa por tipo penal sino por otra norma ambiental ajena al COIP.

Por tanto, se llama ley penal en blanco cuando para completar la descripción de la conducta típica, la ley penal remite a otra norma jurídica. Será otro legislador u otra autoridad administrativa la que complete el texto legal definiendo el presupuesto de hecho. Ello "...permite afirmar que ni el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica de las normas penales se hallan expresados de forma completa en ningún precepto del Código penal. En este sentido todas las disposiciones del Código penal aparecen, vistas aisladamente, como proposiciones incompletas..."[71]

71 Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Ob.cit. pág. 65

Si una ley es totalmente en blanco y permite que una autoridad administrativa complete la conducta típica, afecta el principio de legalidad y podría ser inconstitucional porque permitiría abusos de esa autoridad al dictar presupuestos de hecho de un delito que solo el legislador puede hacerlo en forma exclusiva. El ejemplo típico de norma penal en blanco es el tipo penal del Art. 220 del COIP que sanciona el delito de tráfico de drogas (en sentido general) de acuerdo a una escala que es el presupuesto de hecho del tipo y que está determinada por una autoridad administrativa del CONSEP. Efectivamente esta tabla de sanciones fue aprobada por el Directorio del Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Consep) y publicada el lunes 14 de julio de 2014 en el Registro Oficial en donde constan la cantidad de gramos que deben contener para ser considerado de mínima, mediana o máxima escala. Si el CONSEP decide en cualquier momento cambiar esta escala como lo ha venido haciendo, deviene en inconstitucional porque se arroga funciones de legislador al modificar el Artículo 220 del COIP.

CAPÍTULO CUARTO

FUNCIONES DEL DERECHO PENAL

I. Introducción

Según Mir Puig el papel que desempeña el Derecho penal debe ser analizado desde dos puntos de vista antónimos: el ser y el deber ser. Desde el ser, es decir, desde las funciones que efectivamente realiza el Derecho penal en la realidad socio-política-jurídica y económica de nuestra sociedad contempla aspectos de carácter empírico de la utilización del Derecho penal como instrumento de explotación, dominio, desigualdad y concentración de poder por parte de los diferentes gobiernos caracterizados y analizados por la sociología política en las diferentes épocas de la humanidad. Esta perspectiva no nos interesa.

Desde el Deber ser, la pretensión es analizar brevemente la función que el Derecho Penal debería cumplir desde el plano normativo sin detenernos a contemplar si cumple el papel asignado en la realidad social, porque esa representación le corresponde abordar a la filosofía jurídica y la política criminal.

Para Muñoz Conde, el papel del Derecho penal debe ser visto desde un aspecto funcional a la vigencia de un sistema democrático de convivencia social. No podemos decir que el Derecho penal sea funcional respecto a un sistema ideológico determina-

do (capitalismo, comunismo, estado social, etc.) sino a la función de la norma penal respecto a la convivencia humana.

1. La función protectora de la sociedad del Derecho penal

Respecto a esta función existen varias corrientes: Veamos brevemente cada una de las principales:

A. Función ético social del Derecho penal

Hans Welsel[72] la denomina función ético-social del Derecho penal que comprende varias aristas protectoras, como por ejemplo, la protección de los valores elementales de la vida en comunidad que no es sino otra forma de expresar lo que Jescheck[73] denomina la protección de la convivencia en sociedad de las personas. Es decir el ámbito de protección del Derecho penal se circunscribe en primera instancia al papel de ente pacificador y protector de las relaciones sociales.

Welzel estima que más allá de la función subsidiaria o complementaria o secundaria del Derecho penal, como es la protección de determinados bienes jurídicos, se encuentra el interés de que estas conductas lesivas y violatorias a los valores como el actuar conforme a derecho, sean castigadas o prohibidas. Castigar "... la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica..."[74] implica una protección a los bienes jurídicos. Pero más allá que proteger estos bienes lo que le importa al Derecho penal es la tendencia a la reiteración de acciones penalmente relevantes por parte de los ciudadanos. El daño a un bien jurídico no se restablece con un proceso penal en contra del infractor, porque

72 Welzel Hans (2015). Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. Pags.17 a 32

73 Jescheck Hans y otro(2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. Quinta Edición. Granada. Págs. 2 a 9

74 Welzel Hans. Derecho Penal Alemán. Ob. Cit. pg.19

el daño se encuentra consumado, sino que solo asegurando la vigencia y el respeto a los valores éticos sociales en la población se puede conseguir una efectiva protección a los bienes jurídicos de las personas.

En consecuencia, dice Welzel, "...la misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético – social y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares..."[75]. Welzel resalta el papel formador del Derecho penal al proscribir y castigar las violaciones de los más elementales deberes éticos – sociales, modelando y reforzando de esta manera la conciencia jurídica de los ciudadanos.

Solo es legitima la pena y las medidas de seguridad cuando "... la infracción de las normas jurídicas de base ético social tenga su causa en un fracaso individual ante sí mismo en el ámbito de sus relaciones con la comunidad a la que está ligada su existencia..."[76]. La disminución de la conciencia ético social del individuo conduce a la comisión de la infracción penal frente a la cual el Estado en legitima respuesta a este acto tiene la obligación de restablecer el equilibrio social perdido con la imposición de la pena prevista como mecanismo de reforzamiento ético individual para suplir esa carencia de motivación y evitar futuros conflictos con la ley.

B. Función de limitar el poder punitivo del Estado

En esta misma línea, otros autores mencionan que la función primordial o principal del Derecho Penal es limitar el poder punitivo del Estado porque la convivencia de las personas en sociedad no puede ser garantizada de cualquier modo.

75 Welzel Hans. Derecho Penal Aleman. Ob. Cit. pag.21

76 Jescheck Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. pag.3

El Estado tiene el monopolio del poder punitivo frente a la inobservancia de la ley pero no puede sobredimensionar su papel coercitivo desconociendo o irrespetando derechos y garantías. No es apelando a la ley del más fuerte la forma como el Estado debe cumplir eficazmente su papel tutelar porque de ser así negaría el libre desarrollo de la personalidad humana. Tampoco debe cumplir este papel acudiendo a su inmenso poder fáctico para ejercer el derecho punitivo que asegure la convivencia pública.

Jescheck cree que "...la seguridad general no es aquella situación en la que no existe ningún delito, sino aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo control del Estado puesto que los hechos punibles cometidos son aclarados en un alto porcentaje y perseguidos sin desconsideración hacia la persona..."[77]. En esta línea se encuentra redactado el Artículo1 del COIP al determinar que el cuerpo normativo penal en el Ecuador tiene por objeto la regulación del poder punitivo del Estado como principal función, entre otras.

Este papel limitador se asemeja con lo que lo que Welzel ya anticipo al decir que, de darse el caso de castigos penales fuera del Derecho penal (castigo a las ideas, o un derecho penal de autor, abuso del poder), caeríamos en los denominados fines extrapenales con marcado desbordamiento de la punición ilegitima y con total deslegitimación del sistema democrático como el único sistema ideal de convivencia político social.

Sin embargo, Ferrajoli más allá de encontrar una función al Derecho penal como tal éste debe cumplir una función que será analizada en base a los efectos de su aplicación para que el derecho punitivo deba justificarse dentro de los límites racionales de la convivencia humana. Es decir, debe contener un sistema normativo penal que minimice la violencia punitiva y maximice la tutela de los derechos. Minimizar la violencia punitiva implica

77 Jescheck Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. pag.3

la reducción al mínimo de la violencia innecesaria realizada por las instituciones del Estado o por otros medios alternativos e informales.

En esta misma línea, Ferrajoli cree que el delito es la expresión de los conflictos sociales no resueltos y que el Estado debe resolverlos, en lo posible, sin medios punitivos o autoritarios mediante la instauración de garantías jurídicas sociales de vida y sobrevivencia, con el desarrollo de la democracia y de la transparencia en la actuación de los poderes públicos y privados que eviten la criminalidad económica y administrativa. El Derecho penal debe reducirse solo a la fase de su intervención punitiva como tal porque en la forma jurídica éste deberá existir aunque no se cometa un solo crimen.[78]

¿Por qué el Estado actúa con arbitrariedad? Binder explica que el Estado tiene ese comportamiento porque frecuentemente utiliza dicho poder no para fines sociales, sino para reafirmar su propia autoridad, imponer concepciones morales, o defender intereses que se ha divorciado de los intereses generales. O cuando el Estado ha dejado de cumplir su papel instrumental respecto de la sociedad y se ha convertido, total o parcialmente, en un fin en sí mismo porque los distintos estamentos burocráticos que conforman el Estado utilizan el poder punitivo en beneficio de sus intereses, de los intereses de quienes sirven y no de los intereses del conjunto de la sociedad[79].

En conclusión, frente a la tendencia al desbordamiento punitivo del Estado, más allá de cierta vocación a atender poderes alternativos minoritarios, la función lógica y racional del Derecho penal sería constituirse en una cortina de contención del poder de castigo del Estado y evitar el quebrantamiento de los derechos

78 Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón (2009). Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta..Pág. 342 – 343.

79 Binder Alberto. Introducción al Derecho Penal. Ob. Cit. Pag. 159.

fundamentales de las personas que tienen un estatus ex ante al mismo Estado.

C. Función de protección de bienes jurídicos

Para otros autores como Muñoz Conde, el Derecho penal tiene la función prominente de proteger bienes jurídicos. ¿Qué son los bienes jurídicos?

i. Definición de Bienes jurídicos

Muñoz Conde[80] define a los bienes jurídicos como "...aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social..." como la vida, la salud, subsistencia, vivienda, vestido, alimentación, libre desarrollo de la personalidad, honor, libertad.

Bienes jurídicos catalogados como individuales. Pero existen también los bienes jurídicos colectivos que afectan a la sociedad concebida esta como un sistema ordenado e institucional, por ejemplo la salud pública, la eficiente administración pública, la seguridad del estado, que solo son legítimos si contribuyen al desarrollo personal del individuo. En la producción de bienes jurídicos se debe cuidar la manipulación de considerárselos como tales a intereses particulares y políticos que deshumanizan su concepto. Más adelante completaremos esta definición.

ii. El Derecho Penal protege bienes jurídicos.

Bernd Schunemann[81] expresa que el Derecho Penal es aquella parte del sistema jurídico que regula la imposición de sanciones

80 Muñoz Conde. Ob. Cit. pag. 59

81 Schunemann Bernd (2006). Protección de bienes jurídicos, ultima ratio, y victimo dogmática sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona. Pág. 63.

negativas a una o varias personas con motivo de la realización de un acontecimiento indeseado. La consecuencia que se trata de evitar, el acontecimiento indeseado es lo que debemos de definir y delimitar.

Desde las épocas arcaicas, donde el objeto de protección eran el estatus y la forma de vida, hasta los pensadores de la Ilustración del siglo XVIII, pregonaron la prevención del daño social como objeto de protección del Derecho Penal que derivó en la protección de ideologías totalizantes y autoritarias, el papel del Derecho penal ha sido determinante en la vida social. Los nombres utilizados para identificar el objeto de protección del Derecho penal tuvo diferentes denominaciones a lo largo de la historia como por ejemplo la paz social, la convivencia armónica, defensa social, para finalmente llegar, según Schunemann, a la dogmática penal desarrollada por Lizst adoptando el término "bien jurídico" con el que se conoce hasta la actualidad.

Los bienes jurídicos son de naturaleza previa al Estado porque éste fue creado por el contrato social y obedece a una lógica necesidad de defensa y protección de aquellos bienes. El pacto social contractual requiere un presupuesto existencial que lo legitime frente a la comunidad y este presupuesto trascendental es el sistema de protección de los bienes jurídicos que no son otra cosa que los intereses sociales, individuales y colectivos, imprescindibles para una vida social óptima para la dignidad humana.

En el numeral 2do de la Exposición de Motivos, antecedente de la expedición del COIP, el legislador ecuatoriano resalta la relación directa entre la protección de los bienes jurídicos reconocidos en la Constitución de la Republica y el COIP aunque en pocos casos utiliza el término "bienes jurídicos". Sin embargo cuando se refiere a ellos utiliza el término "derechos" y "garantías" que no son sino otra forma de pensar o de identificar los bienes jurídicos.

La protección penal efectiva de los bienes jurídicos frente al Estado es practicable únicamente a través del diseño de un sistema de limitantes que aseguren el control normativo del poder punitivo estatal frente a un eventual desbordamiento que afecte los derechos y garantías de los individuos. El ente estatal debe actuar visualizando las barreras impuestas por la constitución y la ley en relación con los bienes jurídicos para legitimar y racionalizar el ejercicio del poder político organizado.

Desde esta perspectiva la función del Derecho penal se concentra en la defensa y protección de los bienes jurídicos formalmente garantizados en el bloque de constitucionalidad. El último párrafo de la Exposición de motivos del COIP señaliza que "... Es prioritario partir de una reforma integral destinada a que los mandatos constitucionales se hagan realmente efectivos, que implique una construcción normativa conjunta, con una misma perspectiva y un mismo eje articulador: garantizar los derechos de las personas...".De acuerdo con ello el legislador pretende constituir al COIP en instrumento de protección real y efectivo de los bienes jurídicos y presentarlo como modelo dominante en relación con su finalidad.

D. Función motivadora del Derecho Penal

Para Muñoz Conde la pena cumple un importante rol de motivación al amenazar al ciudadano con una pena por la realización de determinadas conductas consideradas como delitos, en un contexto de disciplinamiento y control social. El Estado busca que las expectativas de cumplimiento de determinadas conductas se estabilicen y formen parte de la cotidianeidad de la vida social aunque en este esfuerzo el Derecho penal jamás podría constituirse en el único instrumento de control social y de creación de valores. La motivación fallaría indudablemente en ausencia de otros mecanismos de disciplina social como es el caso de la educación, la familia, el trabajo y los medios de comunicación.

Gracia Martin cree que "...una protección actual de los bienes jurídicos solo, puede intentarla el Derecho Penal en la medida en que el mismo pueda crear en el ciudadano, una actitud legal, y esto solo puede conseguirlo en la medida en que solo pueda reconocérsele un contenido valioso a las normas ético sociales de determinación, pues únicamente en tal caso cabrá esperar que los ciudadanos se formen, como motivos de su actuar, normas ético-individuales coincidentes en sus contenidos con aquellas normas ético-sociales..."[82]. La motivación es la apelación que debe realizar el Estado al fortalecimiento de la conciencia jurídica de los habitantes del país que se logra no solo con el Derecho penal sino también con los otros mecanismos de control social de igual significancia.

E. La función de reparación integral a la víctima.

Luzón Peña recuerda que la pena, como consecuencia del delito, implica o conlleva una noción de justicia o retribución, de pago o reparación justa que significa la consagración de un criterio de justicia frente a la comisión de un hecho lesivo a bienes jurídicos protegidos, consecuencia que va unida a un fin preventivo. En otras palabras, "...las normas penales cumplen, además de la prevención, una función de restablecimiento de la justicia frente al injusto culpable que supone el delito..."[83] y que satisface no solo a la necesidad de justicia que reclama la comunidad sino también cubre la exigencia de reparación a las víctimas.

Esta es una de las funciones que adopta el COIP, en el Artículo 1, buscando equilibrar el desbalance histórico entre el Estado y la víctima, en relación con el relegamiento o exclusión que ha sufrido ésta en el control del proceso penal. El interés en la

82 Gracia Martin. Fundamentos del Sistema de Derecho Penal. Introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo. Ob. Cit. Pág. 216

83 Luzón Peña, Diego-Manuel (2016). Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f. Buenos Aires. Pág. 77

víctima debe tener la misma ponderación que las otras partes procesales porque no siempre la sentencia condenatoria ha garantizado la justa indemnización o reparación del daño. Hasta antes de la vigencia del COIP la intervención de la víctima en el proceso era mínima y no garantizaba la reparación integral principalmente debido a una serie de impedimentos procesales.

No olvidemos que la reparación integral tiene una connotación mucho más general que el simple lucro cesante y daño emergente

F. La función preventiva del Derecho Penal.

¿El Derecho penal debe ser represivo o preventivo? ¿Debe el Estado castigar al delincuente únicamente bajo consideraciones de justicia pura, a imponer una sanción sin un objetivo o finalidad útil? ¿O debe castigar para reivindicar al autor mediante la reinserción a la sociedad y con ello, prevenir a la sociedad de futuros delitos? ¿La seguridad ciudadana como finalidad del Estado se logra mediante el Derecho penal preventivo?

Las respuestas a estas interrogantes han sido y todavía son objeto de largas e interminables discusiones que en la actualidad están un tanto superadas por la concepción del Derecho penal con finalidades preventivas. Entre el Derecho penal retributivo, predominantemente castigador de infracciones consumadas, y el Derecho penal preventivo, la balanza se inclina para éste último, sin que esta opción signifique un avance en el control de la seguridad.

Como hemos anotado anteriormente el Derecho penal castiga la afectación de bienes jurídicos con una tendencia de carácter preventivo dado el interés social de evitar a futuro la repetición de las conductas desviadas en razón de que el Derecho penal actúa sobre un hecho pretérito o pasado, cuya consecuencia dañosa ya se encuentra consumada y el bien jurídico afectado.

Sería imposible dar marcha atrás y evitar la lesión concreta objeto de su intervención.

Sin embargo, la función represiva o retributiva del Derecho penal puede también cumplir con una función de carácter preventivo a partir de la penalización del hecho delictivo pasado y consumado. En este sentido Jescheck[84] cree que "...el Derecho penal a través de la amenaza, imposición y ejecución de penas justas, tiene como finalidad evitar la comisión de futuras infracciones del Derecho (prevención mediante represión)..." tal como plantea de la teoría de la clásica prevención general liberal.

En efecto, la imposición de la pena realizada por el juez cumple funciones de carácter preventivo general puesto que el mensaje que la pena impuesta envía a la sociedad es que la inobservancia a la ley es castigada y será castigada a futuro si otro individuo se atreve a delinquir. De esta forma el Derecho penal regula el apego a la ley de los comportamientos y las costumbres de la sociedad dando lugar a lo que conocemos como prevención general positiva. La prevención general negativa se activa cuando los ciudadanos advertidos con el accionar implacable del ordenamiento jurídico temen cometer un delito por miedo a la imposición de la pena.

Pero la pena no solo envía un mensaje a toda la sociedad sobre las consecuencias que el Estado impone a quienes violenten la ley sino que también tienen efectos sobre el condenado en particular para que reflexione sobre las consecuencias de la desobediencia a la norma penal y reconduzca su vida a futuro cuando cumpla la pena y recupere la libertad. Esta función es conocida como función especial positiva. Además el condenado cuando piensa en las consecuencias familiares, sociales, laborales, psicológicas de menoscabo que ha sufrido por la imposición y cumplimiento de la pena se auto conminará a no volver a delinquir

84 Jescheck Hans. Ob. Cit. pag. 4

por temor a que se vuelva a repetir el sufrimiento por la pena impuesta (prevención especial negativa).

Welzel[85]78 pensaba que la finalidad del Derecho penal consistía más en reforzar la conciencia ética – social de los ciudadanos con la finalidad de que en el futuro evite comportamientos delictivos y que la prevención general positiva (de naturaleza ético social) vaya dirigida a los ciudadanos delincuentes ocasionales. Para los delincuentes habituales la función del Derecho penal será de naturaleza esencialmente represiva.

i. El peligro del Derecho penal preventivo.

Según Hassemer[86] la concepción del Derecho penal como un instrumento preventivo flexibilizó y hasta deterioró la función garantista de los derechos fundamentales del individuo y su relación jurídica con el ente estatal. El control penal a través de los principios limitadores del poder punitivo del Estado ha hecho de éste un sistema de combate contra la delincuencia y contra las amenazas creadas por la actual sociedad industrializada y globalizada, en cuyo contexto las teorías preventivas han desnaturalizado el carácter protector de bienes jurídicos fundamentales.

El Derecho penal preventivo no desconoce las categorías desarrolladas por la dogmática penal para verificar la existencia del delito sino que introducen en ellas elementos extraños que la desnaturalizan, como por ejemplo la utilización del criterio de peligrosidad para justificar la culpabilidad y la punición, lo que termina desconociendo las garantías constitucionales. De la misma se opacan los derechos de libertad por el excesivo control penal de riesgos y peligros en la actividad humana cuando el sistema criminaliza las meras sospechas o los actos que no han sido ejecutados o exteriorizados, no alcanzan ni para tentativa.

85 Welzel Hans. Ob. Cit. pag. 27

86 Hassemer Winfried(2009). Seguridad por intermedio del Derecho Penal. En ?Tiene futuro el Derecho Penal?. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. Págs. 30 a 33

A diferencia, el funcionalismo sistémico propuesto por Jakobs[87] establece que la pena no protege bienes jurídicos porque después del hecho el bien jurídico ya está dañado, lesionado o ha sido puesto en peligro. Lo que protege el Derecho penal es la vigencia de la norma jurídica violentada porque de esta manera se mantiene la estructura normativa de la sociedad, compuesta por normas jurídicas y por personas, sin que se desconozca el carácter de titulares de bienes jurídicos.

En este contexto, toman cuerpo los mecanismos de adelantamiento de las barreras de la protección penal que se traducen en la tendencia de penalizar potenciales infractores de la ley con el fin de prevenir con anticipación el daño que a futuro podrían ocasionar aunque en el presente no exista una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Para ello se tipifican múltiples conductas como delitos de peligro que flexibilizan las reglas imputación y tienden a disminuir la efectividad de los principios limitadores del poder punitivo[88].

G. La Función simbólica del Derecho penal

La reacción de normas penales, su tipificación por parte del legislador y el establecimiento de las correspondientes sanciones penales tiene un efecto de profundo simbolismo en la comunidad. Diríamos que es la forma cómo el Estado se manifiesta o expresa concretamente las pretensiones punitivas frente a un determinado delito. Los tipos penales que el Estado crea expresan, en un momento histórico determinado, la opinión que tiene la comunidad políticamente representada por el legislador en cuanto al desvalor o desprecio por determinadas conductas

87 Jakobs Gunther (2009).? ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? En ¿Tiene futuro el Derecho Penal?, varios autores, Editorial Ad-Hoc. Buenos aires. Pág. 61

88 Silva Sánchez Jesús (1999). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Editorial Civitas. Madrid. Pág. 17 a 18.

sociales a las cuales se pretende penalizar para enviar un mensaje de prevención general.

Luzón Peña[89] advierte que esta función no debe confundirse con la utilización simbólica del Derecho penal, que es otra cuestión diferente y rechazable, y que consiste en la creación de conductas criminales con penas y sanciones que muy difícilmente se van a aplicar o que simplemente se las tipifica para darle a la comunidad una sensación de seguridad y tranquilidad cuando sabe el mismo poder político que no van a tener efectos eficientes de prevención.

II. Funciones del Derecho penal en el COIP

Antes debemos aclarar que las funciones del Derecho penal son unas y las funciones del Código Orgánico Integral Penal son otras, sin excluir que las segunda puedan ser indicativas de lo primero. De tal manera que haremos referencia al contenido del Artículo 1 que prescribe que las finalidades del Código Penal Integral Penal.

1. Normar el poder punitivo del Estado

El sistema político latinoamericano históricamente se ha caracterizado por tener una trayectoria que oscila entre gobiernos formalmente democráticos pero con tendencias autoritarias hasta gobiernos fascistas con diseños de Estado orientados hacia el ejercicio totalitario del poder, absorbentes, de pensamiento único y uniformidad social. En este contexto la función limitadora surge como una necesidad para estructurar barreras normativas institucionalizadas que contengan al poder punitivo en las que el Derecho penal frene y contenga el poder sancionador del Esta-

89 Luzón Peña, Diego-Manuel (2016). Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f. Buenos Aires. Pág.79

do, en los términos que Zaffaroni y otros autores emplean para referirse al Derecho penal.

No olvidemos que poder punitivo es generalmente una expresión irracional de fuerza y de hecho, un fenómeno extrajurídico, al igual que la guerra, que cae dentro del ámbito político. Al decir de Zaffaroni, lo único jurídico es "...el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción..."[90] esfuerzo que recoge el Artículo 1 del COIP aunque gramaticalmente utilice otro término que tiene teleológicamente la misma significancia, como es la palabra "normar".

2. Tipificar las infracciones penales

Aunque no es una función en el sentido de la palabra que la venimos proporcionando en este acápite, el COIP considera que nuestra legislación penal específica aglutina los tipos penales en un solo cuerpo legal evitando la dispersión innecesaria que antes de su vigencia existía y que configuraba un cuadro de incertidumbre normativa porque, a más del Código penal, numerosos cuerpos legales contenían conductas sancionadas con una pena privativa de libertad. La palabra tipificar se refiere más a una expresión que denota la labor que realiza el legislador cuando crea el tipo penal a través de una ley orgánica cumpliendo las exigencias formales y materiales de la Constitución. No es una finalidad del Derecho penal.

3. Establecer el juzgamiento de las personas y el debido proceso

En este sentido el COIP está diseñado de tal manera que en un solo cuerpo legal abarca lo que antes se encontraba separado en varios códigos: un código penal, un código de procedimiento penal y un código de ejecución de penas. Hoy se encuentra es-

90 Zaffaroni Eugenio. Ob. cit.

tructurado de la siguiente manera: a).- Libro preliminar, normas rectoras: artículos 1 al 17 b).- Libro primero. la infracción penal: artículos. 18 al 397 c).- Libro segundo. Procedimiento: artículos 398 al 665 d).- Libro tercero. Ejecución. Artículos 666 al 730.

El presente fin propuesto hace referencia a la aplicación de la normativa adjetiva procesal que consta en el Libro Segundo correspondiente al procedimiento, a la luz de los principios procesales y de las normas rectoras descritas en el Libro Preliminar.

4. Promover la rehabilitación del sentenciado y la reparación a la víctima

El Artículo 52 del COIP establece que la finalidad de la pena es la prevención general y reparación integral a la víctima. La prevención general significa imponer la pena con el objetivo de que ésta sirva de escarmiento a toda la sociedad y la gente se motive hacia el cumplimiento de las leyes. En relación con el segundo punto, a diferencia del código anterior, la inclusión de la reparación a la víctima por parte del victimario o condenado es una disposición que incorpora al poder punitivo del Estado la ejecución de los derechos de la víctima. Esta disposición no es nada nueva porque el anterior Código de Procedimiento Penal ya la establecía en el Artículo 395 pero nuestro legislador lo vuelve a incorporar en el Artículo 622, numeral 6to del COIP en la que el juez, en la sentencia, debe incluir el pago de los daños y perjuicios a la víctima haya o no presentado acusación particular. Sobre la victima ampliaremos el análisis cuando revisemos la teoría de la pena.

CAPÍTULO QUINTO

TEORÍAS DE LA PENA

I. Introducción

Es casi general la coincidencia de muchos autores en que la definición de pena es una cuestión que todavía está en construcción y que lo único evidente es que la misma es la expresión más real y objetiva de la existencia del poder punitivo del Estado. En los actuales tiempos la pena ha constituido la expresión más efectiva de la reafirmación de la autonomía del poder estatal y de la vigencia del ordenamiento jurídico interno. Por ello, más que un problema extra jurídico la pena viene a constituirse en una necesidad social donde la generación de riesgos y la proliferación de tipos penales crecen en proporción geométrica frente a los niveles de efectividad y eficacia de la punición estatal.

Desde la Revolución Francesa, en la que el Estado liberal burgués fue construido bajo el presupuesto del contrato social direccionado a facilitar la convivencia pacífica en una sociedad regida por reglas nacidas de la voluntad de los mismos habitantes, la pena deja de ser una expresión religiosa del pecado.

El pecado debía ser expiado por el infractor para la tranquilidad de su conciencia pero la pena deviene como la retribución justa que el infractor paga por el daño causado (retribucionismo) lo que marca la pauta punitiva del nuevo Estado post absolutista.

Pero esta concepción contrasta con la concepción utilitarista del Derecho penal en un contexto en el que las teorías relativas de las penas radicalizadas por el positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XIX concentraron su interés en el delincuente y su tratamiento como fuente y origen del delito. En la actualidad se busca una zona de convergencia de ambas escuelas en relación con el tratamiento a la pena.

II. Las Teorías de la Pena

A criterio de Enrique Bacigalupo las teorías de las penas elaboradas por los teóricos del Derecho Penal no responden a la pregunta ¿qué es una pena? sino a la cuestión de ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?[91]

1. Consideraciones generales sobre la pena

La pena desde el Derecho penal liberal es la sanción impuesta por el Estado derivada de la inobservancia de la norma penal prohibitiva o permisiva por decisión consciente y racional de una individuo libre y autónomo, conducta cuya consecuencia afecta la integridad o indemnidad del orden social. No puede haber vigencia plena de un ordenamiento jurídico si es que las consecuencias jurídicas previstas para su alteración no son efectivas[92]

La pena tiene una concepción muy relativa porque depende de varios factores que hasta la actualidad no tienen una delimitación conceptual totalmente definida. Sin embargo es posible que muchos autores coincidan en varios puntos importantes. Por ejemplo:

91 Bacigalupo Enrique(1994). Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. Pág. 12

92 Gracia Martin Luis. Ob. Cit. pag.207.

- La pena no se la define al margen de un sistema político determinado en un contexto social específico. La pena ha sido el instrumento preferido por los Estados para la defensa de su existencia y de sus intereses importando mucho el personaje o la clase social que está en el poder.

- La pena siempre es la reacción ante la infracción de una norma penal que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido. Es decir, la pena es una consecuencia del injusto penal porque es el único modo de delimitar el poder punitivo del Estado previo juicio de culpabilidad. No aceptamos en este trabajo la teoría de la pena como entidad autónoma a partir de la que se construye la teoría del delito o el presupuesto de hecho porque desquicia elementos limitadores del poder punitivo como es la existencia previa de un injusto penal y la gravedad del delito[93].

- La pena como medida de protección a un bien jurídico implica "...proteger la libertad de actuación de las personas como presupuesto para el libre desarrollo de la personalidad de todos por igual..."[94]. Algunos autores finalistas, como Gracia Martin[95], aseguran que la pena como medida de protección de los bienes jurídicos es de carácter secundario porque simplemente ella actúa después de la afectación del bien jurídico y no actúa antes. Y es una protección limitada por cuanto únicamente previene un posible daño a futuro cuando el condenado recibe una pena por el tiempo durante el cual esta persona no podrá cometer otro delito.

- La pena no es una simple relación entre el Estado que la impone y el infractor que la recibe. En el medio se encuentra la necesidad que tiene la sociedad para castigar al condenado

93 Gracia Martin Luis. Ob. Cit.pag.214

94 Meini Méndez Iván (2014). En "Derecho Penal y Procesal Pena. Delitos del crimen organizado .Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima. Pag.104.

95 Gracia Martin Luis. Ob. Cit. pag.217.

como expresión de legitimación de la pena, es una necesidad social de castigar la vulneración a una norma de conducta.

- La pena impuesta por el Estado debe respetar la dignidad humana considerada ésta como límite del poder estatal. La pena no puede consistir en tratos crueles o degradantes porque el condenado es una persona que actuó en libertad y en ejercicio de su poder de decisión. En este sentido la pena es la imposición restrictiva de derechos que no se remite únicamente a la libertad individual sino que abarca otro tipo de medidas como es la restricción de transito personal, la multa, y otro tipos más. En el Artículo 58 del COIP, por ejemplo, las penas son privativas de la libertad, no privativas de libertad y las restrictivas a los derechos de propiedad.

- La imposición de la pena es legítima si es proporcional, idónea y necesaria en relación a la infracción penal cometida. El numeral 6to del Artículo 76 de la Constitución consagra el principio de proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales. A mayor daño al bien jurídico protegido mayor será la pena que el infractor reciba. En otras palabras, la pena será más alta si el reproche ético social es mayor. De esta apreciación se deduce que existen principios flexibilizadores de la pena como el de subsidiariedad que proponen que la pena privativa de libertad se reserve para ser aplicada a casos más graves dejando las menos lesivas con penas alterativas a la privación de la libertad personal o desplazando a otra rama del derecho la prerrogativa de la sanción.

- Incluso en los delitos graves la pena de privación de libertad puede tener otras alternativas derivadas de las circunstancias del delito. El COIP contiene una gama de penas no privativas de libertad que en la práctica se aplican como accesorias a la pena principal de prisión privativa de libertad y no con el carácter de alternativas. En este sentido se interpreta la norma del ultimo inciso del Art. 60 del COIP que prescribe aplicar penas no privativa de libertad "sin perjuicio" de la pena que contienen

cada tipo penal. Lo irónico es que todos los tipos tienen una pena, por lo que se descarta la aplicación únicamente de la pena no privativa de libertad, excepto en los delitos cometidos por las personas jurídicas.

2. Teorías Absolutas o Retributivas

Denominadas también teorías absolutas de la pena. Para éstas el mal no debe quedar impune o sin castigo y el culpable debe encontrar en ella el castigo merecido. El fundamento de la pena es la justicia y la necesidad moral de castigar y no busca con la pena prevenir la comisión a futuro de delitos.

Según Jescheck[96] antes de la Ilustración del siglo XVIII la retribución de la pena era un mecanismo de venganza social, un mecanismo negativo de contestación al delito cometido. Frente al mal acusado se castigaba con otro mal equivalente.

Las teorías absolutas o retributivas de la pena responden a tres razones de carácter religioso, ético y jurídico:

- Desde lo religioso el cristianismo tiene una concepción retributiva de la pena. Hace un paralelismo entre pecado y delito, así como entre penitencia y pena. La idea de pena proviene de la idea de pecado-penitencia que se aplicó desde la iglesia para los delitos religiosos.

- La fundamentación ética se debe a Kant para quien el hombre es un fin en sí mismo y manifiesta que es ilegítimo perseguir alguna utilidad con la pena. La ley penal "es un imperativo categórico" y el delincuente es un ser humano que no ha perdido su condición innata de ser humano y no puede ser tratado como si fuera un objeto. La pena que se imponga debe ser la que se merece el infractor y debe ser esencialmente retributiva, es decir, debe pagar el mal causado por el mal de la

96 Jeschekc Hans. Ob. Cit. Pág. 72

pena en la misma proporción (Ojo por ojo, diente por diente: la ley del talión), sin que su caso sea utilizado como ejemplo o escarmiento para una utilidad social. La pena no es utilitaria, es decir no se puede castigar al individuo para beneficiar a la sociedad porque actuar así sería instrumentalizar al individuo, buscar un chivo expiatorio a costa del cual atemorizar a la sociedad con una pena cuya magnitud va más allá de la gravedad del hecho cometido.

- La fundamentación jurídica se debe a Hegel para quien la pena retributiva se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general expresada en la ley o en el ordenamiento jurídico. Esta voluntad general o la ley (tesis) son negadas por la voluntad especial del delincuente (antítesis, negación de la negación) quien recibe el castigo reafirmando de esta manera la vigencia de la voluntad general (síntesis). Entonces la pena viene a ser la negación de la negación que mira al delito y al restablecimiento del orden quebrantado. No es utilizado con fines preventivos. En síntesis, para Hegel, el carácter retributivo de la pena se justifica por la exigencia de restablecer el orden jurídico alterado por la comisión del delito.

Pero desde la Ilustración del siglo XVIII hasta nuestros días "... la retribución hoy en día responde a un injusto culpable y, por ello debe ser equivalente a este según el principio de la justicia distributiva... Así pues, la retribución nada tiene que ver con la venganza, con los bajos sentimientos de odio o con caprichosas agresiones represivas de la sociedad, sino que es un principio de medida..."[97]

El principio de medida al que se refiere Jescheck es la existencia de tres presupuestos fundamentales en los que se sostiene la teoría retribucionista:

97 Jeschekc Hans. Ob. Cit. Pág. 72

- Que el Estado pueda legitimar su autoridad moral frente al delincuente.

- Que la culpabilidad y la pena sean graduables frente a la gravedad del delito.

- Que la sociedad considere justa la pena impuesta.

En conclusión, la función de la pena para las teorías absolutas o retribucionistas es la realización de la justicia ante una exigencia de la misma justicia, valga la redundancia, sin consideraciones de carácter utilitarista preventivo. La pena retributiva constituye un límite de garantía a los derechos del ciudadano a quien no se le puede castigar más allá de la gravedad del delito ni siquiera por consideraciones preventivas.

A. Críticas a las teorías Absolutas o Retribucionistas

Algunas de las críticas son las siguientes:

- La medida de la pena frente a un delito no es posible medirla empíricamente. ¿Cuál es el procedimiento matemático por medio del cual el legislador establece la pena de 10 a 13 años para el delito de homicidio? ¿Cómo llega a esta cantidad de tiempo? En la mayor o menor cantidad de tiempo de la pena impuesta frente a un mismo delito se encuentra el germen del abuso o del autoritarismo estatal. Sin embargo pese a estas críticas casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo parten de la idea retribucionista para la imposición de la pena porque en la práctica simplemente nadie explica cómo el legislador llegó a la determinar el monto de la misma.

- Es cierto que la pena tiene como consecuencia un mal para la persona y para su familia, pero la privación de la libertad no debe ser la única medida del reproche que hace el Estado a quien comete un delito. Debe haber otras alternativas que dependa de factores y circunstancias propias del infractor, de su

preparación, de su condición, del sector social al que pertenece, del contexto en el que se cometió la falta. La aplicación del mismo rasero para todos puede constituirse en una injusticia.

- Los bienes jurídicos no pueden ser defendidos de manera absoluta. Puede haber la defensa parcial de los mismos. Si aplicáramos una pena absolutamente retributiva no habría cabida para la libertad condicional, la prelibertad, para la amnistía o indulto, para la caducidad o prescripción de la pena, que son instituciones que abren paso a una flexibilización de la sanción en función de su predisposición a ser reinsertarse en la sociedad de manera positiva.
- Las teorías retribucionistas de la pena ven en ésta la realización de la justicia. Lo que no vislumbran es la finalidad que debe tener la pena en un Estado democrático. Cuando se habla de la función de la pena, dice Carmen Eloísa Ruiz, "...la pena hace referencia al ser, es decir, al por qué se impone una pena. Por ejemplo, para el profesor Bustos, la función de la pena viene del propio sistema mediante el cual se protegen bienes jurídicos que se ha fijado como producto de las relaciones sociales. Por el contrario cuando se hablan de fines de la pena se hace referencia al deber ser, a lo que busca el Estado con la imposición de una pena, respondiendo a la pregunta de para qué..."[98] de la pena.

Por tanto, esta función castrada que tiene la teoría de la retribución únicamente responde a la pregunta del por qué se impone la pena y lo hacen por necesidad de retribuir un mal con otro mal motivados por un asunto de estricta justicia. Pero lo que no responde esta teoría es el ¿para que se impone la pena?, ¿cuál es su utilidad? ¿Qué busca el Estado a más de la simple expiación del condenado?

98 Ruiz Carmen (2011).Lección 2: Teoría de los fines de la pena. En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Departamento de Publicaciones de la universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pag.28 a 42

Pese a que esta teoría ha sido un tanto superada existe una tendencia a regresar a la pena retributiva porque evita los excesos que comete el Estado en nombre de la doctrina de la prevención y porque los niveles de reincidencia son altos denotando un evidente fracaso de las teorías de la prevención de la pena.

3. Las Teoría Relativas o Teorías de la Prevención

Los modelos prevencionistas asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales. Es una función utilitaria de la pena que no se asienta sobre concepciones religiosas, éticas o jurídicas sino sobre la concepción de que la pena es necesaria para el mantenimiento de los bienes sociales, es una teoría utilitarista porque está dirigida a prevenir delitos futuros. Es necesario comparar que mientras la retribución mira hacia el pasado la prevención mira hacia el futuro. En otras palabras, en la teoría de la prevención se castiga con la pena el delito cometido para evitar que el delincuente condenado vuelva a cometerlo en el futuro.

Esta teoría conlleva el peligro siempre latente de que el Estado penalice al infractor no en función de la gravedad del delito sino en función de la peligrosidad del mismo, renegando del principio de culpabilidad. De acuerdo con este modelo la forma cómo el Estado pretende evitar la comisión de delitos es castigando la tendencia o la inclinación del infractor para delinquir, no castiga por lo realizado sino que penaliza su predisposición a seguir haciéndolo. En este sentido la duración de la pena irá en función del tiempo que demore la rehabilitación del condenado o la disminución de su nivel de peligrosidad social.

Según Jescheck, al igual que la retribución esta teoría requiere de tres presupuestos para ser legítima:

- La posibilidad de pronosticar de forma segura el comportamiento futuro del infractor.

- La pena va en función de la peligrosidad.
- Que esa tendencia pueda ser superada mediante procesos de rehabilitación penitenciaria.

La función preventiva de la pena tiene el carácter de general y especial.

A. Teoría de la prevención general de la pena

Se refiere a la prevención frente a la colectividad y concibe a la pena como un medio idóneo para evitar que terceros cometan nuevos delitos o que surjan nuevos delincuentes en la sociedad. Inicialmente el ideólogo de esta teoría es Feuerbach para quien la pena debía servir como amenaza dirigida a todos los individuos advirtiéndoles las consecuencias jurídicas de un proceder delictivo. Es una coacción psicológica orientada a disuadir a la sociedad a que sus miembros cometan delitos. La prevención general puede ser positiva y negativa dependiendo de a quién va dirigida.

B. Teoría de la prevención general positiva.

La sola palabra "prevención" conlleva en sí misma un significado intimidante tanto en la masa social como en el individuo que cometió un delito. La prevención general positiva ve en la pena un mecanismo de afirmación del derecho, un fortalecimiento de la conciencia ética jurídica de respeto a la norma jurídica.

Fue Jakobs quien afianzó, desde el funcionalismo extremo esta teoría, al considerar que siendo el delito una infracción o quiebre de la norma legal, la pena vendría a ser la restitución del daño causado a la norma. La finalidad de la misma es la reafirmación de la vigencia de la norma infringida por la desestabilización causada por el incumplimiento del infractor.

Roxín menciona que la prevención general constituye un importante fin de la pena porque permite que el Estado pueda influir en la masa de ciudadanos motivándolos a no cometer delitos. El destinatario de la prevención general positiva "...es, sobre todo, el ciudadano fiel al Derecho, a quien se debe transmitir, mediante una justicia penal en funcionamiento, una sensación de seguridad y una actitud aprobadora frente al Estado y su ordenamiento jurídico..."[99]

Algunos autores, entre ellos Gracia Martin, ven en la teoría de Jakobs una repetición diferenciada de lo que Welzel denominaba la función ético social del Derecho penal. Lógicamente que a diferencia de Jakobs, Welzel insiste en que la pena tiene un efecto preventivo en la sociedad cuando ella ha sido impuesta luego del juicio de antijuridicidad y culpabilidad. La pena impuesta en estas condiciones implica de por sí un robustecimiento a la conciencia ético social de la comunidad, cuyos efectos inmediatos se traducen en la observancia del ordenamiento jurídico positivo.

Roxín nos advierte que la eficacia de la prevención general positiva no radica en las acciones de la justicia ni en la legislación penal sino en el mayor control social efectuado por la Policía por medio de una vigilancia social más intensa realizada por los diferentes y cada vez más sofisticados medios electrónicos (satélites, cámaras, drones, internet, mensajes vía celulares, etc.). El peligro de un sistema de vigilancia total puede socavar los espacios íntimos familiares y privados garantizados como derechos fundamentales por el Estado.

El dilema planteado por la modernidad hace que el ciudadano piense "...en cuanta libertad, cuanta esfera de privacidad estamos dispuestos a sacrificar a favor de una mejor protección frente a la criminalidad... gran parte de la población parece es-

99 Roxín Claus (2014:78-79). La Teoría del delito en la discusión actual. Editora Jurídica Grijley. Lima.

tar dispuesta a tolerar cada más control porque, como ciudadanos fieles al derecho, no tendrían "nada que temer ni nada que ocultar" y porque, además, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal. Pero no ven cuantas personas inocentes son afectadas ni cómo, a través de una total observación y el espionaje, se pueda dar pie a tendencias totalitarias..."[100]

En todo caso, se puede afirmar que la prevención general positiva utiliza vías extrapenales para llegar a este fin. El Derecho penal y la pena como tal son, entre otros, uno de los mecanismos que el Estado utiliza para este fin.

Roxín, al igual que Kaufmann, atribuye tres distintas funciones a la teoría de la prevención general:

Una primera función es de carácter informativa referente a lo que está prohibido y de lo que el ciudadano tiene la obligación de acatar. Es decir, dando a conocer las reglas sociales básicas que no pueden violarse. Tienen un efecto informativo de aprendizaje de la norma penal.

Una segunda función es la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del Estado de controlar e imponer el orden jurídico. Esto se logra cuando el ciudadano constata cómo se hace justicia y se aplica el derecho en la práctica.

Una tercera, realizar la tarea de crear y fortalecer en los ciudadanos una actitud de respeto por el derecho, es decir, produce un efecto de pacificación porque se impone la creencia de que el Estado efectiviza los mecanismos legales para la solución de los quebrantamientos a la ley. Afirma ante la sociedad que la justicia por mano propia o la impunidad están desterradas como posibilidades de solución de controversias.

100 Roxín Claus (2014). Ob.Cit.pag. 81.

C. La prevención general negativa

Se refiere a la prevención frente a la colectividad y concibe a la pena como un medio idóneo para evitar que se cometan nuevos delitos o que surjan nuevos delincuentes en la sociedad por medio de la intimidación que comienza desde la publicación de la disposición penal en el registro oficial, por el cual se informa la sociedad qué conductas son delitos y cuál es la sanción correspondiente.

Nuevamente mencionamos que la idea originaria corresponde a Feuerbach quien prevé que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan y que se concreta a través de las amenazas penales y del cumplimiento de las expectativas de que eficazmente se ejecuten las mismas. Lo destacable dentro de esta teoría no es la intimidación en sí misma sino la seriedad de la aplicación de la pena prevista en la ley. Entonces la pena aplicada a los casos concretos no vendría a ser sino la confirmación de la seriedad de la amenaza realizada por el Estado de imponer una pena a quien incurra en una infracción.

Esta teoría nace con el Derecho penal clásico de corte liberal impuesto desde la revolución francesa. Es una coacción psicológica negativa que busca a través de la pura intimidación y la amenaza de la pena, que los ciudadanos no cometan delitos.

i. Criticas a las teorías de la prevención general positiva:

a. Las teorías de la prevención general positiva de la pena prescinden del juicio de culpabilidad (sentencia sin proceso) como requisito previo para la imposición de la misma. Basta la necesidad de reestablecer la conciencia moral de la norma alterada por la comisión del delito para imponer una pena que tienda a reestablecer la vigencia de la norma infringida sin importar mucho el grado de culpabilidad del autor. Si la pena no se impone, el sistema estabilizador de la conciencia social no

se restaura nunca, por lo que se hace necesaria la imposición de la pena sin consideración del grado de culpabilidad del autor ni de la gravedad del hecho. Estas teorías preventivas generales devienen en la peligrosa construcción de la teoría del delito desde la pena porque implica el riesgo de considerar innecesario el presupuesto de hecho para que la pena actuara en forma autónoma. El Derecho penal exige que la pena sea impuesta luego del hecho y en forma proporcional al mismo.

Lo más grave en la aplicación de la teoría de la prevención general es la tendencia a prescindir del juicio de culpabilidad como condición previa para la imposición de la pena. Ello implica el abandonar los presupuestos de la culpabilidad (imputabilidad, conciencia de la antijuridicidad) en el análisis de la misma derivándose en la aplicación de la responsabilidad objetiva.

b. Las teorías de la prevención general positiva de la pena generan la necesidad de penas que sobrepasen el grado de culpabilidad. Si se requiere generar un temor considerable en la colectividad entonces la pena impuesta sobre el infractor será superior a la pena que se merece. Es la consagración de un derecho penal de autor completamente utilitarista contrario a la dignidad humana. La necesidad real o artificial de prevención que experimentan las sociedades puede desembocar, y de hecho sucede, en el diseño de un sistema penal abusivo y excesivo en donde el Estado tienda a quebrantar el principio de proporcionalidad que debe existir entre delito y pena, como por ejemplo cuando en los delitos poco graves pero muy frecuentes se tiende a imponer las penas más graves para contrarrestar el incremento.

A más hurto más alta la pena para desestimular su cometimiento lo que traería graves dificultades sociales por la desproporción del castigo en función del bien jurídico afectado. Esta situación de extralimitación estatal podría generar situa-

ciones de verdadero terror estatal que autores como Roxín pretenden evitar.

c. No menos importante es la crítica de Gracia Martin[101] cuando menciona que lo importante es la reafirmación de la norma infringida cuyo efecto fue la desestabilización de la conciencia social, misión que debe cumplirse aunque la infracción la hubiera cometido un inimputable o quien no tuvo conocimiento de la antijuridicidad de la acción por error invencible, casos en los cuales la conciencia social de la norma quedaría desestabilizada. De allí que el peligro que cualquier conducta irrelevante penalmente pueda ser sancionada con una pena es muy posible según la teoría de la prevención general positiva, debido al hecho de que basta que esa conducta irrelevante produzca una desestabilización de la conciencia moral de la norma, esta desestabilización tendrá que ser cubierta con la pena como expresión de la reafirmación de la vigencia de la norma infringida.

ii. Crítica a la teoría de la prevención general negativa.

- Una crítica importante se refiere a que en la prevención general negativa la amenaza de la pena rara vez ha tenido por efecto la reducción de los índices de criminalidad. Por el contrario, en regímenes autoritarios y totalitarios la relación entre incremento de las penas y los índices de criminalidad son directamente proporcionales, lo que encubre un fracaso de las políticas de prevención del delito.

- Además el propósito de la intimidación lleva a la imposición de penas desproporcionadamente duras que van más allá de la medida de culpabilidad y que por su sobredimensión ataca principios constitucionales fundamentales.

101 Gracia Martin Luis. Ob. Cit. Pag. 224

D. Teorías de la prevención especial de la pena.

Estas teorías responden a la pregunta sobre el fin que persigue la pena. En este sentido son totalmente contrarias a las respuestas de la teoría retribucionista o absoluta porque las teorías de la prevención no buscan que con la pena se haga justicia con el infractor sino proteger a la sociedad de una posible reincidencia. Es decir, el fin de la pena no es la justicia sino es un medio o instrumento de prevención a futuro.

La prevención especial de la pena va dirigida concretamente hacia el delincuente condenado buscando se intimide y a consecuencia de ello renuncie a futuro volver a delinquir (prevención especial negativa) o para que haga conciencia del daño cometido y fortalezca su conciencia ético social de respeto a las normas jurídicas que le permitan su re-inclusión como persona respetuosa del derecho de los demás (prevención especial positiva). La finalidad de las teorías de la prevención especial lo resume Jakobs: "...Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial..."[102].

Por tanto, una protección de los bienes jurídicos mediante la prevención especial de la pena solo puede producirse previniendo a futuro que el condenado vuelva a cometer delitos. ¿Cómo prevenir estos acontecimientos? Gracia Martin[103] cree que el fundamento de la prevención especial es la peligrosidad del individuo y se lo consigue mediante tres vías: intimidándolo, segregándolo de la sociedad y por inocuización del incorregible o de quien no se intimida.

102 Jakobs Gunther(2007).Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. Madrid. Pag. 29

103 Gracia Martin Luis. Ob. Cit. Pag. 243 a 248.

Von Liszt, citado por Jakobs[104], impulsor de la prevención especial, determina que ésta tiene los siguientes presupuestos:

- La pena justa es la pena necesaria para su finalidad intimidatoria y de reforzamiento de la conciencia ético social del condenado, con arreglo a la prevención especial.

- La finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta de acuerdo a los tipos de delincuentes es decir, a un mismo delito diferentes penas dependiendo del delincuente.

- Al delincuente ocasional, necesitado de correctivos, la pena constituye un recordatorio con efectos inhibitorios de ulteriores delitos.

- Al delincuente no ocasional pero corregible, con la pena debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la misma.

- Frente al delincuente habitual incorregible la pena debe conseguir su inocuización a través de un aislamiento (que puede llegar a ser perpetuo); y la pena de muerte.

Las teorías de la prevención de la pena tienen su origen en el modelo propuesto por Franz Von Liszt para quien la pena debe ser de tal naturaleza que haga que el delincuente condenado no vuelva a delinquir. Para ello es necesario observar una triple dimensión de la pena: intimidación, resocialización e inocuización. La intimidación dirigida al delincuente como una advertencia de lo malo que le puede ocurrir si comete un delito; la resocialización se fundamenta en la creencia de que el condenado puede ser objeto de una segunda oportunidad para que se corrija a través de la educación durante el tiempo de la pena; y la inocuización dirigida a la anulación del delincuente habitual por tiempo indeterminado y que no descarta la aplicación de la pena de muerte.

104 Jakobs Gunther. Ob. Cit. Pag. 29.

Lizst cree que la medida de la pena está determinada no por el hecho pasado cometido el delincuente sino por el fin que cumplirá la pena que se le impone. La pena es una coacción impuesta en contra de su voluntad y que deteriora o destruye los bienes jurídicos del autor del delito. Por ello debe ser impuesta por el Estado de manera racional y científica y de tal forma concebida que no se parezca en nada a la venganza privada.

Donna, citando a Liszt, cree que la pena "...es secuestro del delincuente, transitoria o persistentemente, es neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella. Aparece como artificial la selección del individuo socialmente inadaptado...así la pena tiene como fines la corrección, la intimidación y finalmente la neutralización..."[105]

El papel del Estado es perfectamente legítimo cuando en la ejecución de sus políticas internas de rehabilitación penitenciaria aplique una política de persuasión o convencimiento de que el condenado no delinca cuando recupere su libertad porque debe entender y estar convencido que el nivel de satisfacción por el delito cometido es siempre menor que el sufrimiento cuando cumple la pena condenatoria.

i. Teorías de la Prevención Especial Positiva

Busca concientizar al individuo infractor para que no delinca no por temor a la pena sino porque su conciencia ética sea quien le diga que esas conductas no son las adecuadas para vivir en paz. Actúa sobre el individuo para evitar la reincidencia a través de un proceso de resocialización del condenado. Su origen data de la escuela positivista de Lombroso quien considera al delito como algo natural, producto de circunstancias biológicas, psicológicas y sociales de una persona que no tiene libre albedrío y que necesita tratamiento. Sus postulados iniciales los encontramos en los trabajos de Lombroso, Ferri y Garófalo, principalmente.

105 Donna Edgardo. Ob.Cit. pag. 278.

ii. Teoría de la Prevención Especial Negativa

La pena como mecanismo de prevención de futuras infracciones no va dirigida a la colectividad sino al infractor. Busca que quien sufra la pena no vuelva a delinquir. A esta teoría se la conoce como la teoría de la prevención individual. Es decir, la imposición de la pena está orientada a escarmentar al delincuente para que deje su vida infractora de la ley, para que cambie su estilo de vida hacia una convivencia armónica en sociedad, para que no reincida.

La pena está prevista en función del fin de la misma. Si el fin de la pena es la resocialización del delincuente la pena debe durar lo que tarda este individuo en resocializarse. Por tanto la pena consistiría en retener al condenado todo el tiempo que tarde en ser rehabilitado introduciendo de esta manera el concepto de pena indeterminada proveniente del estado de peligrosidad del condenado. Incluso daría margen a que sea juzgado por su estado peligroso de insociabilidad y condenado a penas altas aunque el delito cometido sea muy leve.

Si el delincuente, luego de cumplir la pena, no deja de delinquir, entonces se le impone penas más severas, hasta el punto de que se le aplique un sistema con medidas de seguridad. En consecuencia, no estará privado de su libertad por el acto realizado sino por su condición de peligroso sin importar que haya o no cometido un delito nuevo.

Para quienes creen que la pena cumple funciones de prevención especial negativa la sanción penal busca evitar la futura comisión de delitos aislando a los condenados incorregibles, es decir, a quienes ya han perdido la capacidad de ser resocializados. La inocuización o neutralización para quienes no demuestran predisposición a vivir en paz es una medida extrema de prevención criminal que se las concreta con la aplicación de medidas tales como la pena de muerte, la cadena perpetua y las medidas de seguridad, aunque ésta última se aplica para los inimputables

por trastornos mentales, que en nuestro país no son precisamente condenados que han decidido a vivir en rebeldía con la ley.

iii. Crítica a las teorías de la prevención especial de la pena

- En la actualidad se ha desvalorado la ayuda y la rehabilitación del condenado como los factores más importantes en el tratamiento preventivo contra la reincidencia en razón de serios cuestionamientos sobre la utilidad obtenida por la privación de la libertad y la reclusión del condenado en los centros carcelarios. Sin embargo y contradictoriamente, la resocialización del delincuente ha sido incluida como política penitenciaria en casi todas las legislaciones del mundo. Gracias a este modelo existen penas condicionales, penas sustitutivas, la libertad condicional, las medidas de seguridad e incluso la eliminación de las penas cortas para delincuentes sumamente peligrosos, sin olvidar las políticas del régimen progresivo de la pena que acoge nuestro COIP en los artículos 695 y siguientes.

- Es cierto que la cárcel y su misión resocializadora no ha tenido el efecto preventivo esperado por problemas político criminales (como el aislamiento del preso, la falta de presupuesto, la falta de planes de rehabilitación, el estigma social de su condición, etc.) sumado al desentendimiento institucional del Estado para compatibilizar los objetivos y finalidades de la pena y los planes de rehabilitación.

- Un peligro en la aplicación de esta teoría de la prevención especial negativa son los denominados anticipos de la barrera punitiva implementados por el Estado para prevenir el delito aislando a los posibles y potenciales delincuentes que se sabe tarde o temprano cometerán infracciones a la ley, produciendo un grave peligro en contra de los derechos y garantías consagradas en la Constitución y en los convenios internacionales de los derechos humanos. La tendencia es castigar o inocui-

zar a individuos que no han cometido ningún acto delictivo pero para el Estado son potenciales o futuros delincuentes a los que hay que penalizarlos desde ahora. Es la máxima expresión del derecho penal del enemigo.

4. Teorías Mixtas o Eclécticas de la Unión

Según Roxín[106], en la actualidad no se habla de otro fin de la pena que no sea el preventivo puesto que las normas penales protegen las libertades y el orden social y por lo tanto la pena debe cumplir una función similar. En este sentido la teoría de la función general y la teoría de la función especial pueden unificarse porque con la imposición de la pena se puede prevenir tanto a la ciudadanía en general como a la persona en particular y alcanzar conjuntamente los mismos fines. Puede haber prevención general y no haber peligro de reincidencia. Pero si las actividades de resocialización no cuenta con la colaboración del condenado éste no puede ser forzado a realizarla sin embargo se cumplirá la pena aunque no haya prevención especial sino únicamente con fines de prevención general.

Roxín pretende una síntesis de las teorías de la pena excluyendo a la teoría retribucionista de su concepción de la teoría unificadora preventiva. Divide esta teoría en tres etapas un tanto diferenciadas:

- En un primer momento, la amenaza punitiva que pretende el legislador al momento de redactar la norma penal intenta dotar al fin de la pena un carácter estrictamente de prevención general. Son objeto de amenaza penal únicamente el peligro o la lesión de bienes jurídicos importantes dentro de un estado democrático de derecho.

106 Roxín Claus (2008:89-103). Derecho Penal. Parte General. Tomo Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Editorial Thomson Civitas. Madrid

- En un segundo momento, ya en el caso particular de aplicación de la ley, cuando en el proceso se llega a la determinación de la pena y el límite de ésta es el grado culpabilidad del individuo. En este punto se atenderán necesidades de resocialización, colaboración del condenado, factores internos del autor, razones de seguridad o de intimidación, la dimensión de los daños causados, el interés de la sociedad, la restricción de los límites superiores de la pena constantes en el tipo penal pueden ser son factores que doten de sentido justo a la pena impuesta porque nadie puede ser castigado con más dureza de la que se merece. En este punto el individuo se somete a las exigencias del Estado y no al arbitrio de éste, diría Roxín.

- En un tercer momento, en el de la ejecución de la pena, la prevención especial tiene suma importancia por sobre la prevención general. Aquí se aplican los procesos resocializadores.

Pongamos un ejemplo. Dice Roxín, un individuo merece una pena de tres años por cuestiones de prevención general y por necesidades de prevención especial solo requiere un año de encierro entonces. El sistema debe optar por la especial sin que constituya un detrimento de la pena preventiva general puesto que con ambas opciones se consiguen finalidades preventivas.

Desde otro punto de vista y a manera de síntesis, Roxín, (citado por Enrique Bacigalupo[107] propone esta teoría de la unificación desde la prevención en la que con el tipo penal existe una amenaza al penalizar una infracción con penas altas cumpliendo los fines de prevención. Pero en el momento que el juez impone la pena en el caso concreto esta pena está limitada por la medida de la gravedad de la culpabilidad y en la ejecución de la misma se tiene en cuenta los fines de resocialización y reinserción con los que se cumple la finalidad de prevención general y especial positiva.

107 Bacigalupo Enrique. (1994). Ob. Cit. Pag. 17

Más allá de las críticas vertidas en párrafos anteriores la pena absoluta o retributiva no puede renunciar a los criterios preventivos porque, como afirma Roxín, el Derecho no puede carecer de objetivos ni renunciar a su carácter social amparado por la Constitución lo que le impide desligarse de la implementación de políticas preventivas para el control de la criminalidad.

El punto de quiebre de las teorías de Roxín, pese a ser la más aceptada, es que las teorías preventivas por sí solas no pueden legitimar una pena frente a un individuo que tiene la percepción de estar frente a una pena injusta impuesta por la necesidad de prevenir futuros delitos en la comunidad. Para ser justa la pena ésta debe provenir de un juicio de culpabilidad que implica la necesidad previa del respeto a los principios y garantías constitucionales que no se pueden obviar. La pena no puede ir más allá de la culpabilidad solo porque el Estado envía un mensaje de prevención a la sociedad. Sería inconstitucional y violaría principios del debido proceso, de culpabilidad y de legalidad.

5. Teoría Consensual de la Pena

Según Carlos S. Nino, la pena que recibe un individuo es producto de la voluntad de éste porque conoce y sabe de las consecuencias jurídicas del acto delictivo voluntariamente realizado. Es decir, el sujeto activo de la infracción sabe de antemano que la pena es una consecuencia jurídica del hecho y por ende la acepta o consciente su ejecución. Este consentimiento tiene como consecuencia la inmunidad jurídica parecida a las consecuencias que acepta como venideras quien contrata con otro una prestación que no la cumplirá. En este sentido, según Nino citado por Alejandro Cántaro, la pena "...está presente cuando la acción del agente es voluntaria y cuando sabe que la consecuencia normativa se sigue necesariamente de tal acción..."[108].

108 Cántaro Alejandro. Introducción. En revista Cántaro, Programma n.1 Bahía Blanca 2005. Recuperado del sitio http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-86732005001100001 el 30/04/2020

Pero para que el sistema penal y la justicia sean justas el conjunto de las conductas tipificadas como delitos deberán contener elementos de consenso de los ciudadanos incluido el que delinque porque caso contrario estaría ejecutando una acción delictiva que él no considera como delictiva porque simplemente es injusta.

Con el consentimiento del agente activo para la realización del delito a sabiendas que le vendría la imposición de una penalidad, si a esto sumamos que la obligación jurídica violada por el actor está justificada o es justa, entonces el sistema penal está legitimado y "...la pena es un medio necesario y efectivo para proteger a la comunidad contra males mayores, el hecho que el individuo ha consentido libremente en hacerse sujeto de una pena (mediante la comisión de un delito, con conocimiento de que la pérdida de su inmunidad es un efecto necesario de él) provee una justificación prima facie para el ejercicio de la facultad correlativa de penarlo..."[109]

6. Teorías Deslegitimantes de la Pena

Son aquellas teorías de las que varios autores reniegan la utilidad práctica de la pena sea ésta considerada como un mecanismo de prevención o retribución. No son las personas las que fallan sino el sistema penal en su totalidad o en alguno de sus componentes.

A. Teoría Negativa o Agnóstica de la pena

Su precursor es Eugenio Zaffaroni y expone su teoría afirmando que el poder punitivo del Estado nunca ha sido eficiente a la hora de resolver los conflictos desde la perspectiva punitivista. Es decir, la imposición de la pena no resuelve los problemas sino solo los suspende, no reestablece ningún equilibrio roto por el

109 Cántaro Alejandro. Introducción. Op.cit.

delito sino por el contrario la imposición de la pena amenaza los derechos de quienes intervienen en el conflicto, en especial de la víctima quien es relegada o sustituida en sus derechos por el Estado.

Para Zaffaroni[110] el concepto de pena se podría construir "... considerando a la pena como: (a) Una coerción. (b) Que impone una privación de derechos o un dolor, (c) Que no repara ni restituye y;(d) No detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. El concepto así enunciado se obtiene por exclusión: la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o restitutiva ni es coacción administrativa directa... que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos..."

B. El Derecho Penal Mínimo

Luigi Ferrajoli propone una teoría de la pena desde el Derecho penal mínimo en la que platea la reducción del ámbito punitivo penal hacia delitos que dañen o pongan en peligro bienes jurídicos importantes. Es decir, busca reducir la presencia del poder punitivo del Estado en un amplio marco de tutela a las libertades de los ciudadanos.

Propone una pena mínima a partir de la cual se vaya reduciendo la presencia del Estado cediendo ese espacio a otros mecanismos alternativos a la solución de conflictos penales. Plantea que las "clases subalternas" son las más criminalizadas y las más victimizadas; parte de una crítica al sistema penal y plantean su abolición.

Para que se realice esta propuesta el proceso a seguirse será lento y paulatino hasta que el mismo sistema penal se extinga. Ferrajoli[111] piensa que "...la duración máxima de la pena privativa

110 Zaffaroni Eugenio (2005). Ob. Cit. Pág. 56..

111 Ferrajoli Luigi (2009). Derecho y Razón (2009). Editorial Trotta. Madrid. Pag.414.

de la libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso a medio plazo, a un tiempo todavía menor...".

Ferrajoli parte de dos modelos de pena:

- En el primer modelo, la utilidad de la pena podría entenderse como la que debe procurar la máxima seguridad para la sociedad y para los gobernados para lo que sería necesaria penas extremas que brinden una máxima seguridad social sin pensar en los límites y en los peligros de extralimitación en las penas a los recluidos.
- El segundo modelo tiene como premisa la imposición de la mínima pena que cause menor daño al condenado buscando la ponderación para que el Derecho penal intervenga en lo mínimo necesario. La reincidencia sería menor por la posibilidad de estar encerrado otro tiempo corto.

Desde esta doble perspectiva utilitarista de la pena Ferrajoli propone un modelo en el que "...La pena debe ser útil para la mayoría conformada por los no desviados, en cuanto que les brinde seguridad social, pero también debe ser útil para la minoría conformada para los desviados, en cuanto suponga para ellos el mínimo sufrimiento necesario..."[112]

C. El abolicionismo Penal

Abolicionismo radical, liderado por Crhistie. Para esta corriente aún utópica, expone que debe extinguirse toda y cualquier sanción penal, para así evitar el sufrimiento personal de un castigo (pena), ya que la prisión no es sólo la privación de la libertad, ésta representa un cambio radical en su vida, se le priva de su hogar, de su trabajo, de su familia, de sus amigos, de su identidad, de autonomía, seguridad, del aire, del sol, etc., el sistema

112 Ferrajoli Luigi (2009). Op.cit.

penal, pues estigmatiza, ya que un procesado o condenado está estigmatizado frente a la sociedad y frente a sí mismo. En fin, el sistema penal crea criminales, y seguiría siendo una máquina para producir dolor inútilmente, porque la ejecución de la pena le producen al sujeto efectos irreparables, por eso se habla de dolor inútil, desperdiciado, que vienen a ser "penas perdidas".

Sin adherirse a ésta corriente, el maestro argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, señala, que los ejemplos de los sistemas penales, en los países de América Latina, existen, fundamentalmente, para provocar sufrimiento en las personas condenadas, afirma que la pena no sirve para todo lo que nos han dicho que sirve, es un hecho político, que debemos aceptar para poder reducirlo.

III. La Pena en el Código Orgánico Integral Penal

El Artículo 51 del COIP prescribe que "La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal impuesta por una sentencia condenatoria." De esta definición podemos extraer los principales presupuestos implícitos que ya resaltamos anteriormente cuando analizamos la pena en general:

1. La humanización de la pena

La pena como una restricción de la libertad proviene del derecho penal liberal cuyo origen es la Revolución francesa de 1789. El principio de humanización de la pena implica el destierro o el descarte de la imposición de penas crueles y deshumanizantes como la flagelación, los azotes, la mutilación, la reducción a la esclavitud, la pena de muerte o la cadena perpetua que normalmente existía en el régimen monárquico. Siendo el Estado la consecuencia objetiva del contrato social, la privación de la libertad debe ser la única pena que debe ser impuesta a quien ha cometido un delito y ésta debe ser ejecutada en un contexto

de respeto a los derechos y garantías que les asisten a los condenados de acuerdo a lo previsto en el los Artículos 4, 7, 8, 9,10 de la CRE y Artículo 12 del COIP.

2. Principio de legalidad de la pena

La CRE recoge este principio en el Artículo 76 numeral 3 que garantiza que nadie puede ser sujeto de una sanción o pena de carácter penal no prevista en ley previa. En igual sentido, la pena privativa de libertad debe ser la consecuencia de un acto u omisión señalado como delito por una ley anterior. Expresión propia del principio de legalidad (Artículo 5 numeral 1 del COIP) resumido en el brocardo nullum crimen nulla pena sino lege previa que consagra la obligación que tiene el Estado de evitar las penas arbitrarias y no contempladas en la ley.

3. Principio de culpabilidad de la pena

La pena debe ser producto de una sentencia condenatoria. No puede haber una pena sin sentencia, ni sentencia sin proceso previo. Son principios constitucionales penales definitorios de un estado constitucional de derechos cuyo diseño institucional limita actuaciones arbitrarias del Estado e impiden la toma de decisiones penales contra de ciudadanos por su condición de enemigos. Su naturaleza exige juicios justos y apegados al debido proceso.

4. Principio de proporcionalidad de la pena

La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido, reza el Artículo 76 numeral 6to de la CRE de conformidad con el principio retribucionista y tiene una significancia vital porque desde una posición de pena justa se pueden construir modelos preventivos generales y especiales que compatibilicen con la necesidad de sacarle utilidad social a la condena privativa de libertad.

Uno de las finalidades del proceso penal es la realización de la justicia a través de la emisión de un fallo justo por parte de los jueces y tribunales con la imposición del cumplimiento de una pena previamente ejecutoriada. La pena como consecuencia jurídica de la culpabilidad es una tesis retribucionista coherente con el modelo constitucional.

5. El derecho penal de acto presente en la pena.

El castigo impuesto por la infracción debe ser la justa respuesta a una acción u omisión punible en conformidad con el principio contenido en el Artículo 76 numeral 3 de la CRE por el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este tipificado en la ley como infracción penal.

También contiene la prohibición, según el Artículo 22 del COIP, de sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales lo que constituye un claro indicativo de que la pena es consecuencia exclusiva de la comisión de un acto delictivo y no responde a consideraciones personales del autor.

IV. La finalidad de la Pena en el COIP

Reiteramos que modelo preventivo de la pena es un sistema extendido de aplicación casi universal que tiene ciertos riesgos o peligros relacionados con la imposición con fines de prevención general y especial. La pena prevista como sanción no siempre acoge el contenido del principio de proporcionalidad, es decir, no siempre puede dictarse en función de la gravedad de la infracción sino que podría obedecer a otras razones como la pretensión de esperar que con una pena grave disminuya la frecuencia o repetición de la misma aunque el infractor no se lo merezca, pero que la sufre por razones de carácter político criminal. El sistema de penas estructurado por cuestiones de política crimi-

nal puede conllevar la aplicación de penas arbitrarias y abusivas lesivas al principio de proporcionalidad y a otros derechos inherentes a los procesados. Estos impulsos autoritarios que se tornan demasiado frecuentes tienen en el Derecho penal una barrera de contención conformada por principios jurídicos que protegen y contienen el poder punitivo del Estado.

Dentro de qué límites puede un Estado social y democrático de derechos ejercer legítimamente la potestad punitiva, se pregunta Santiago Mir Puig[113]. La respuesta de la dogmática penal, en relación con este punto, parte en primer lugar de la exigencia del respeto y apego a los principios que informan al Derecho penal, y en segundo lugar de la intensidad de su observancia, lo que en definitiva termina configurando el tipo o el grado de autoritarismo de un Estado. Es decir, a mayor eficacia del sistema de garantías fundamentales más democrático será el Estado. La inclusión de principios constitucionales inspiradores dentro del sistema penal está asociada al nivel de respeto y observancia efectiva a los principales bienes jurídicos o valores supremos como la dignidad humana, la igualdad y participación ciudadana en donde el ciudadano es el fin último del Estado.

1. La prevención general para la comisión de delitos

Es el principio actualmente predominante que acoge el COIP por el cual efectivamente la pena está determinada por la función de prevención general (estímulo y amenaza a la sociedad) y prevención especial (estímulos y amenazas al infractor, Artículo 8 del COIP) que pueda obtenerse de su aplicación. La injerencia estatal por la imposición de una pena se justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos que aseguren la conservación de un orden social justo. La imposición de la pena sin fines sociales (solo retributiva) no tendría sentido porque de ella no se podría sacar ninguna utilidad social.

113 Mir Puig Santiago (2003). Derecho Penal Parte General. Editorial Tecfoto. Quinta Edición. Barcelona. Pag. 74

Pero el problema en la práctica es muy puntual. En nuestro país las estadísticas del crimen han aumentado en relación directa con el aumento de la pena, el escenario de la penalidad en materia de tránsito vehicular es un ejemplo claro de ello. De igual manera podemos concluir con los delitos de violencia intrafamiliar, los delitos de sicariato, de peculado. Esta realidad es demostrativa de que la prevención no ha respondido a las expectativa que el Estado ha puesto en ella porque los resultados preventivos de la pena no han sido determinantes ni se han traducido en la abstención de cometer delitos y muy por el contrario la respuesta denota un marcado incremento de los mismos, sin considerar que igualmente el índice de reincidencia es alto.

La prohibición de la pena de muerte en nuestra legislación penal guarda conformidad con los principios propios del Derecho penal liberal en el sentido de que aceptarla seria aceptar que el efecto intimidatorio de la misma produce prevención general del delito. La eliminación del delincuente no es sino una medida de inocuización que no tiene como fundamento un respaldo o sustento contractual. La teoría retributiva de la pena sanciona al delincuente por lo que hizo y no para que la pena impuesta tenga efectos atemorizantes en la sociedad. La pena no se la impondría por el hecho infractor sino que convertiría al condenado en un chivo expiatorio o un instrumento generador de miedos y temores en la sociedad; la pena de muerte con fines preventivos se aleja del respeto al principio de proporcionalidad. La prevención excesiva reduce las garantías fundamentales pero que si es aplicada con racionalidad podría aceptarse como un hecho inevitable[114].

La prevención general como finalidad de la pena tiene estrecha relación con el objetivo de disminuir los índices delincuenciales y, más allá de ello, proteger a futuro los bienes jurídicos de los ciudadanos. Éste debe ser el fin último de la pena según la teoría prevencionista porque en caso contrario no sabría responder

114 Donna Edgardo. Ob. Cit. Pág. 326.

con racionalidad el para qué se previene. De acuerdo con la prevención general, la mejor forma de proteger los bienes jurídicos de la sociedad es sancionar severamente en el presente para evitar delitos en el futuro. No se puede proteger el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el hecho concreto que motivó la sentencia porque simplemente ya está lesionado el bien jurídico (ex ante). No se impone la pena para proteger ese bien jurídico porque el delito y el daño ya está consumado o realizado, que es el momento en el que interviene Derecho penal.

Para que la pena sea un medio efectivo de prevención del delito a futuro, ésta debe compatibilizarse con otros principios limitadores del poder punitivo del Estado, como son por ejemplo, con el principio de proporcionalidad. La pena debe ser proporcional al delito cometido pues "...solo una pena proporcionada se muestra apta para contribuir a la creación o al robustecimiento de esta actitud legal de fidelidad al Derecho..."[115].

Varios autores, entre ellos Gracia Martin[116], cuestionan que la pena sea el medio más idóneo para la prevención de futuros daños a los bienes jurídicos protegidos. La consideran importante pero no tiene el carácter de primaria porque su efecto intimidante no impresiona a la comunidad que respeta el ordenamiento jurídico ni a los que viven al margen del mismo. La comunidad se encuentra protegida con la pena impuesta durante el tiempo de duración de la misma, función igual la desempeña la pena retributiva. Lo que no podemos asegurar es que una vez cumplida la pena el sujeto no continúe delinquiendo pese a los esfuerzos rehabilitadores, que valga la ocasión decir, no han sido efectivos y por el contrario, en ocasiones en nuestro sistema penitenciario han tenido un efecto adverso. Bajo estos supuestos, la pena solamente serviría no para prevenir sino para restaurar la vigencia

115 Gracia Martin Luis (2011). Fundamentos del sistema del Derecho Penal .Ediciones Cevallos librería jurídica. Quito. Pág. 217.

116 Gracia Martin Luis. Fundamentos del sistema del Derecho Penal. Ob. Cit. Págs. 214 a 218.

de la norma penal alterada reafirmando su vigencia mediante la sanción.

2. Desarrollo progresivo de capacidades de la persona con condena

Bajo nuestra normativa en el proceso de ejecución y cumplimiento de la pena el condenado será objeto de un régimen de rehabilitación orientado a su reinserción positiva en la sociedad, según reclaman los Artículos 8, 9 y otros del COIP. La rehabilitación del delincuente se podría entender como una finalidad inserta en la prevención especial positiva del condenado en razón de que está orientada a reforzar su conciencia ética de responsabilidad social por medio de la dotación de ciertas habilidades o destrezas en la adquisición de un oficio o profesión, o en el fortalecimiento de su criterio de autorresponsabilidad, para evitar la reincidencia.

3. La reparación del derecho a la víctima

Para que este caso se verifique la reparación integral a la víctima deberá estar contemplada en el COIP como una especie de pena no solo de carácter accesorio a otras especies como las privativas de libertad y las penas pecuniarias. Debería estar prevista como pena independiente en la redacción de cada tipo penal en la parte especial del COIP. En el Título II del COIP las penas se clasifican en penas privativas de libertad, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, entre las cuales la reparación no se encuentra inserta como una forma o un tipo de pena especifico. Tampoco figura como pena exclusiva de algún delito específico.

La no inclusión de la reparación como un tipo de pena autónoma devendría en la creación de serias contradicciones entre el interés de la víctima, la finalidad de la pena y del Derecho penal. Una reparación menor a las pretensiones de la víctima produci-

ría una situación de injusticia. Una reparación mayor o desproporcionada podría generar enriquecimiento injusto y sin causa de la víctima, y una desproporción con el grado de gravedad de la culpabilidad. Si la reparación fuera la consecuencia jurídica única y fuera igual a la pretensión de la víctima entonces la reparación como pena se equipararía a una reparación civil con lo cual llegaríamos la conclusión de que no hace falta un proceso penal porque las consecuencias del ilícito se asemejan y se equiparan a una sentencia dentro del campo civil. Incluso si la pena estuviera regida por el fin de prevención general positiva, como determina el COIP en el Artículo 52, la reparación en nada prevendría la comisión del delito, al contrario la alentaría, porque de antemano sabe que a lo mucho el infractor debería pagar una reparación del daño a la víctima y no más.[117].

A. Reparación a la víctima como una auténtica especie de pena

La pena de reparación como elemento sustitutivo de la pena no es sino una expresión de subsidiariedad de la reparación. Es decir, se impone una sentencia con la pena privativa de libertad pero que cumplido los presupuestos exigidos por la ley ésta es sustituida por la reparación a la víctima para dejar sin efecto la primera. Esta posibilidad redunda y cae en los mismos defectos de la reparación como una pena vistos en el parágrafo anterior.

B. Reparación a la víctima como elemento sustitutivo de la pena

La pena de reparación como elemento sustitutivo de la pena no es sino una expresión de subsidiariedad de la reparación. Es decir, se impone una sentencia con la pena privativa de libertad pero que cumplido los presupuestos exigidos por la ley ésta es

117 Gracia Martin Luis. Fundamentos del Sistema del Derecho penal. Ob.cit. Págs. 286 - 289

sustituida por la reparación a la víctima para dejar sin efecto la primera. Esta posibilidad redunda y cae en los mismos defectos de la reparación como una pena vistos en el parágrafo anterior.

C. La reparación de la víctima como un nuevo fin de la pena

La utilidad de la imposición de la pena es una cuestión que en la actualidad nadie lo niega. La pena debe ser útil para el sistema social y para los infractores de la ley y debe ser proporcional al daño causado. Si la pena tuviera como fin último la reparación de la víctima del delito entonces el proceso penal y el proceso civil tuvieran la misma estructura lógica objetiva, no habría diferencias entre las finalidades del Derecho penal y las del Derecho civil, lo cual devendría en un absurdo jurídico al pretender homologar dos áreas regidas por principios totalmente distintos: los del derecho público y los del derecho privado.

D. Reparación a la víctima realización de los fines de la pena

Según esta teoría se reconoce a la reparación como una institución del Derecho civil por medio de la cual se logran fines de prevención especial de la pena porque, si bien es cierto existen miles de casos que se resuelven por la vía de la reparación mediante acuerdos reparatorios que ponen fin al proceso penal, no es menos cierto que "... mediante la reparación del daño el autor expresa su reconocimiento de la vigencia de la norma ....coloca al autor en una relación con el daño y la víctima y ello puede dar lugar a una llamada interna al autor con efectos favorables a la resocialización..."[118].

118 Gracia Martin Luis. Fundamentos del Sistema del Derecho penal. Ob.cit. Págs. 292.

Roxín define a esta posibilidad como la "tercera vía" derivada del principio de subsidiariedad porque cree que la cuestión de la reparación no es una institución jurídica exclusivamente civil sino que puede constituir en una valiosa ayuda para la consecución de los fines de la pena. A su entender hay una generalidad de criterios que ven en la pena privativa de libertad, por ejemplo, algo poco útil para los intereses de la víctima y que por el contrario otorgan mucho valor a los acuerdos reparatorios en los delitos de ínfima y mediana cuantía, y a una rebaja importante de la pena en los delitos de mayor gravedad, con una batería de consecuencias importantes como la reconciliación entre autor y victima con lo que se reintegra el culpable; se restaura la paz jurídica "...pues cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad consideraran eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo-y la perturbación social originada por el delito..."[119].

4. Posición del COIP

El Código Orgánico Integral Penal, Artículo 622, numeral 6to prescribe que los jueces deben calcular e incluir dentro de la sentencia el pago de las indemnizaciones por los daños sufridos por la víctima y que hayan sido demostrados con los medios probatorios establecidos por la ley. El Artículo 11 numeral 2do establece el criterio de que la reparación integral va más allá de la simple indemnización de daños y perjuicios contemplada en el anterior código. Efectivamente el Artículo 72 del COIP cierra el abanico de posibilidades indeterminadas de reparación incluyendo en el cálculo de ésta el principio de proporcionalidad al daño causado. La satisfacción de las pretensiones de la víctima debe tener como límite las características del delito, el bien jurídico afectado, el daño ocasionado y sufrido por el afectado

119 Roxín Claus. Derecho Peal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura del delito .Ob. Cit. Pag. 109.

¿Cuál es la posición del COIP? La línea de conducta adoptada por nuestra normal penal, en relación a la reparación de la víctima, se acerca mucho a la posición de la reparación como mecanismo de ayuda a los fines preventivos de la pena.

Efectivamente, la reparación no es considerada como una pena más porque taxativamente el Artículo 58 del COIP no la contempla ni siquiera como una pena accesoria y tampoco el Artículo 72 del mismo cuerpo legal la incluye como una causal de extinción como para que puede considerársela un elemento sustitutivo de la misma. Más bien la reparación en el COIP tiene dos utilidades:

En primer lugar, como presupuesto obligatorio para la aplicación de la suspensión condicional de la pena prevista en el Artículo 631 numeral 7 del COIP previa la verificación de que la condición social del condenado no presente síntomas de ser un potencial reincidente en delito de menor cuantía (penas menores o iguales a 5 años). La potencialidad de incurrir en forma reiterada en la comisión de delitos y la peligrosidad medida en términos de los antecedentes personales del condenado son los aspectos determinantes que el legislador toma en cuenta para aceptar a la reparación de la víctima como uno de los diez condicionantes de la suspensión de la pena. No es el principal.

En segundo lugar, nuestra ley penal acoge a la reparación como una forma de extinguir la acción penal pública. En este caso el Artículo 665 COIP contempla a la reparación consensuada con la víctima un mecanismo de extinción del ejercicio de la acción pública penal como efecto del interés preponderante de la víctima sobre el interés punitivo del Estado que tendrá que desistir de ésta prerrogativa desvalorizada por el acuerdo voluntario entre víctima y autor.

En tercer lugar, como un mecanismo atenuante para merecer en forma condicionada una posible rebaja de la pena. Efectivamente el Artículo 45 numeral 4 del COIP determina que si el infractor repara voluntariamente los daños a la víctima o la indemniza

íntegramente se aplicará el sistema de atenuantes que, sea dicho de paso, es de tal relatividad que puede desvanecerse ante la cantidad considerable de circunstancias agravantes. La sola presencia de una agravante anula cualquier atenuante, entre las que se encuentra la reparación a la víctima.

En estos casos, la necesidad de evitar la pena privativa de la libertad a los condenados por ilícitos menores está dirigida a no causar más daño con la pena impuesta que el mismo daño causado a los bienes jurídicos de la víctima. Si la finalidad de la pena en nuestra legislación tiene también fines preventivos especiales, el pago indemnizatorio viene a constituir una forma de reconocimiento del delito cometido y una promesa de regirse por las normas penales que prohíben u obligan a determinados comportamientos so pena de sufrir las consecuencias que en este caso vienen a disminuir su patrimonio como efecto del pago de la reparación integral a la víctima, contribuyendo a la realización de los fines de la pena, según Roxín, criterio contrariado por las argumentaciones de varios autores, entre ellos, Gracia Martin[120].

A. La pena no tiene como fin el aislamiento y la neutralización

La prevención del delito, sea general o especial, es uno de los mecanismos más efectivos para el cumplimiento de dos finalidades del sistema penal: la reducción del crimen y la reinserción del delincuente en la sociedad. El problema surge cuando un delincuente no se reinserta efectivamente y comete actos de reincidencia delictiva. ¿Qué hacer con un delincuente peligroso que se niega a vivir en convivencia pacífica con los demás? ¿Se los excluye del sistema?

120 Gracia Martin Luis. Fundamentos del Sistema del Derecho penal. Ob.cit. Págs. 282 a 299.

En otras legislaciones a los criminales o delincuentes que no se logra reinsertarlos en la sociedad, o sea, que vuelven a delinquir (reincidentes) se los aparta de la sociedad, se les impone un régimen de exclusión social, de aislamiento, neutralización o inocuización, tal como había propuesto Lizst en su modelo positivista para el tratamiento de la pena. Pero esta posibilidad es negada por el Artículo 52 inciso final del COIP que proscribe la inocuización como pena.

i. La Inocuización

La teoría de la inocuización se origina con el positivismo criminológico de finales del siglo XIX, con la propuesta de Liszt sobre los fines de la pena y aplicados por primera vez por el Derecho penal nazi. La inocuización es una medida que tiene por objeto separar, alejar o extraer por un tiempo indeterminado a ciertos delincuentes de la sociedad para evitar que sigan cometiendo delitos. Los delincuentes son inocuizados por su estado de peligrosidad, por ser enemigos del orden y la paz social. Se diferencia del estado de seguridad porque éste aplica a quienes cometen un injusto penal pero que no pueden recibir una pena porque son inimputables[121].

La doctrina de la inocuización si bien estuvo de moda hasta mediados del siglo veinte nuevamente ha retomado importan-

121 Milanese Pablo. "La medida de seguridad y la vuelta a la inocuización en la sociedad de la inseguridad. Derechopenalonline. "En Alemania se elaboró ya en los primeros años de la república de Weimar (1919-1933), un Proyecto de Código penal, redactado por el Ministro de Justicia, penalista, y filósofo del Derecho, Gustav Radbruch, que preveía una medida de "custodia de seguridad" (Sicherungsverwahrung), que permitiría mantener al delincuente habitual, una vez cumplida su pena, en un centro de trabajo por tiempo indeterminado. Esta medida, que no llegó a aplicarse en aquel momento, fue finalmente introducida en el Código penal alemán, ya en la época nacionalsocialista, en 1934, con una Ley sobre delincuente habitual peligroso, (...)[59]..." rescatado del sitio https://derechopenalonline.com/la-medida-de-seguridad-y-la-vuelta- a-la-inocuizacion-en-la-sociedad-de-la-inseguridad/ el 02/05/2020

cia por el incremento de riesgos en una sociedad que demanda seguridad total, muy receptiva del alarmismo de los medios de comunicación. La demanda social ya no quiere darle una nueva oportunidad al delincuente habitual porque teme que vuelva a reincidir por lo que se pretende la aplicación de una pena adicionada con una medida de seguridad o inocuización. En el Artículo 65 del COIP tenemos un ejemplo, entre varios que nuestra legislación penal acoge de forma un tanto limitada. Dice este artículo "...Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.- Cuando el delito tenga relación directa con el ejercicio de la profesión, empleo u oficio de la persona sentenciada, la o el juzgador, en sentencia, dispondrá que una vez cumplida la pena privativa de libertad, se la inhabilite en el ejercicio de su profesión, empleo u oficio, por el tiempo determinado en cada tipo penal...".

En resumen, la inocuización es la neutralización mediante el aislamiento o la simple eliminación del infractor a quien no ha sido posible reinsertar en el medio social con el propósito de evitar que siga delinquiendo y cuando se hayan agotado todos los esfuerzos para que esa persona no se transforme en un incorregible. La inocuización del delincuente debe ser una medida de última ratio, en última instancia, de excepción dirigida a los delincuentes reiterativos en su conducta antisocial y a los sujetos peligrosos. Generalmente las medidas de inocuización por tiempo indeterminado vigente en otras legislaciones del mundo son inconstitucionales porque se sustentan en el principio de peligrosidad y desproporcionalidad de la pena.

Se neutraliza por medio de dos mecanismos: el aislamiento o la eliminación

ii. El aislamiento

Es la prisión perpetua o aislamiento de por vida del individuo peligroso en un centro de detención especial con la finalidad de evitar que siga cometiendo. El aislamiento es el primer grado

de neutralización que, más allá de los cuestionamientos que se realizan desde los derechos humanos, representan un ingente costo para el Estado que tienen que correr con los gastos de manutención del detenido y con los costos de su seguridad que son considerables. Pero la prescripción que elimina totalmente la posibilidad de aplicar medidas de inocuización está contemplada en el Artículo 52 inciso segundo del COIP que establece que la pena en ningún caso tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas.

iii. La eliminación

Significa la privación de la vida del infractor como una medida con la que se pretende desaparecer definitivamente todo peligro de reincidencia. Sin embargo, y pese a ser la inocuización una medida adoptada por un considerable grupo de legislaciones penales, en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido contemplada como una finalidad de la pena y aún más, la Constitución la prohíbe expresamente en el Artículo 66 numeral 1, Artículo 51 numeral 1 de la CRE y Artículo 52 del COIP que textualmente estipula que"... en ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales...".

De manera general podríamos afirmar que los delincuentes peligrosos desadaptados de la vida civilizada no tienen un tratamiento especial en el COIP, a lo sumo los incorregibles, como los llama Liszt, serán condenados en calidad de reincidentes como está previsto en el Artículo. 57 COIP.

Ni siquiera la medida de seguridad contra los inimputables contemplada en el Artículo. 76 COIP podría considerarse una medida de aislamiento de las personas inimputables por trastornos mentales porque la duración del internamiento se extenderá hasta que supere esta perturbación no sin antes someterse a un tratamiento en un hospital psiquiátrico y con el visto favorable de especialistas psicólogos y médicos psiquiatras quienes incluso deberán determinar el tiempo de duración del tratamiento .

Visto lo cual el COIP renuncia a la utilización de las medidas de seguridad como un medio de anulación o inutilización de una persona por su sola peligrosidad y cuando revista o necesite un tratamiento psiquiátrico que igualmente tiene un tiempo de duración determinado.

En conclusión, según el COIP bajo ningún presupuesto el condenado será inocuizado de sus relaciones sociales dentro del ámbito espacial de cumplimiento de la pena. No podrá cumplir su pena en completo aislamiento de los demás reclusos ni privado de su derecho a recibir las visitas que le correspondan. El condenado tiene derecho a una vida social que vaya acorde con el principio de libre desarrollo de su personalidad que implica una relación intersubjetiva con el resto de la comunidad carcelaria y con otras personas externas con las que mantiene sus lazos de relación familiar y social que no pueden ser negados por su condición de privados de su libertad. Acordémonos que estas personas gozan de todos los derechos consagrados en la normativa constitucional e internacional, tal como reza el Artículo 4 del COIP, incluso del derecho a negarse una rehabilitación impuesta por la administración penitenciaria.

B. El COIP adopta teoría de la prevención mixta de la pena

En función del momento histórico que vive un Estado, el Derecho penal y la pena tienen una función que caracteriza ese régimen social en particular porque teóricamente Derecho penal y el entorno social temporal del Estado son dos entes interdependientes. Por ejemplo en el Derecho penal clásico propio del estado liberal post - revolución francesa predominó la teoría retribucionista en base a la concepción idealizada del hombre que actúa en libertad. La retribución, en este sentido, venía a constituirse en un límite punitivo impuesto al Estado para que éste en base al principio de proporcionalidad y legalidad imponga la pena en función de la gravedad del delito.

En el Estado social y democrático de derechos el Derecho penal cumple la misión de protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos asumiendo la pena como un mecanismo de prevención, limitada por todo un conjunto de principios constitucionales y supranacionales insertados en los convenios internacionales de derechos humanos, como efecto directo y concreto del fenómeno de la constitucionalización del Derecho penal.

Con esta contextualización podemos afirmar que el sistema ecuatoriano adopta la teoría retributiva mejorada o teoría preventiva limitada de la pena desarrollada por Roxín, explicada en los parágrafos anteriores, y deducida de algunos indicativos que configuran la adopción de la retribución limitada como son, entre otros, los siguientes:

- No toda lesión a bienes jurídicos se castiga desde el Derecho penal, por ejemplo, la prisión por deudas dinerarias. Lo justo y retributivo seria que se las incluya como delito dado que el hurto y el robo de pequeñas cuantías si son sancionadas con una pena, en determinadas circunstancias, muy severas. El sujeto activo del delito de hurto, para el legislador, es más peligroso que el deudor, porque causa menos temor social. La peligrosidad es un criterio eminentemente preventivo y no retributivo.
- En los delitos de violencia contra mujer y de la familia existe una grave excepcionalidad al principio de igualdad procesal frente a otros delitos incluso más peligrosos en relación con el daño causado. El fin preventivo del tratamiento a esta infracción persigue fines inhibidores de ciertas conductas.
- La inclusión de la suspensión de la pena de privación de la libertad en el Artículo 630 del COIP refleja la preocupación por evitar la comisión de un mal mayor, con la imposición de la misma, que el daño causado por el condenado. El Estado parte del presupuesto de que una pena impuesta a quien no representa ningún peligro para la sociedad es profundamente

dañosa y supera las expectativas de rehabilitación. Estamos hablando de la prevención especial. En cambio a la pena retributiva no le interesa ninguna condición de peligrosidad o no del condenado ya que este tiene que simplemente cumplir con la pena impuesta.

- El Artículo 8 del COIP establece que el tratamiento de rehabilitación buscará estimular la voluntad del reo de vivir conforme con la ley, trabajar y respetar a los demás, postulado de la teoría de la prevención especial positiva.
- Las personas sentenciadas a una pena privativa de libertad, de acuerdo con la Constitución y el COIP, se sujetan a un sistema que garantiza el debido proceso que culmina con una declaración de culpabilidad y una sentencia. La pena cumple con el principio de legalidad y proporcionalidad, exigencia de la retribución, pero al mismo tiempo el Artículo 203, numeral 3 de la CRE establece que los jueces decidirán sobre las modificaciones a la pena dependiendo de su ingreso al sistema de rehabilitación cerrado, abierto o semiabierto (prevención especial) previo el cumplimiento de cierto porcentaje de la pena (retributivo), tal como lo establecen los Artículo 695 al 700.

En conclusión, la normativa del COIP determina la amenaza de la pena ante la comisión un delito, penas generalmente altas buscando inyectar en ellas fines preventivos en su aplicación. Cuando el juez sanciona con una pena alta en un determinado caso concreto esta pena debe ser proporcional a la gravedad del daño causado y en la medida de la culpabilidad. En la ejecución de la misma el ordenamiento jurídico penal tiene en cuenta los fines de resocialización y reinserción del condenado, con lo que se cumple la finalidad de prevención general y especial positiva (teoría mixta).

CAPÍTULO SEXTO

DERECHO PENAL SUBJETIVO

I. Introducción

El ius puniendi es un brocardo latino que se refiere a la potestad que tiene el estado para sancionar y castigar a los ciudadanos. ¿Por qué y con qué derecho el Estado se arroga el poder de enjuiciar, castigar y hasta condenar a penas privativas de libertad y en ciertos casos con la muerte de los ciudadanos? Todos los tratadistas reconocen al ius puniendi como el derecho que tiene la sociedad organizada, el Estado, para sancionar a quien han cometido un delito. La otra pregunta que nunca debe faltar es ¿de dónde proviene tal poder o tal atribución?

II. El Ius Puniendi o el Derecho del Estado a castigar

Del contrato social, el renunciamiento a una parte de sus derechos en beneficio de la comunidad organizada pretende la constitución de un ente con potestades exclusivas de ejercicio de la coacción y sanción dentro de los límites impuestos por la misma voluntad constituyente contractual. Es el monopolio del Estado reducido y limitado al ejercicio de la violencia punitiva por los derechos del ciudadano mediante la determinación y la precisión sobre qué conductas la sociedad acepta como lesivas a los bienes jurídicos y peligran la convivencia pacífica.

La comisión de las infracciones penales previamente estatuidas debe ser castigadas a todos los asociados rebeldes con el sistema normativo de prohibiciones, que es el material del que está compuesto el Derecho penal. De tal forma que éste vendría a ser el instrumento a través del cual el Estado legitima el sistema de control social frente a conductas no amigables con intereses sociales importantes.

Esta delegación contractual evita que sea el sistema de venganza privada el modelo de justicia imperante evitando los peligros de extralimitación, abuso y desproporción en la respuesta violenta que la justicia por mano propia representa como sistema de administración de justicia. Es un peligro que a la larga será factor de desestabilización antes que de conciliación social dadas las experiencias históricas.

El ius puniendi o poder que tiene el estado para castigar las conductas delictivas, más allá, del riesgo de su extralimitación, es necesario para el mantenimiento de un mínimo del orden comunitario. Ningún sistema socio-político puede prescindir de un control social formalizado estructurado para reprimir los delitos porque la probabilidad del caos resulta demasiado alta. Nadie en la actualidad puede negar la necesidad del poder coercitivo del Estado para castigar transgresiones al sistema normativo so pena de que ese sistema jurídico termine configurándose como un sistema un sistema cultural o moral, religioso, pero menos jurídico[122].

La necesidad de un ius puniendi no significa otorgar una carta en blanco al Estado porque históricamente está demostrado que el poder punitivo mal utilizado o instrumentalizado para anular derechos humanos, para silenciar la crítica y alivianar los contrapesos democráticos ha degenerado en sistemas punitivos violentadores de derechos fundamentales. Los bienes jurídicos y el sistema de garantías constituyen la estructura sobre la cual

122 Binder Alberto. Ob. Cit. Pag.33.

se levanta un sistema democrático y un Estado de derechos. No podemos cuestionar la existencia ni la utilidad del ius puniendi sino la intensidad con la que se lo aplica aun cuando de antemano sabemos que la respuesta penal al delito por parte del Estado tiene por naturaleza un carácter violento.

Es precisa la observación de Muñoz Conde cuando afirma que "...un estado totalitario, negador de los derechos y libertades fundamentales, engendra a su vez un Derecho penal de esta clase, puramente represivo y perpetuador del statu quo del modelo de Estado al que sirve. Un estado democrático debe dar lugar, en cambio, a un Derecho penal más respetuoso con los derechos y libertades fundamentales y con la dignidad, la igualdad y la libertad, que son la base de una democracia..."[123].

En la misma línea Muñoz Conde acota que para evitar que el Estado mismo se autodefina o se auto delimite a su arbitrio, la legitimidad externa del poder punitivo provienen de la misma constitución, de los instrumentos y convenios internacionales de derechos humanos, de los fallos y jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos. No obstante, la legitimidad interna se sustenta en la observancia a los principios contenidos en la Constitución, COIP, los fallos de la Corte Constitucional y los principios generales del derecho y la dogmática penal que limitan la arbitrariedad del poder punitivo del Estado.

1. Definición de ius puniendi

Es la potestad que tiene el Estado para castigar a quienes han cometido infracciones penales mediante la imposición de penas o medidas de seguridad

El fundamento de este poder coactivo del Estado radica en la necesidad que tiene la sociedad para castigar a quienes han

123 Muñoz Conde, F(2014:70). Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia.

cometido crímenes porque de no hacerlo desaparecería la existencia racional de una sociedad moderna. Nada puede negar la existencia de la delincuencia y de los delincuentes y de la necesidad de neutralizarlos como mecanismo de prevención general que, aún en el hipotético caso de la desaparición de la injusticia social, no dejaría de existir la urgencia de reprimir casos especiales de delincuencia porque su abolición es una utopía, porque se torna casi imposible pensar en una sociedad que haya alcanzado tal estado de racionalidad y evolución que se torne innecesaria la existencia de un sistema de castigos y penas.

Este fundamento funcional del Derecho penal debe acoplarse a la existencia de un fundamento constitucional y democrático que debe legitimarlo porque la protección de los bienes jurídicos necesarios para el respeto a la dignidad humana, en los términos que ésta es concebida en este libro, debe realizarse en el contexto político de un Estado de derechos, en un Estado constitucional y democrático. Si no existe Estado democrático no es necesario legitimar ningún Derecho penal porque éste cumpliría finalidades funcionales al Estado y no protegería los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Luzón Peña afirma en relación con este punto que "...Es a partir de la concepción liberal del Estado y su idea del pacto social o contrato social (Rousseau) con la que solo se legitima la grave restricción de derechos que supone la aplicación del Derecho penal en su estricta necesidad, ósea, en la medida en que sea estrictamente imprescindible precisamente para proteger los derechos y libertades de todos, idea que se mantiene en los actuales modelos de Estado social y democrático de Derecho..."[124]

124 Luzón Peña, Diego-Manuel (2016). Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f. Buenos Aires. Pág. 85

III. Los fundamentos constitucionales del Derecho Penal ecuatoriano

Reiterando lo anotado, históricamente el Derecho penal ha sido funcional al modelo político vigente en determinado modelo societal. Si el gobierno es autoritario entonces de seguro tendremos un Derecho penal violador de los derechos fundamentales, si tenemos un Estado democrático pues con mucha probabilidad el Derecho penal vigente reflejará un sistema punitivo orientado a la salvaguardia de la dignidad humana y propensa al respeto de los derechos y garantías ciudadanas.

Entonces, el marco de referencia del Derecho penal debe ser la Constitución y los instrumentos internacionales de los derechos humanos. Si está a tono con ellos podría decirse que el Derecho penal tiene una legitimidad externa. La legitimación interna normativa del Derecho penal requiere que sus disposiciones positivas incorporen y desarrollen los principios constitucionales y universales que controlan y limitan el poder punitivo del Estado, estrictamente orientados a la protección de bienes jurídicos importantes.

Estos principios limitadores son, por ejemplo entre otros, el principio de legalidad, el principio de intervención mínima del Derecho penal, el principio de subsidiariedad del Derecho penal, el principio de oportunidad, de garantía jurisdiccional, el principio de culpabilidad, entre otros.

IV. La Constitución como modelo axiológico

Definir la Constitución es una tarea complicada por la confusa delimitación de sus finalidades, pero nos quedamos con aquella que la define como un modelo axiológico porque le confiere una capacidad valorativa interna muy fuerte que produce y genera otras normas igual de legítimas. Es decir que desde este punto de vista estamos frente a una constitución normativa de los

derechos fundamentales. Isiquio Manuel Sánchez[125], citando a Comanducci, expresa que el modelo axiológico de Constitución, para ser tal, debe participar de algunas de las siguientes características:

- La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico. Todo el ordenamiento debe formarse bajo el lineamiento de la norma constitucional.
- La Constitución, a más de normas, tiene principios que constan expresamente o que pueden deducirse de las otras normas constitucionales.
- La Constitución tienen una relación directa con el modelo democrático. No existe Constitución sin democracia y viceversa porque la Constitución se legitima imponiéndole límites al poder punitivo a través de las decisiones racionales de la mayoría.
- La Constitución demarca las relaciones entre derecho y moral. Los principios constitucionales no son otra cosa que los principios morales positivados. Cuando se trata de interpretar la Constitución se debe recurrir a esos principios morales (derecho natural).
- El método de interpretación de las normas constitucionales es la ponderación. Se elimina el método de la subsunción.

V. El carácter normativo de la Constitución

Significa que estas normas constituidas como principios y reglas son vinculantes para todos los poderes públicos, para todos los funcionarios estatales; que la exigencia del respeto y promoción son de aplicación directa y plenamente justiciables, por lo que

125 Sánchez Isiquio Manuel (2014). Derecho Penal Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 30-31.

no se podrá alegar falta de ley para su aplicación inmediata, así lo determina el Artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador. Los principios positivos contemplados en la Constitución son anteriores al Estado y provienen de la moral; los principios se pueden verificar o se expresan a través de los denominados derechos fundamentales, que en nuestra Constitución simplemente se los llama derechos. En cambio las reglas son producto del legislador y tienen un menor rango jurídico que los principios. Los principios vendría a ser mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho constitucional se realice en la mejor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas[126].

VI. El Estado constitucional de Derechos y Justicia

El Estado Constitucional de Derechos y Justicia como modelo característico de nuestra carta magna viene a ser un modelo que recoge la teoría de los derechos fundamentales desarrollada principalmente por pensadores como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, modelo que impregna a la Constitución de normas fundamentales modeladoras del ordenamiento jurídico y de las funciones estatales. Establece los principios rectores de convivencia social y los mecanismos de solución y salida a los conflictos que se presenten.

Este modelo tiene las siguientes características, según Guastini[127]:

- Reconocimiento de la dignidad humana. La dignidad humana es el centro alrededor del cual gira todo el sistema de derechos fundamentales de las personas como individuos y co-

126 Pulido Carlos Bernal. Estudio Introductorio a la obra de Robert Alexy Teoría de los derechos fundamentales, Centros de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid. 2012. Pág. 46

127 Guastini Ricardo (2001). Estudios de Teoría constitucional. Primera Edición. Ediciones Fontamara. México DF. Pag. 54

lectivos (Artículo 11.7 CRE). Es lo que se conoce como antropocentrismo penal. Sin embargo, se habla ya de la dignidad de la naturaleza como sustento de sus derechos y garantías reconocidas[128]

- El carácter rígido o blindado de la Constitución. La reforma constitucional mediante procedimientos diferentes al trámite ordinario reformatorio de la norma secundaria. La rigidez proviene del grado de dificultad y complejidad que requieren consenso general sobre una reforma para garantizar la seguridad jurídica y el control de la constitucionalidad en la Corte Constitucional y sobre la Asamblea Nacional. (Artículos. 441 a 444 de la CRE).

- La garantía jurisdiccional de la Constitución. La necesidad de mantener el estricto apego y fidelidad a los fines axiológicos de la Constitución exige que su normativa sea aplicada o interpretada por jueces alejados de conformidades políticas tal como lo expresa la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional (Artículo 1) la misma que tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional para garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia(Artículo 429). Sus sentencias son precedentes jurisprudenciales generales y obligatorios. También ejerce control constitucional previo y vinculante en varios casos (Artículo 438 CRE).

- La fuerza vinculante de la Constitución. Guastini[129]119 introduce este elemento importante en el constitucionalismo mo-

128 Boff, Leonardo (2010). La Madre Tierra, sujeto de dignidad y de derechos, Cochabamba. Rescatada del sitio https://www.scielo.br/j/rdp/a/DQvjXNFmCnhVxv4HxmhZsvB/?lang=es el 23 de junio 2922

129 Guastini Ricardo (2001). Estudios de Teoría constitucional. Primera Edición. Edi-

derno que significa que las normas constitucionales no tienen el carácter de simples enunciados generales considerados como objetivos o fines a cumplirse en el futuro sino que tienen validez inmediata y pueden ser invocadas por los ciudadanos para que sean aplicadas directa e inmediatamente por los jueces y funcionarios públicos. Para que tengan validez las normas constitucionales no es necesario ningún desarrollo legislativo sino que son de aplicación directa. Así lo determina el Artículo 11.3 CRE

- La interpretación de las leyes conforme a la Constitución. Es imperativo, según este modelo neo constitucional, que las leyes sean realizadas en función de lo que dice la norma constitucional. No pueden estar en contraposición, y, en caso de estarlo, prevalecerá siempre la Constitución. El propósito de esta disposición procede del carácter hegemónico de los mandatos constitucionales cuando aceptamos que la Constitución se encuentra en el vértice superior del edificio jerárquico del ordenamiento jurídico ecuatoriano.(Artículo 425 de la CRE). En materia penal este tipo de interpretación de la ley tiene un segundo lugar en la prelación de los métodos de interpretación detrás de la interpretación literal o taxativa.

- La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Permite un tratamiento y salida constitucional de los conflictos creados por interposición y cruce de competencias entre las diferentes funciones y organismos del Estado, buscando resoluciones que eviten la paralización de la administración pública o la generación de conflictos. Lo que se busca es el control de los actos discrecionales de los poderes del Estado para lo cual la Corte Constitucional utiliza métodos de interpretación como la ponderación y legalidad constantes en los Artículos 1, 2,3 de la LOGJCC.

ciones Fontamara. México DF. Pag. 55

- La sobre interpretación de la Constitución. La interpretación de la Corte Constitucional tiene la facultad de extraer de las normas constitucionales otras normas que no se encuentran explicitas a fin de que con ellas todos los estamentos de la vida publica este cubiertos por la fuerza imperativa de la Constitución. Busca que no queden vacíos en el ámbito de aplicación de la norma constitucional.

VII. La Constitucionalización del Derecho penal en el Ecuador

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno progresivo y gradual característico del estado constitucional de derechos por medio del cual la estructura legal interna del país se va "contaminando" en forma total por la prevalencia de los principios y reglas constitucionales en los procesos de interpretación, legislación, decisiones judiciales y creación de instituciones jurídicas ocasionado una efectiva, real y concreta subordinación de todo el ordenamiento legal a los mandatos constitucionales.

En este sentido la constitución inspira, orienta y fundamenta todos los estamentos y ámbito jurídicos del derecho administrativo, derecho tributario, derecho laboral, derecho civil, derecho procesal, derecho constitucional, entre otros campos de las disciplinas sociales.

En el caso del Derecho penal la Constitución del 2008 tiene insertados múltiples principios y reglas desarrollados en el COIP, por ejemplo, los derechos protección del Artículo 75 y siguientes de la CRE entre los que se encuentran el principio de presunción de inocencia, la prohibición del doble juzgamiento por los mismos hechos, la invalidez de las pruebas contrarias a la Constitución y la ley; el principio de favorabilidad, el principio de proporcionalidad, el derecho a la defensa, el derecho a la prohibición de la auto imputación forzada, el derecho de contradicción, el derecho a la motivación de las resoluciones, las garantías para

los privados a la libertad, y muchos otros más que han sido desarrollados por el COIP vigente. Incluso en la exposición de motivos realizada por el legislador como preámbulo de la ley ratifica el hecho de que esta ley penal es un producto propio del proceso de constitucionalización del Derecho penal.

1. Constitución, los principios y los derechos fundamentales

A. Los principios

La Constitución es axiológica porque desde los principios contenidos en ella orienta y dirige el ordenamiento jurídico interno exigiendo su observancia obligatoria y su aplicación respecto a todos los individuos y a todas las instituciones del Estado y del sector público.

Alexi define a los principios como "...normas que ordenan que algo sea realizado con la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos..."[130].

Los principios son pautas que se utilizan para legitimar y limitar ciertas situaciones sociales en conflicto. Los principios constitucionales son la fuente en la que se miran y se inspiran las normas jurídicas de menor rango jerárquico. Los principios constitucionales es la referencia obligatoria, es un valor superior sobre el que todo el ordenamiento jurídico debe fundamentarse.

130 Alexi Robert (2012). La Teoria de los Derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Pág. 67

Los principios tanto explícitos como los implícitos se materializan en la Constitución en forma de derechos fundamentales. Los implícitos son aquellos que no se concretan o definen de manera taxativa sino que se encuentran presentes en varias normas constitucionales, como por ejemplo el principio de dignidad humana, de razonabilidad, legalidad, proporcionalidad, etc. Estos principios despliegan su ámbito de acción y pueden colisionar en un determinado momento fáctico con otros principios cuyo desenlace se soluciona por el método de la ponderación. Este método no entrega como resultado la prevalencia de un principio como superior a otro sino a un principio que debe ceder en beneficio de otro dada la circunstancia particular de cada caso.

B. Derechos fundamentales y Estado constitucional de derechos.

Los derechos fundamentales son todos aquellos que aseguran la construcción y el desarrollo del proyecto de vida de una persona; tratan de asegurar que la esfera de libertad y autonomía de vida de cada ciudadano pueda verificarse en la realidad. Con ello la dignidad humana se convierte en el centro de atención desde la cual se interpretan las normas constitucionales, a fin de extender el círculo de protección de la misma a todos los ámbitos de la vida social.

No existe una fuerza jurídica superior a la emanada por la Constitución que tenga la misma capacidad de imposición en cuanto a su cumplimiento obligatorio. Efectivamente, solo la Constitución tiene esa fuerza normativa de penetración en todos los ámbitos de la vida en sociedad y que es instrumentalizada por la comunidad como el mecanismo más efectivo e idóneo de solución de conflictos y por ende un factor de reproducción de armonía social.

C. El bloque de constitucionalidad

Es el conjunto de normas constitucionales y normas constantes en los instrumentos internacionales de derechos humanos que conjuntamente conforman un sistema de referencia obligatorio para todos los estamentos de nuestra sociedad. Ninguna ley o norma jerárquicamente inferior a la Constitución debe estar en contra de las normas pertenecientes a este bloque de constitucionalidad (Artículo 11.3 CRE) y en caso de estarlo, incluso alguna norma constitucional, prevalecerán las pertenecientes a los instrumentos internacionales.

Estado de Derechos implica la búsqueda de realización de sus miembros desde la perspectiva del respeto a la libertad y autonomía de las personas en realizar su proyecto de vida, por un lado, y por otro lado restringiendo la actuación negativa del Estado en acciones que tiendan a impedir este legitimo goce. Concomitantemente el Estado debe actuar positivamente desplegando acciones de protección de los derechos fundamentales dentro del marco de legalidad y legitimidad frente a esas opciones de autonomía personal y de libre desarrollo de la personalidad.

Lo anterior no significa otra cosa que el respeto al principio de dignidad humana como el inicio y el fin del Estado en un contexto de respeto al principio de legalidad y a los elementos fundacionales de un Estado democrático como son la división de poderes, la alternabilidad, las decisiones por mayorías, el sistema electoral, la libertad de expresión. No puede haber reconocimiento de los derechos fundamentales en un Estado autoritario porque esta es una prerrogativa que exige un escenario de libertad en democracia como sistema de gobierno.

No existe otro elemento que configure con tanta precisión los fundamentos de la existencia de un Estado democrático de derechos y justicia, como es, la dignidad humana. Es la razón de ser y constituye el límite de actuación del modelo de Estado democrático.

2. Estado constitucional de derechos y el Derecho penal

El Estado debe estar siempre listo para generar una respuesta frente a la comisión de un delito, respuesta que por sí misma es también violenta y ello porque la necesidad de salvaguardia de los derechos fundamentales implica la utilización de un sistema punitivo representado por el Derecho penal que desde la óptima del Derecho penal liberal es un conjunto de elementos limitantes que impiden una excesiva e irracional respuesta por parte del Estado.

Pero al mismo tiempo el Derecho penal puede desplegar normativas internas autoritarias introducidas por el legislador que constituyan una contraposición con el mandato constitucional y marquen un debilitamiento a los límites impuestos al poder punitivo del Estado. La verdadera y real vigencia de los derechos fundamentales exige la presencia de un conjunto de garantías que eviten los efectos anuladores de derechos y de los límites al poder punitivo del Estado. (Son límites a los límites).

Es obvia la razón por la que la constitucionalización del ordenamiento jurídico general y del Derecho penal en particular significa una obligatoria e imperativa fidelidad de la legislación penal con la norma, con los valores, con los principios, con las reglas y con el deber de resguardo de los derechos fundamentales constitucionales. La directriz del modelo social fraguado en la Constitución actual se erige alrededor del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, por lo que es evidente que esta dualidad es la piedra angular de la normativa penal ecuatoriana.

Es decir, los jueces, fiscales y autoridades administrativas participantes en las diversas instancias del proceso penal, como es en el diseño de las conductas penalmente relevantes, en la determinación de los presupuestos de antijuridicidad, en la definición de los sistemas de imputación y responsabilidad penal, al igual que en la ejecución de la pena, deben orientar sus deci-

siones en base a los principios constitucionales y en la dignidad de la persona.

Como referente principal. Esta obligación trasciende el plano estrictamente nacional y constitucional porque la misma normativa constitucional incorpora como norma jurídica interna de obligatorio cumplimiento los derechos y principios consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Ecuador, al igual que las decisiones y la jurisprudencia de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y las resoluciones de la Corte Penal internacional. (Ver los artículos 426 CRE, Artículo 28 del COFJ).

3. La Constitución impone límites al poder punitivo del Estado

Los límites al poder punitivo que se encuentran previstos de manera expresa en el Artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal deben concretarse para su efectiva realización en la estricta aplicación de los principios que contienen la potestad castigadora del Estado.

Por tanto, los límites constitucionales no solo permean su obligatoriedad hacia el lado externo de su dimensión, como es, el Derecho Penal, sino que constituyen fronteras internas que insertos en la misma Constitución sirven para limitar el ejercicio del poder punitivo[131].

El poder punitivo del Estado se ejercita a través de la jurisdicción ordinaria compuesta por los órganos jurisdiccionales quienes de acuerdo con la ley y por determinación constitucional (Artículo 178 CRE) son los encargados de administrar justicia. Para ha-

131 Vives Antón Tomas (2014). Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Segunda Editora Tiran lo Blanch. Valencia. Pág. 694.

cerlo deben obligatoriamente actuar el derecho respetando las disposiciones y principios constitucionales relacionados con el Derecho Penal, en este caso, con la observancia estricta del fin de la tutela de la dignidad humana y con el objeto de proteger y respetar los derechos fundamentales allí consagrados.

Si tenemos en cuenta esta finalidad axiológica de los jueces ordinarios éstos vendrían a constituirse en jueces de garantías penales encargados de administrar justicia penal sobre la base de los principios constitucionales que rigen para el Derecho Penal y que vienen a ser los mismos que son recogidos y protegidos por el COIP.

4. La dignidad humana y el Derecho penal

De acuerdo con Werner Maihofer[132] las expresiones como "dignidad humana", "dignidad del hombre, "dignidad de las personas" han sido permanentemente utilizadas en todos los trabajos académicos y textos legales y constitucionales pero casi nunca han sido debidamente definidos.

Lo cierto es que en la actualidad todo ordenamiento jurídico nacional e internacional fundamenta sus estructuras legales y constitucionales sobre la base del respeto a la dignidad humana y es el baremo con el que se mide su legitimidad, sea como principio filosófico o como norma jurídica. Nuestra CRE utiliza varios de estos denominativos en el Preámbulo, en el los Artículos 10,11.7, 33, 45, 57, 84, 158, 329, 408. En el COIP consta en la exposición de motivos, numeral 2, y en los Artículos 4, 11, 78, 463, 715, 378, 409, 415, otorgándoles significantes igualmente diversos como sinónimos de respeto y de condición humana superior.

132 Maihofer Werner(2008:1). "Estado de derecho y dignidad humana. Editorial B de f. Buenos Aires.

Pero en todos ellos se deriva la titularidad de derechos por la sola condición de ser humano. La dignidad está relacionada íntimamente con la idea de respeto al individuo por su condición de ser racional y privilegiado de un conjunto de valoraciones positivas que la tiene aún antes de que nazca el Estado y superior a éste. Por ello los diseños institucionales de las sociedades actuales y de los ordenamientos jurídicos del mundo ponen a la dignidad humana por sobre el mismo Estado y por sobre las instituciones internacionales.

No existen definiciones más o menos homogéneas sobre la dignidad humana sin embargo nuestra CRE establece que todos los derechos fundamentales se derivan de la dignidad humana y por tanto todos los cuerpos normativos, entre ellos el COIP, deberán estar acordes tanto en su promulgación como en la interpretación, con los derechos emanados del bloque de constitucionalidad y con la referencia a la dignidad humana (Ver artículos, 10,11.7, CRE y los antes señalados del COIP).

De tal modo se concibe a la dignidad humana que se aviene en un concepto sustentador de todo el ordenamiento jurídico y del mismo Estado democrático de derechos. Es decir, la dignidad humana no es un derecho más sino el fin último que tiene el Estado en el desarrollo de todas sus actividades. El Estado es un ente al servicio del ser humano y no al revés, es decir, el ser humano no puede estar al servicio del Estado, el hombre es un imperativo categórico como decía Kant, en términos más amplios[133].

A. Dignidad humana y titularidad de derechos.

En esta misma línea, Kant enfatizaba que el hombre es un fin en sí mismo y que no puede ser utilizado involuntariamente como un medio para alcanzar otros propósitos. Criterio que deriva en una definición de dignidad humana como norma fundamental

133 Maihofer Werner (2008:43).Op.cit.

que garantizan y caracterizan a todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

La dignidad hace alusión a la capacidad del hombre de obrar en forma autónoma y libre, con conciencia de lo que hace, dirigida hacia la propia perfección de su personalidad como un ser superior a cualquier otro ser que exista en el mundo. Esta condición expresada en los cuerpos jurídicos es objeto de respeto y consideración suprema. En este sentido "...el libre albedrio traspasa todas y absolutamente todas las esferas de lo humano, tanto que, de lo afirmado por Séneca perfectamente podemos extraer lo que en la actualidad conectado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, denominamos "proyecto de vida"[134].

El individuo es persona porque cada ser humano es uno especial, con sus propias características y diferentes al otro. Trasciende la idea de ser un ente vivo compuesto de tejidos u órganos vivos que ha evolucionado para convertirse en una persona; al contrario, el hombre es un ser absoluto y diferente de los otros seres, un ser único e irrepetible cuya esencia está definida por su cuerpo y por su alma.

Un ordenamiento jurídico legítimo debe entender al hombre como un sujeto capaz de orientarse por sus percepciones, por los valores, por la verdad y porque es alguien que piensa y que tiene dominio sobre su propia existencia, sabe lo que quiere y actúa en función de ello. Esta característica es la raíz de la dignidad humana.

La aptitud de pensar, deliberar y actuar conforme a un conjunto de reglas que rigen su existencia también le permiten decidir sobre el cumplimiento o incumplimiento del contenido de esas reglas de convivencia, de obrar conforme a derecho o en contra de él. Si el hombre obra con la razón entonces está en capacidad

134 Gómez Pavajeau Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del derecho penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. Pág. 305.

de ejercer derechos y asumir responsabilidades sobre lo que hace o deja de hacer, siempre dentro del marco de la existencia innata de un sentido de justicia que tiene el ser humano.

Pero esa potencial capacidad del libre desarrollo de su personalidad podría chocar con el derecho que tiene los demás sujetos que se encuentran igualmente en posición de desarrollar sus proyectos de vida en el marco del mismo derecho. Este problema del ejercicio sin límites se ve regulado por el principio de solidaridad que no es sino el reconocimiento del otro como un sujeto moral con el efecto de una autolimitación de sus actuaciones frente y entre las otras personas[135].

Con mucho acierto Isiquio Manuel Sánchez Herrera piensa que "...la dignidad de la persona es entendida como punto de referencia que justifica y fundamenta la protección de todos los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida. Una vez que comienza la vida humana ésta está investida de dignidad y perdura por toda la existencia de la persona, e incluso puede mantenerse hasta después de la misma muerte. La dignidad humana es valor superior que está vinculado inescindiblemente con la vida. Tanto la dignidad como la vida son baremos esenciales a todo ser humano: en virtud de ellos se posibilita el ejercicio de todos los demás derechos..."[136].

Asumiendo este presupuesto, podemos concluir que la dignidad humana constituye la base de los derechos humanos pero también constituye el más poderoso limitante del poder punitivo del Estado, criterio recogido por la actual Constitución de la República, en el Artículo 11 numeral 7 y confirma la tesis adoptada por el constituyente, de que todos los derechos contenidos en la CRE

135 Gómez Pavajeau. Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. Pág. 96 – 97.

136 Sánchez Manuel (2000:49). Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá

y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se derivan de la necesidad de proteger la dignidad humana de los abusos del poder(Artículo 1 y 4 del COIP), convirtiéndola de esta forma en un nuevo tipo de relación ciudadano - Estado. Principios como el de culpabilidad, el de Estado de derecho, el de humanidad y los otros que integran el COIP confirman el esfuerzo por construir una base teórica que garantice el respeto por la dignidad de las personas integrantes de una sociedad.

En otras palabras, la dignidad humana es la medida de toda la institucionalidad derivada de la Constitución de la República del Ecuador en especial aquellas que se refieren a la vigencia y aplicación de los derechos fundamentales y a su interpretación. Pero la cabal interpretación va más allá: considera a la dignidad humana un valor superior al mismo Estado que debe subordinar sus actuaciones o limitar su participación sin violentar este principio[137].

B. Principio del libre desarrollo de la personalidad

Se relaciona con el principio de dignidad humana. El principio al libre desarrollo de la personalidad se define sobre la base de la relación entre Estado, sociedad y la persona a fin de poder delimitar el ámbito de actuación de cada uno de ellos. La obligación del Estado respecto de este derecho es negativa o de

137 Luis Gracia Martin, en Fundamentos del sistema de derecho penal, Editorial Cevallos, 2011, Quito.Pag.218, dice "...Como acertadamente recuerda Bustos " no se puede dudar que en gran parte la historia del Derecho penal está ligada al reconocimiento de la dignidad humana. Y en ello "-continua- ha tenido una gran influencia el derecho natural. Su concepción de un hombre libre e igual -concluye- hecho a imagen y semejanza de Dios, pone justamente su acento en plantear un límite al legislador, es decir, que ha de reconocer esta realidad y no tratar al hombre como una bestia o animal feroz...si el derecho no quiere ser una mera fuerza o mero terror , si quiere obligar a los ciudadanos en la conciencia ha de respetar la condición del hombre como persona , como ser responsable, ...carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho..."

abstención de la realización de acciones que pretendan impedir el derecho a la autodeterminación de sus acciones y al derecho a desarrollarse según sus propias opciones de vida siempre que no afecte o ponga en peligro los bienes jurídicos de terceros. El ejercicio de este derecho implica un despliegue de acciones en pos del derecho a la autodeterminación de sus acciones y del proyecto de vida que tenga para sí sin que el Estado pueda interferir excepto por causa justa y legal.

Este derecho está contemplado en la Constitución de la Republica, Artículo 66 numeral 5to mediante el cual todo individuo tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no afecte intereses legítimos de terceros. Es decir, el desarrollo de la personalidad supone la existencia de un hombre libre que ha optado conducirse de acuerdo a sus propias convicciones de la vida con el único limitante que su proyecto no interfiera o lesione el derecho de las demás personas.

5. Los principios que limitan el poder punitivo en el Estado de derechos

A. Introducción histórica

El COIP sintetiza una buena parte de las interminables discusiones entre juristas y penalistas sobre si la finalidad básica del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos o si la función es limitar el poder punitivo del Estado o tiene como misión funciones de prevención general del delito. No olvidemos que el Derecho penal moderno nace como una reacción liberal de la Ilustración en contra de la justicia absolutista de la monarquía europea del siglo XVIII. Es contestatario al sistema inquisitivo y pretende racionalizar el uso del poder penal en los casos donde la verdad procesal era un asunto de dominio propio del monarca y sujeto a las veleidades de un sistema punitivo marcado por la ausencia de leyes claras y previas que no proporcionaban un mínimo de seguridad jurídica.

Lo que el Derecho penal moderno busca, a partir de entonces, es consolidar una serie de principios o límites que proteja de las grotescas distorsiones de la indagación penal y de la aplicación de consecuencias penales alejadas de preceptos como la dignidad humana y propios de los postulados del sistema inquisitivo. En este sentido el COIP recoge una serie de principios pertenecientes tanto al Derecho penal y procesal penal de origen liberal como los agregados con el posterior desarrollo dogmático y que están vigentes hasta la actualidad.

El Derecho penal es un producto histórico porque proviene del empirismo absolutista y despótico del régimen inquisitivo e inhumano del sistema monárquico que se ensañaba con individuos indefensos. El Derecho penal actual no es únicamente producto del desarrollo conceptual de la dogmática penal realizada a través del tiempo sino que tiene una fuerte base empírica proveniente de la aplicación de la justicia penal en regímenes democráticos, absolutistas, autoritarios y despóticos de reciente data.

Históricamente la reacción del Derecho penal al sistema inquisitivo apuntó a la consolidación de instituciones que caracterizaron las funcionalidades de las que ahora presume tenerlas. Por ejemplo:

- Buscó cortar el acceso del poder penal al fuero interno de la persona. La historia documenta en forma por demás suficiente los cientos de miles de personas muertas por sus creencias religiosas, o por su ideología política que en su momento quizá fueron contrarias y divergentes al poder estatal o al sistema monárquico. Los límites principalistas desarrollados por la Ilustración a este control de los espíritus, como calificaba Binder, es lo que hoy se conoce como el principio de exterioridad.

  Las personas deben ser juzgadas por lo que hacen y no por lo que piensan (Derecho penal de acto) para evitar que el Estado en forma arbitraria penalice los aspectos íntimos y privados propios de la esfera interna de su psiquis y del estadio del pensamiento humano. En la actualidad pervive el peligro del

regreso de estas fórmulas de penalidad mediante la tipificación de actitudes o formas de pensar basadas en la peligrosidad del individuo o en el potencial peligro que representa una forma de reflexionar y criticar.

- Se exige que el acto por el cual una persona va a ser juzgada penalmente esté definido como delito por una ley anterior. El sistema inquisitivo carecía de tablas de delitos que permitan saber cuáles conductas son delictivas, y por lo tanto evitables, y cuáles tienen una determinada pena. En la mayor parte de los sistemas monárquicos los delitos y las penas eran definidos por el parecer subjetivo del juez.

  Procesalmente no conocían de qué delito eran acusados ni qué pena recibirían al concluir el juicio, arbitrariedad que dio lugar al aparecimiento del principio de legalidad bajo el aforismo de que no existe delito ni pena sin una ley anterior al hecho. Igual exigencia recayó en la necesidad de que la ley penal sea expedida por el poder legislativo por ser representes del pueblo y que además las personas sean juzgadas por jueces independientes.

- Las penas en el régimen monárquico eran impuestas a los autores del delito pero también alcanzaban a otras personas que nada tenían que ver con esos hechos, como son los familiares, parientes y amigos. El Derecho penal liberal puso un límite a esta arbitrariedad desarrollando el principio de la culpabilidad o responsabilidad personal mediante el cual únicamente las personas que participaron directamente en el hecho delictivo debía ser juzgadas y castigadas con una pena proporcional al daño causado (Principio de proporcionalidad de la pena).

  Esta es la estructura básica del sistema del Derecho Penal liberal moderno desde el punto de vista funcional limitador del poder punitivo, aunque posteriormente, ya ajeno a la influencia de la monarquía absoluta, el Derecho penal desarrolló varios principios adicionales orientados no solo a limitar el poder

punitivo del Estado sino a la protección de bienes jurídicos y a evitar la quiebra del derecho, principios que igualmente son recogidos por el COIP.

B. Los principios limitadores en el COIP

Hagamos las siguientes consideraciones antes de abordar de lleno el tema:

- Si entendemos que el COIP tiene una finalidad jurídica – política fundamental que es la de normar o limitar el poder punitivo del Estado diéramos por sentado que todo su contenido está diseñado en función de este objetivo. Es decir no debe haber contradicciones entre su normativa y la finalidad propuesta y debe encuadrarse dentro de un marco de racionalidad mínima. Si su función es limitar el poder de castigo, el COIP debe contener un conjunto de herramientas idóneas para tal propósito que operarían desde la luz de los instrumentos y convenios internacionales de los derechos humanos y desde la constitución de la república. Recordemos que el Derecho penal es un corolario del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

- Si el COIP pretende mantener y fortalecer a un Estado de derecho en detrimento del Estado autoritario el legislador debería incorporar la mayor cantidad de principios que lo fortifiquen. Si la tendencia es la configuración de un Estado autoritario entonces el número y la calidad de los principios rectores igualmente serán mínimos y muy limitados. Analicemos algunos principios limitadores que recoge el COIP:

C. Principios, derechos y garantías procesales en el COIP

Ferrajoli enseña que la diferencia entre naciones civilizadas y países barbaros o subdesarrollados estriba en la manera de juz-

gar las infracciones penales[138]. Un derecho procesal penal debe perseguir dos finalidades bien definidas: castigar a los culpables de la comisión de un delito y proteger a los inocentes. Y esta última finalidad es la *ratio legis* de la existencia de los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado en un contexto histórico social en el que éste ha demostrado la tendencia de priorizar la obtención de la verdad procesal sin un mínimo de garantías. El modelo acusatorio, por el contrario, desconfía del poder como fuente legitima del conocimiento judicial.

En la misma línea Ferrajoli estima que "...Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores, y no solo de errores sino de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente aflictivas, desde la tortura hasta el uso moderno de la prisión preventiva..."[139] en donde el peligro para la sociedad reside más en la forma en la que se desarrollaban los procesos penales antes que en la gravedad del delito cometido.

Por ello, la existencia y el reconocimiento legal de los principios constitucionales del debido proceso tienden a asegurar el respeto a la dignidad humana del procesado hasta que en sentencia se lo declare culpable previo un proceso controversial en el que se reconozca plenamente el derecho a la legitima defensa del procesado.

Los principios contemplados en el Artículo 5 del COIP no agotan otros principios procesales que se encuentran desarrollados en todo el cuerpo legal y no comportan definiciones taxativas determinadas sino que están implícitos en definiciones y procedimientos establecidos a lo largo de su articulado. No agotan el marco garantista de la Constitución sino que los describe de manera explícita y ejemplificativa.

138 Roxín Claus(2008).Derecho Penal. Parte General. Tomo Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Ob. cit. Pag.65.

139 Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Ob. Cit. Pág. 604

D. Principios procesales

- Principio de legalidad

No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o dispersiones legales para integrarla. El Artículo 76 de la CRE prescribe que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso en el que, de acuerdo al numeral tercero, 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. Es decir, de acuerdo con la CRE este principio entiende su aplicación a todas las áreas del derecho

- Principio de favorabilidad

En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicara la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. De acuerdo al Artículo 76 numeral 5to., de la CRE, en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

- Principio de duda a favor del reo

La o el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

Este principio no se encuentra previsto taxativamente en la Constitución sin embargo por los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de la Corte Nacional de Justicia, en varias sentencias de casación. Concuerdan que se encuentra implícito en el principio de presunción de inocencia y en principio de motivación.

- Principio de presunción de inocencia

Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario. Implica que la persona debe ser tratada como inocente y la carga de la prueba corresponde a la Fiscalía quien tiene la obligación de desvirtuar su estatus de inocente.

- Principio de igualdad

Es obligación de los servidores del estado hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad. La o el juzgador para dictar sentencia condenatoria debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

- Principio de impugnación procesal

Toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la constitución de la república, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código. El Artículo 76 literal m) reconoce el derecho de toda persona y en todos los fallos jurídicos a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

- Prohibición de empeorar la situación del procesado

Al resolver la impugnación de una sanción no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente. Sin embargo, el Artículo 77 de la CRE reconoce que en todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona y al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. La norma constitucional no exige que cuando sea únicamente el recurrente quien impugne la sentencia no se le pueda empeorar su situación sino que, sin importar quien recurra tendrá los efectos de no agravar la situación jurídica del procesado.

- Prohibición de autoincriminación

Ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal. En el Artículo 77 de la CRE, numeral 7 se consagra el derecho de toda persona a la defensa en el que se incluye que, literal c), que nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

- Prohibición del doble juzgamiento

Ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituyen vulneración a este principio. El Artículo 76 numeral 7 literal i) prevé que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto porque las decisiones de esta justicia, tomadas dentro de los límites del Artículo 171 de la CRE, no pueden volver a ser conocidas por la justicia ordinaria.

- Principio de intimidad

Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden del juzgado competente con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

El Artículo 66, numerales 20 establece que el derecho a la intimidad personal y familiar. El numeral 21 menciona que el derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación, y en numeral 22 manifiesta que el derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.

- Principio de oralidad

El proceso se desarrollara mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales, y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este código. El Artículo Art. 86 de la CRE prescribe que las garantías jurisdiccionales se regirán por varias disposiciones entre las cuales se encuentra la regla de que el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz, y será oral en todas sus fases e instancias. Igual disposición la encontramos en el Artículo 610 del COIP y 18 del COFJ.

- Principio de concentración

El juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada el efecto. Similar disposición consta en el Artículo 19 del COFJ.

- Principio de contradicción

Los sujetos procesales deben presentar en forma verbal las razones o argumentos de los que se creen asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales, presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra. La disposición constitucional se encuentra en el Artículo 76 numeral 7 literal h), CRE, que concede el derecho a presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

- Dirección judicial del proceso

El juzgador de conformidad con la ley ejercerá la dirección del proceso, controlara las actividades de las partes procesales y evitara dilaciones innecesarias. En función de este principio el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encausar el debate y realizar las demás acciones correctivas. De acuerdo con el Artículo 76 numeral 1) de la CRE corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes

- Impuso procesal

Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso conforme con el sistema dispositivo. El Artículo 168 numeral 6) dice que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración,

contradicción y dispositivo. El Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación al principio dispositivo establece que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de la parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. En otras palabras, solo las partes procesales son sujetos activos del proceso, el juez es un ente pasivo que dirige el debate y soluciona el conflicto.

- Principio de publicidad

Todo proceso penal es publico salvo los casos de excepción previstos en este Código. Esta disposición está conforme con lo que la CRE determina en el Artículo 76 numeral 7) literal d) que menciona que os procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Igualmente el Artículo 168 numeral Art. 168 prescribe que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones garantiza que en todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. Similar contenido tiene el Artículo 13 del COFJ.

- Principio de inmediación

El juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal. El Artículo 75 de la CRE garantiza que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. También el Artículo 169 determina que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, unifor-

midad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

- Principio de motivación

El juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso. En la CRE el Artículo 76 literal l) establece que las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

- Principio de imparcialidad

El juzgador en todos los procesos a su cargo se orientara por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la Republica, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la ley. El Artículo 76, numeral 7) literal k) reza que uno de los derechos consagrados es ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

- Principio de privacidad y confidencialidad

Las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño, o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia. Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales. Con-

sagra este principio el Artículo 66 numeral 19, 20, 21 y 22 de la CRE.

- Principio de objetividad

En el ejercicio de su función el juzgador adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto de los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan. El Artículo 195 de la CRE menciona que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

CAPÍTULO SÉPTIMO

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO

I. Introducción

Como anotamos en párrafos anteriores al definirse nuestro modelo de Estado como constitucional, social, democrático de derechos y justicia su normatividad debe difuminarse por las demás leyes del ordenamiento jurídico derivado de ella. En materia penal los principios penales contenidos en la Constitución son efectivamente recogidos en el Código Orgánico Integral Penal y formulados en proposiciones positivas que deben ser precisados para comprender el verdadero alcance de los mismos.

Estos principios o garantías penales están vinculados entre si y se los analiza desde la perspectiva del deber ser. Es decir, son prescriptibles porque prescriben no lo que ocurre sino lo que debe suceder, lo que debe contener el Derecho penal más allá de la verificabilidad en la realidad de su aplicación. Ferrajoli los denomina los diez axiomas del garantismo penal[140] porque cual-

140 Estos principios son: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) Principio de legalidad;3)Principio de necesidad o de economía del derecho penal;4)Principio de lesividad u ofensividad del acto; 5)

quier sistema que los recoja podría ser considerado teóricamente como un sistema garantista tanto en el aspecto penal como procesal penal.

Estas reglas de juego del Derecho penal, según Ferrajoli, fueron elaboradas por el iluminismo o pensamiento iusnaturalista del siglo XVII y siglo XVIII como límites al poder absoluto de la monarquía y que el Derecho penal moderno del Estado constitucional los acoge como una característica fundamental. La recepción por parte de las constituciones de los países en menor o mayor grado define el carácter democrático o autoritario de ese Estado y por ende, de la legitimidad o no de la ley penal vigente. Ferrajoli decía que "...la certeza perseguida por el derecho penal máximo en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo esta, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune..."[141]. Estos principios derivados en derechos fundamentales que se expresan en la ley y la Constitución como bienes jurídicos, protegidos son los siguientes:

II. Principios fundamentales del Derecho penal Ecuatoriano

No es un *numerus clausus* aunque algunos no se encuentran definidos de manera directa pero se deducen de la normativa escrita. Entre los principales podemos encontrar:

Principio de materialidad o de exterioridad del acto; 6) Principio de culpabilidad o responsabilidad personal; 7)Principio de jurisdicionalidad en sentido lato y estricto;8)Principio acusatorio o de separación entre juez y acusación; 9) Principio de la carga de la prueba o de verificacion;10) Principio de contradicción o de la defensa.

141 Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Ob. Cit. Pág. 106.

1. Principio de intervención mínima

Toda sociedad tiene un Derecho penal positivo cuya finalidad máxima es asegurar la convivencia pacífica y posibilitar la autorrealización de sus miembros en condiciones de libertad y autonomía. Estas condiciones que permiten la convivencia social son los denominados bienes jurídicos que son el objeto de protección del Derecho Penal, aunque no es el único mecanismo de protección sino uno más de tantos otros, como por ejemplo el derecho civil, derecho administrativo o derecho laboral, que orientan conductas respetuosas de los bienes jurídicos de terceros. La diferencia entre el injusto penal y el injusto civil, administrativo o laboral es una cuestión que se define por la mayor o menor gravedad del daño producido al bien jurídico protegido.

En este sentido, el Derecho penal debe limitarse a intervenir en los casos en los que la protección social no puede conseguirse por medio de otros instrumentos menos lesivos para los derechos fundamentales. El Derecho Penal debe tener el carácter de subsidiario e intervenir en última instancia cuando se trata de resolver problemas que no necesariamente requieren de la intervención penal sin que previamente sean resueltos por otros medios como el Derecho administrativo, el Derecho laboral, Derecho civil. Por ejemplo, el despido intempestivo lesiona un bien jurídico llamado derecho al trabajo lícito pero las consecuencias de esta medida no pueden ser solucionadas por el Derecho penal tipificando como un delito la conducta del despido porque la solución penal de este problema acarrearía más perjuicios sociales que beneficios. Pero si puede intervenir el Derecho laboral para equilibrar la relación obrero-patrono en la solución de este problema.

El Derecho penal se aplica únicamente para resolver los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes y relevantes y que no pueden evitarse o solucionarse utilizando los otros mecanismos de control social. El Derecho penal no tiene la característica de ser un sistema general de procesos penales

sancionatorios sino guarda el carácter especial reservado para los intervenir en última ratio, en última instancia.

Velar por la vigencia de este principio corresponde al legislador como agente criminalizador[142] de conductas a través de la creación de los tipos penales. Quien crea la ley debe considerar qué conductas deben ser elevadas a la categoría de delitos y/o qué delitos deben despenalizarse o tener la categoría de contravenciones. Todo depende de la política criminal de un Estado determinado mirando la situación social concreta y específica pero siempre pendiente de la exigencia constitucional de la prohibición del exceso de punición, para que sea legítima.

En este sentido está redactado el Art. 3 del COIP cuando establece que "...La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.". Esta afirmación obligatoriamente deberá ser confirmada con el estudio de cada delito en la parte especial del COIP y someterse a una evaluación general del grado de verificación del cumplimiento de este principio.

2. El Principio de legalidad penal

(*Nullun crimen, nulls poena sine lege*)[143]. El principio de legalidad proviene de la Ilustración y de la revolución francesa en autores

142 Roxín Claus(2008).Derecho Penal. Parte General. Tomo Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Ob. cit. Pag.60 a 65

143 Mir Puig, Ob. Cit. Pág. 103, afirma que este aforismo proviene de Feuerbach y que fue incluido en el Art.8 de la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y que a su vez tiene sus antecedentes en la Magna Carta Libertatum ingesa de Juan Sin tierra de 1215 y la Constitución Carolina germánica de 1532. Pero solo a partir de la Revolución Francesa este principio se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado y como garantía de libertad para el ciudadano. Igualmente considera que este principio se derivó de la teoría ilustrada del contrato social.

como Beccaria y Feuerbach quienes enunciaron este principio agobiados por la necesidad de combatir el sistema inquisitivo de la monarquía absoluta cuyo sistema concentrado de punición estaba fundamentado en aspectos subjetivos utilizados por los jueces y monarcas.

En el régimen absoluto monárquico la definición del delito y de la pena era un asunto que correspondía al monarca y reservaba a sus representantes la adopción de la estrategia legal para aplicar el sistema penal y procesal a su total arbitrio. Para romper ésta anomalía absolutista los revolucionarios franceses desplazaron el poder de definir la penalidad y la infracción penal en manos del monarca a manos del parlamento como órgano representante del pueblo, parlamento que expresaba a través de la ley la voluntad soberana al resto de ciudadanos.

El delito tipificado por el legislador mediante ley discutida públicamente no constituía solamente un acto de mera formalidad vestida de legalidad sino que constituía la expresión más acabada del principio liberal de la división de poderes, tal como sostiene Binder[144]. El principio de división de poderes implica que si el Parlamento define por medio de la ley al delito y a la pena significa un ejercicio legítimo de limitación al poder punitivo del Estado y una limitación también al poder de los mismos parlamentarios.

Todas las infracciones penales están representadas por medio del tipo penal que son fórmulas sintéticas redactadas de tal forma que todo ciudadano sepa con claridad y precisión absoluta la conducta prohibida o mandada bajo la amenaza de una pena[145]. Esta legalidad penal es la previsibilidad cierta de que la aplicación de la norma penal se realiza en función de lo que prescribe estrictamente la ley penal y no el criterio arbitrario o discrecional del juez o de la autoridad administrativa, lo que significa una negativa al derecho consuetudinario (excepto en la justicia indí-

144 Binder Alberto. Ob. Cit. Pág.130.

145 Binder Alberto. Ob. Cit. Pag. 131.

gena en el Ecuador), prohibición de la analogía, prohibición a la retroactividad de la ley y reconocimiento al principio de reserva legal.

A nivel internacional el principio de legalidad ha tenido una excepcional recepción puesto que se encuentra incluido en casi todos los instrumentos internacionales de los derechos humanos y en casi todas las legislaciones penales del mundo. Además, el principio opera desde diversos campos como un mecanismo a través del cual los ciudadanos y las partes procesales tienen por igual la obligación de hacer un uso correcto de la ley en función de la defensa de sus derechos.

Este principio funciona como:

A. Una garantía criminal

Exige que el delito se halle determinado por la ley. El Artículo 18 del COIP define al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable. El Artículo 19 diferencia al delito de la contravención, siendo la contravención una infracción penal más leve.

B. Una garantía penal

Significa que tanto el delito como la pena deben estar previamente señalados en la ley penal. La Constitución de la Republica establece en el Artículo 76 numeral 3 la máxima de que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza. Igualmente, no se impondrá una sanción no prevista en la Constitución y la ley.

C. Una garantía jurisdiccional

Exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial mediante el de-

bido proceso establecido con antelación. El Artículo 76, numeral 7, literal k, consagra el derecho de ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente, no por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto, en observancia al debido proceso que incluyen las garantías del Artículo 76.

En igual sentido el Artículo 167 de la CRE prevé que la potestad de administrar justicia es ejercida por los órganos de la Función Judicial y por los establecidos en la constitución. El Artículo 203.3 de la misma CRE garantiza que los jueces de garantías penitenciarias asegurarán los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones abandonando el sistema anterior en el que la ejecución de la pena estaba regida por la autoridad administrativa perteneciente al poder ejecutivo.

D. Una garantía de ejecución de la pena

Requiere que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule y la administre conforme los preceptos constitucionales. El Artículo 77 numeral 11 de la CRE prescribe que la jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, contempladas en la ley. El numeral 12 del mismo Artículo 77 ordena que las personas declaradas culpables y sancionadas con penas privativas de libertad por sentencia condenatoria y ejecutoriada la cumplirán únicamente en centros de rehabilitación social. Finalmente el COIP en el libro Tercero correspondiente e la Ejecución de la Pena, Artículos 666 a 730, desarrolla una normativa amplia y garantista estructurada sobre la base de los principios constitucionales enunciados en la CRE en los Artículos 201, 202 y 203.

La garantía de la ejecución de la pena, en el plano teórico del deber ser, se encuentra garantizada por la incorporación del principio de judicialización de la ejecución de la pena en el que el juez de garantías penitenciarias se encarga de verificar el respeto a

los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad (Artículo 669 del COIP y Artículo 203 numeral 3ero. CRE) a diferencia del sistema anterior en donde el Director de Rehabilitación Social, órgano dependiente del Ejecutivo, se encargaba de la ejecución de la pena sin garantías de un control judicial del cumplimiento de la misma.

3. Principio de Legalidad de los delitos y de las penas

Hassemer, citado por Donna,[146]establece que los instrumentos del Derecho penal son restringidos no solamente por principios y disposiciones jurídicas sino también mediante el lenguaje jurídico-penal y que, a diferencia de otras ramas, el Derecho penal debe expresarse de una manera determinada. Estas exigencias hacen que el principio de legalidad tenga una dialéctica propia que impone límites al Estado cualquiera sea la época en que lo haga y cualquiera que sea su identificación política. La ley certa, lex scripta, lex stricta y lex previa será el marco de referencia obligatorio de todo sistema penal que pretenda ser legítimo y democrático porque, como muy bien advierte Roxín, "...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal..."[147].

A. Lex Certa (Ley clara y precisa):

Conocido también como el mandato de certeza. Por medio del principio de legalidad se impone al legislador la obligación de determinar con la mayor claridad y precisión tanto el presupuesto de hecho como la consecuencia jurídica. El legislador en su tarea de redactar la ley penal debe evitar a toda costa los conceptos vagos, abiertos y excesivamente indeterminados que pongan en riesgo la seguridad jurídica. Si bien es cierto que el legislador deba utilizar términos genéricos y abarcativos ante

146 Donna Edgardo. Ob. Cit. Pag.364.

147 Roxin Claus, Ob. Cit. Pag.137

la imposibilidad de enumerar todas las circunstancias fácticas específicas que pueden darse alrededor de un presupuesto de hecho constante en el tipo penal tampoco es menos cierto que utilice términos demasiado imprecisos. Debe ser lo suficientemente concreto y evitar los tipos penales abiertos en los que el espacio y los límites de la conducta punible son muy extensos y sujetos a varias interpretaciones

A este principio Roxín califica como el "mandato de certeza" y otros autores lo definen como el principio de "taxatividad de la ley" porque la ley penal debe tener elementos descriptivos que se comprendan sin dificultad en el medio y estar redactados con un lenguaje claro y preciso, por ejemplo la utilización de términos fácilmente entendibles como matar, robar, etc. Los tipos penales no deben contener términos ambiguos que pueden desembocar en una aplicación o interpretación arbitraria. Por ejemplo el Artículo 248 del COIP que tipifica los delitos en contra del patrimonio genético y utiliza frases como "...quien acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional..."; o la frase " ...componente intangible asociado...", "...bienes del patrimonio cultural del Estado...", en la redacción de los Artículo 238 y 239 del COIP, que como vemos son términos indefinidos porque no se conoce el significado o la definición de estos calificativos afectando el fin preventivo de la ley penal.

El ciudadano cuando no entiende la prescripción o el tipo penal, por los términos obscuros e incomprensibles de su redacción, no sabe qué conductas son prohibidas o permisivas y por tanto tampoco sabe las consecuencias que acarrearía la realización de estas conductas indeterminadas, de tal manera que se anula una de las finalidades de la ley penal, como es, la motivación del ciudadano a no realizar conductas reñidas con la ley.

Igualmente la necesidad de ley clara exigido por el principio de legalidad no solo recae en el efecto de motivación al ciudadano para que concientice las consecuencias penales si incurre en conductas prohibidas por la ley, sino que va dirigida a los jueces

en la emisión de decisiones justas e imparciales que alcanzarían un mayor grado de eficacia cuando esas normas penales son claras, taxativas y fácilmente comprensibles.

Este aspecto del principio de legalidad según Sancinetti "...va dirigido al legislador y secundariamente al juez. Supone que el legislador debe evitar clausulas deliberadamente vagas y tiene que tratar de delimitar la materia de la prohibición satisfaciendo un estándar mínimo de concreción de la conducta prohibida. A esto se llama mandato de determinación del principio de legalidad..."[148].

B. Lex Stricta (Ley Estricta):

Va dirigida exclusivamente a los jueces para que no utilicen la analogía en materia penal. La analogía consiste en aplicar la norma penal a un caso semejante que no esté comprendido ni en la letra de la ley ni en su espíritu. Sancinetti es muy claro en este aspecto cuando dice que "...el juez no puede extender la sanción a acciones no abarcadas en el texto, aun cuando hubiera razones para pensar que la acción no abarcada es básicamente tan disvaliosa como la acción descrita en el tipo penal..."[149].

En este punto, el tenor literal de la ley viene a constituirse en un límite a la interpretación de la ley penal de acuerdo al uso ordinario y de entendimiento común del lenguaje escrito y "...si este margen interpretativo es sobrepasado, con la finalidad de sancionar o agravar conductas acudiendo únicamente al fin de protección, entonces caerá en una analogía prohibida por el Derecho penal. La interpretación de la ley penal solamente puede llegar hasta donde lo permita su tenor literal..."[150].

148 Sancinetti Marcelo (2014:89).Casos de Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

149 Sancinetti Marcelo. Ob. Cit. Pag.88.

150 García Cavero Percy (2012). Derecho Penal. Parte General. Jurista Editores.

No puede aplicarse la analogía para perjudicar al reo. Aquí aparece el mandato de determinación que exige que la ley exprese de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Este mandato se concreta con la exigencia de tipicidad del hecho y de la pena. A los jueces les está prohibido la aplicación de la Analogía *in mala partem* (que perjudica al reo) es decir la aplicación de la norma fuera de los límites que ellas mismas determinan, porque se convertirían en creadores de nuevos tipos penales invadiendo el campo que solo le corresponde al legislador.

El COIP, en este sentido, es muy determinante en el Artículo 13, numeral 3,"...queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos...".

Un ejemplo podemos encontrar en el Artículo 48 numeral 1 y numeral 2 del COIP que especifica como una de las circunstancias agravantes del delito de la integridad sexual o reproductiva, integridad sexual y libertad personal, el estar la víctima en lugares de diversión, culto, investigación, espectáculos públicos, bajo el cuidado y al final agrega "...u otros similares...". Puede ser cualquiera que el juez pueda considerar como similar a las otras por lo que esta actividad viene a constituir una extensión de la norma penal a casos que no están contemplados en la ley.

C. Lex Scripta (Ley Escrita):

La ley formal es la única fuente del Derecho penal por lo que prohíbe fundamentar la punibilidad en la costumbre, excepto en el derecho indígena. Esta potestad de la ley denominada reserva legal deja que la ley sea el único instrumento que se utilice para crear o derogar los delitos y las penas. Aunque no se descarta si la aplicación de la costumbre es in *bonam partem* (en beneficio

Lima. Pág. 166.

del reo) éste criterio de la ley escrita es válido para la justicia ordinaria en el Ecuador.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Artículo 171 CRE otorga poder jurisdiccional a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con base a sus tradiciones ancestrales y a su derecho propio. Implica la remisión a la justicia indígena para el juzgamiento de las infracciones y la solución de sus conflictos en base a la costumbre indígena, siempre que no se vulnere derechos fundamentales consagrados en la constitución y sometidos al control de la Corte Constitucional.

Únicamente cuando se verifica el cumplimento de estas exigencias determinadas en la constitución se acepta a la costumbre como fuente directa del Derecho penal en la justicia extraordinaria. En consecuencia, para la justicia ordinaria ecuatoriana prevalece el principio de la *Lex Scripta* porque en la Justicia indígena prevalece la costumbre como fuente de un derecho penal propio para la solución de los problemas intracomunitarios

La garantía de la Ley escrita es recogida por el Artículo 17 y el Artículo 5 numeral 1 del COIP que exige que la forma idónea de tipificar los delitos, las penas y los procedimientos para el juzgamiento de los infractores es incorporarlos previamente en la ley, concreta y exclusivamente en el COIP, salvo amenaza de invalidez jurídica. De encontrarse en otro cuerpo legal la descripción de un tipo penal se tendrá como no escrita.

La ley que contiene y tipifica los delitos y las penas deben ser legítimas, es decir, también ellas deben ser expedidas por órganos determinados para el efecto y con las formalidades requeridas para este fin. El Artículo 132, numeral 2, de la CRE impone la obligatoriedad que tiene la Asamblea Nacional de que la tipificación de infracciones y la imposición de sanciones se lo haga mediante ley y no a través de acuerdos y resoluciones.

D. Lex Previa (Prohibición de la retroactividad de la ley penal):

Va dirigida al juez. Este principio también se lo conoce como el principio de prohibición de retroactividad de las leyes para castigan nuevos delitos o agravar la pena. La garantía de *lex praevia* implica la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal según la cual para que un acto pueda sancionarse como delictivo debe estar previsto como delito antes de la comisión del hecho. La dogmática le ha dado efectos ex nunc que significa que la norma penal surte efectos jurídicos desde el momento en que se la expide hacia adelante, hacia el futuro.

Si al momento de la comisión una conducta realizada no era delito ese comportamiento no podrá ser objeto de juzgamiento y peor de la imposición de una pena. Tampoco podrá agravar la situación del condenado cuando una ley penal posterior agrava o aumenta la pena porque al momento de la comisión esa ley reformada no estaba vigente. Este principio admite una excepción que se produce cuando la nueva ley beneficia al condenado. Solo en este caso la ley nueva debe ser aplicada sobre la anterior.

De esta forma se garantiza de protección a la seguridad jurídica siendo únicamente admisible la nueva ley cuando es beneficiosa para el reo. Su fundamento se encuentra en que ya no es necesario aplicarse una ley anterior cuando ya derogada ha dejado de considerarse necesaria para la protección de la sociedad o ha dejado de ser o ha dejado de considerarse peligrosa para el orden social.

El Artículo 76 numeral 5 del CRE y el Artículo 16 numeral 2 del COIP contienen en esencia el reconocimiento de la vigencia del principio de la irretroactividad de la ley penal salvo en los casos en que la nueva ley favorezca al procesado. La ley penal siempre rige para lo venidero con las excepciones antes mencionadas.

4. Principio de Culpabilidad

A. La Prohibición de la Responsabilidad Objetiva

El principio de culpabilidad es la respuesta normativa que el Estado proporciona a quien ha cometido un delito. En épocas anteriores, solo la mera constatación objetiva del resultado dañoso bastaba para la imposición de las penalidades no solo al autor del delito sino a terceras personas como sus parientes y amigos, hasta extremos como deslizar la responsabilidad para terceros que no habían participado del ilícito, como los habitantes del pueblo en el que vivía.

La responsabilidad objetiva es la imputación de un resultado dañoso a un bien jurídico protegido solo por el hecho de causarlo sin verificar si el autor tuvo intención de cometerlo a título de dolo o de culpa. En otras palabras, se imponen castigos tras la simple verificación de la lesión causada sin que interese el aspecto subjetivo (intención, dolo, culpa) de los hechos, incluso por la simple desobediencia de las disposiciones de la autoridad pública.

De acuerdo con Binder lo contrario a la responsabilidad objetiva es el principio de culpabilidad el mismo que evita la responsabilidad objetiva por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad. Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellas generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado, concluye Binder[151].

En siglos pasados, no se responsabilizaba por hechos sino por actitudes, como es el caso de los miles de mujeres muertas acusadas de brujería o de los millones de personas muertas por creer en otros Dioses distintos del Dios oficial, o los muertos en la ex – Unión Soviética por ser disidentes del modelo comunista, tragedia similar al holocausto judío realizado por los nazis,

151 Binder Alberto. Ob. Cit. Pag.241.

basados en el concepto de clases peligrosas. En la actualidad todavía pervive esta legislación asentada en la responsabilidad objetiva especialmente a través de tipificaciones de delitos de peligro abstracto.

Percy García Cavero considera que "...el principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso lesivo pueda atribuírsele como un hecho suyo..."[152]. La culpabilidad debe establecerse en función del hecho cometido por el sujeto y no por el tipo de vida o su condición de sujeto peligroso que tenga. Es decir, debe atender a lo que determina el Derecho penal de acto y no al Derecho penal de autor.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de culpabilidad se encuentra desarrollado en diferentes prescripciones legales y constitucionales. Además de las normas jurídicas arriba expuestas, existen otras que lo confirman, como por ejemplo, el Art. 5 numeral 3ero y 4to del COIP que prescriben la no existencia de culpabilidad penal si no la precede una sentencia condenatoria ejecutoriada impuesta después de observar el debido proceso (Art. 76 de la Constitución) y como legitima reacción a una conducta típica, antijurídica y culpable previamente verificada (Ver en el COIP, Título I, de la Infracción Penal en General). De la misma manera, proscribe la imputación del resultado solo por la mera producción del mismo, sin que se analicen otros elementos de carácter subjetivo, especialmente en los delitos culposos, Art. 146 cuarto inciso, numeral 1) que define el deber objetivo de cuidado.

B. Presupuestos del Principio de Culpabilidad

Jescheck[153] compendia los aspectos fundamentales del principio de culpabilidad en los siguientes puntos:

152 García Cavero Percy. Ob. Cit. Pág. 172.

153 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 24-27

i. La pena presupone la previa existencia de culpabilidad

Sin culpabilidad no hay pena, con lo que de descarta la responsabilidad por el resultado o responsabilidad objetiva, de cuyas características negativas revisamos en el parágrafo anterior.

ii. La pena no debe sobrepasar la medida de culpabilidad

Es decir, la pena no debe reflejar la mala o culpable conducción de la vida del procesado. La pena debe reflejar la consecuencia de la inobservancia de la norma penal cuando pudo haber actuado conforme a ella. Es lo que conocemos como la culpabilidad por el hecho. El principio de culpabilidad tiene una misión específica, que es, delimitar la excesiva represión por parte del poder punitivo del Estado. Al autor solamente se le debe reprochar el no haber actuado conforme a derecho, de haberse decidido por la conducta delictiva cuando tuvo la posibilidad de actuar apegado a la ley.

Este principio es recogido en el Artículo 53 del COIP cuando prescribe que no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales y que no tendrán un tiempo indeterminado de duración.

5. Que la prevención no sobrepase el límite de la pena justa

El reproche ético social que se hace al condenado cuando recibe una pena no debe caer en un mínimo o "cero pena" si se constata que es una persona que no merece ser rehabilitada. Si la pena tiene una función preventiva especial entonces al estar rehabilitado ya sería innecesaria una pena porque no habría razón de ser. Sus crímenes no ameritan ni un día de prisión.

De manera similar, pero en sentido inverso, la condición de "peligroso" de un delincuente, a título de prevenir posibles futuros delitos que pudiera cometer el condenado después de cumplida la pena impuesta, sería condición suficiente para imponerle una pena muy superior a la que contempla la ley bajo el pretexto de asegurar la integridad de la sociedad por delitos que todavía no llega a cometer el sentenciado, por ser muy peligroso.

A. Principio de personalidad de las penas

Prohíbe que alguien sea culpado por un hecho ajeno. No existe responsabilidades penales colectivas, como el homicidio en riña tipificado por el Código Penal anterior. El Artículo 54, numeral 3 del COIP exige al juzgador que la pena debe ser individualizada cuando son varios los partícipes del delito, en función del grado de participación de cada una de ellos. Se pretende que quienes reciban una pena sea a consecuencia de sus actos y no de los actos ajenos porque en Derecho penal no se puede desplazar o trasladar ni los hechos, ni las penas, ni la responsabilidad penal a otros actores que no participaron en la comisión del delito. Es muy pertinente lo dicho por Mir Puig, con el principio de culpabilidad se busca que "no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos. "... Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva..."[154]

B. Principio de responsabilidad por el acto cometido.

El conflicto penal es una relación interpersonal y el Estado debe tener habilitados los mecanismos de solución de los conflictos entre personas cuando sus actitudes han comprometidos bienes jurídicos importantes para la sociedad. El nivel de conflictividad deberá ser regulado o determinado por la sociedad y no por el Estado porque existen intereses contradictorios. Puede darse la contradictoria verdad de que existan conflictos irrelevantes para el interés de la sociedad pero graves para el interés interno del

154 MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, Parte General. Ob. Cit. pág. 125

Estado. Por tanto la pena no puede tener como función preservar la autoridad o el grado de sumisión al Estado sin que exista realmente la producción de daño alguno. Se castigaría injustamente la simple desobediencia a la ley impuesta por el Estado.

El derecho penal de acto (o del hecho) es un principio por el cual solo puede castigarse a quien realiza una acción determinada por el tipo penal, descrita como una conducta típica, la misma que se convierte en el centro del juicio de culpabilidad. En este sentido, la culpabilidad por el acto y la pena responde al hecho concreto realizado por el autor, no se juzga su personalidad ni su forma de ser, ni la peligrosidad social de su forma de vida, peor a su temperamento o carácter o sus ideas políticas o sociales.

La represión penal legítima debe alcanzar únicamente las acciones o conductas externas y no al contenido de su subjetividad o plano interno. Los ordenamientos jurídicos democráticos tienen estructurado un Derecho penal en el que prevalece el acto como causa o antecedente de la pena, aunque para la graduación de la pena se conceda cierta influencia la personalidad del autor como criterio de orientación. Pero nada más, el Derecho penal moderno se rige por el principio por el cual no existe culpabilidad sin acto o conducta previa.

La culpabilidad no se puede fundamentar en la personalidad del autor, ni debe juzgarse por la peligrosidad del mismo. El Artículo 22, inciso segundo, del COIP recoge la esencia el principio por el cual no se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

C. El Principio de atribuibilidad normal o de imputabilidad

Es decir se debe verificar dos condiciones: que el sujeto activo sea imputable (no ser menor de edad o de no padecer trastornos mentales) y que haya actuado con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. (Artículo 34 del COIP). Si la imputabilidad

penal se fundamenta en la libertad de acción del hombre, es justo que el Estado para reprochar la conducta delictiva a una persona, exija el presupuesto básico de que esa persona debió haber actuado con una dosis suficiente de libertad que le haya permitido escoger como una opción la comisión o no de ese delito.

D. Conclusión: Contradicciones en el principio de culpabilidad

- Si de acuerdo con el COIP la pena tiene una función de prevención este criterio influye en el tratamiento que debe darse al principio de culpabilidad porque si esta tiene por objeto intimidar a los ciudadanos para que no cometan delitos, la mayor o menor gravedad del delito cometido por el sujeto activo importara menos. Lo importante será intimidar a la sociedad buscando un chivo expiatorio para que vean en su condena un ejemplo a no seguir, criterio que conlleva una prepotencia del Estado injustificada porque la prevención del delito por la imposición de penas severas no ha disminuido el índice de criminalidad en ninguna sociedad. Y lo que es peor, al sujeto activo se le impone una pena que no está en función de la gravedad del mismo, sino en función de los intereses preventivos del Estado.

- Otro problema, o quizá uno de los problemas que contradicen el sistema de culpabilidad adoptado por el COIP, se refiere a la inclusión de la reincidencia como mecanismo para agravar las penas. El Art. 57 determina que en el caso de existir reincidencia la pena será aumentada del máximo un tercio adicional.

De acuerdo a los principios anotados la reincidencia es una condición de carácter personal del sujeto activo que en nada incide en la infracción cometida y el agravamiento de la pena se sustenta por hechos ajenos al acto juzgado. Este es un ejemplo típico del Derecho penal de autor en el que la persona es penada por consideraciones ajenas a la conducta concreta por la que

está siendo procesada. Vulnera el principio de culpabilidad porque se sustenta en el modo de vida del condenado.

Percy García Cavero transcribe textualmente parte de la sentencia de la Corte Suprema de la República del Perú la misma que sostiene que la reincidencia se sostiene en razones de prevención especial ajenas al principio de culpabilidad por hecho:

"...Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió prescribir del Proyecto del código Penal los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta valido en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustenta su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio no bis in ídem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito) el mismo que se encuentra consagrado en el Art. 233, inciso 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho a castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social..."[155].

155 García Cavero Percy. Ob. Cit. Pág. 173

6. Principio de Lesividad

El carácter instrumental del Derecho Penal significa servir de un medio idóneo con fines exclusivamente sociales, para solucionar problemas causados y generados por los infractores de la norma penal. No debe servir como un fin en sí mismo, es decir, como un medio utilizado por el Estado para salvaguardar falsos o dudosos principios como por ejemplo la autoridad pública, la revolución, el interés general, la moralidad social, el orden público, porque simplemente se tratan de objetivos y finalidades ajenas al Estado considerado éste como sociedad organizada para beneficio de su población. Estas no son necesidades sociales de convivencia sino simplemente razones de Estado para fortalecer su poder y su autoridad.[156]

A. El bien jurídico como objeto de protección de la ley penal

La intervención violenta del poder punitivo del Estado debe ser activada por la necesidad de solucionar un conflicto que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido. Se descarta de plano la legitimidad de la intervención punitiva del Estado en actos que denoten la mera desobediencia a su autoridad y además presupone la existencia de una víctima. Resulta impensable la irrupción del Estado en la solución de un conflicto en el que no aparezca una víctima, que puede ser el mismo Estado cuando actúa dentro de sus propias finalidades legítimas[157].

156 Binder Alberto. Ob. Cit. Pág. 160.

157 Ver el numeral 2, inciso cuarto de la Exposición de Motivos en el Código Orgánico Integral Penal. R.O.180 del 10-02-2014

B. Definición de bien jurídico

Bien afirma Santiago Mir Puig[158] la definición de esta institución importante del Derecho penal todavía está en construcción. Pero desde la óptica de un Estado constitucional de derechos el bien jurídico debe estar despojado de aspectos ajenos al interés de delimitar una frontera mínima de lo que el Derecho penal pretende proteger.

Según Muñoz Conde el bien jurídico protegido es definido como aquellos presupuestos que la persona (natural o colectiva) necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social. Sustenta esta definición, en los legítimos intereses que una persona necesita para una vida digna en sociedad y que debe estar garantizados jurídicamente por el Estado[159].

El Art. 22 del COIP puntualiza que las conductas penalmente relevantes son las acciones y omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos descriptibles y demostrables. Lo que no incluye en esta definición es en contra de qué objeto o cosa va dirigida la lesión o peligro. Frente a esta parquedad legislativa nos remitimos a la Exposición de Motivos realizada por el legislador ecuatoriano en la reforma penal, numeral segundo, inciso cuarto del COIP en el que aparece una pista clara que nos conduce a deducir que el objeto de protección del COIP son los bienes jurídicos establecidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos[160].

Adoptar como finalidad la protección de bienes jurídicos incluye el respeto a ciertos límites que buscan legitimar al Estado consti-

158 Mir Puig Santiago. Ob. Cit. Pág. 121.

159 Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 59.

160 Textualmente dice:"...En consecuencia es indispensable determinar la correspondencia constitucional de los bienes jurídicos protegidos y las garantías de quienes se someten a un proceso penal en calidad de víctimas o procesados para que estén adecuadamente regulados y protegidos.

tucional y democrático de derechos[161] que, entre otros, podemos anotar los siguientes:

- Partimos del presupuesto de que en cada sociedad existen conflictos de toda naturaleza que afectan poco o gravemente la paz y el orden social.

- El Estado debe intervenir en los conflictos en los que exista una víctima. El conflicto penal es interpersonal. Si no existe victima el Estado no puede intervenir.

- Si interviene el Estado debe hacerlo solo en los conflictos sociales graves, porque frecuentemente la intervención del Estado en un conflicto resulta más lesiva que el conflicto mismo. Debe dar oportunidad a que otras instancias o ámbitos jurídicos puedan solucionarlos. O simplemente dejar que se diluya el conflicto dentro de la dinámica de la propia sociedad de solucionar sin intervenir.

- El Estado debe seleccionar los conflictos graves en los que decide intervenir. No todos ameritan la intervención del Derecho penal y se debe observar el sistema de prioridades que los bienes jurídicos tienen en la sociedad. Debe inclinarse a la intervención penal en los conflictos en los que esté en juego bienes jurídicos importantes como la vida, la integridad física, la libertad, la integridad sexual, frente a bienes jurídicos como los de la propiedad, por ejemplo.

- El Estado no puede quedar en la simple amenaza de la aplicación del poder punitivo frente a un delito en concreto porque se transformaría en un Derecho penal simbólico que no cumple ninguna finalidad eficaz.

161 El COIP apenas alude cuatro veces a la frase "bien jurídico".

- Debe priorizar efectivamente el interés de la víctima. No utilizarla para disfrazar el interés estatal en contra del interés social[162].

C. Los riesgos, el resultado y el peligro concreto

i. El riesgo

La sociedad contemporánea se caracteriza por ser una sociedad de riesgo[163] dada la inmensa influencia que la tecnología tiene sobre la vida de todos los seres humanos en la Tierra. Influencia que se traduce en una acelerada tecnologización de la vida social con el consiguiente incremento inusitado y acelerado de todo tipo de riesgos para los bienes jurídicos tradicionales y para otros intereses que van adquiriendo esta característica. Problema frente al cual el Derecho penal se muestra débil por la poca posibilidad que tiene para enfrentar estas nuevas crisis sociales globales y tecnológicas con las mismas categorías dogmáticas que vienen desde la Ilustración del siglo XVIII.

Pero el fenómeno social del riesgo tiene una razón de ser porque "...resulta especialmente significativo que la acusada sensación de riesgo genera efectos de disminución de la tolerancia social, de obsesión por la seguridad y el control, o de deseo de segregación frente a sectores percibidos como peligrosos o diferentes..."[164].

En tal virtud, la exigencia social para que el Derecho penal encuentre soluciones a los peligros que genera la sociedad de riesgos se opta por la creación de nuevos tipos de delitos, como los

162 Binder Alberto. Ob. Cit. Pag. 159 - 164.

163 Ver en Beck Ulrich: La responsabilidad organizada. http://www.ccoo.es/arcadia/arc_01_bec.html.

164 Brandariz García José (2014). El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea. Editorial Dykinson. Madrid.

ambientales y otros con grandes potencialidades de causar graves estragos mundiales en los que el eje nuclear de la demostración del daño demostrable y verificable se reemplaza por la tipificación como conductas peligrosas para los bienes jurídicos como la vida, la salud y el medio ambiente y de otros aún más novedosos como el calentamiento global, la genética y la responsabilidad penal de las personas jurídicas nacionales y transnacionales donde los espacios territoriales de comisión del delito y las posibilidades de identificar a los responsables, se diluyen en un mar de dificultades materiales y procesales.

Como vemos las soluciones exigidas al Derecho penal para solucionar los problemas generados por la sociedad de riesgo no pueden darse desde la estructura tradicional del mismo sino por otras estructuras o construcciones teóricas que, duramente cuestionadas, poco a poco van ganando aceptación en los ordenamientos jurídicos contemporáneos pese a los profundos cuestionamientos por el proceso de flexibilización al respeto de los derechos fundamentales. La necesidad de encontrar soluciones ha forzado el desarrollado de teorías de dudosa validez como son aquellas que proponen el adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la lesión y penalizarlas sin que ésta todavía se produzca.

Sabemos que el riesgo o peligro sobre los bienes jurídicos no es algo perceptible por los sentidos, es inmaterial y constituye solamente una mera posibilidad de que ocurra tal daño. Por naturaleza el Derecho penal actúa sobre la base de la existencia de un daño o por lo menos de una tentativa si se cumplen los requisitos que se exige para cada caso. Es inadmisible que se castigue acciones u omisiones que no tienen posibilidad alguna de generar un riesgo al bien jurídico aun en contra de la creencia del autor, pero la tendencia nos muestra lo contrario.

Paz María de la Cuesta Aguado detalla con mayor precisión esta salida penal a la crisis. Dice que "...ante riesgos tan graves como los propios de los ecodelitos o de los delitos relacionados con

la energía nuclear, esperar al momento de la lesión sería inútil pues para entonces, el daño podría ser tan grave que de nada serviría la intervención penal. Por ello se propone... adelantar la intervención penal a momentos previos a la lesión imponiendo penas a quienes "pongan en peligro".... Desde esta postura, la intervención penal en momentos previos a la lesión solo se justificaría partiendo del criterio de la "peligrosidad" de la conducta para el bien jurídico protegido..."[165].

Según la misma autora, este adelantamiento de la barrera de protección se produce por tres vías:

- Tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la posibilidad de causen alguna lesión o se ponga en peligro real.

- Incremento en la tipificación de delitos imprudentes en donde se tipifica la creación de un riesgo jurídicamente no permitido y ausencia de dolo en el resultado.

- Creación de bienes jurídicos macrosociales y colectivos muy difusos.

ii. En relación con el Resultado

El principio de lesividad como límite al poder punitivo del Estado significa que éste no puede castigar o imponer una pena por conductas que no hayan producido un resultado dañoso o que hayan puesto seriamente en peligro un bien jurídico determinado. Alberto Binder[166], sobre el resultado, hace las siguientes consideraciones en relación con los delitos de peligro:

165 Paz María de la Cuesta Aguado Paz(2005). Sociedad del riesgo y Derecho Penal en Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ara Editores. Lima. Pag. 169.

166 Binder Alberto. Ob. Cit. Pág. 166.

- El resultado debe ser diferente de la acción o de la omisión misma. Por ello hay resultado en los delitos de simple actividad como la tenencia de drogas y armas. La disyuntiva en la realización de un delito es que: o produce un resultado dañoso o existe una tentativa, aquí no cabe un delito de peligro porque se violaría el principio de lesividad.
- El resultado, para ser protegido por el Derecho Penal, debe estar siempre dentro del marco de su protección, debe alterar o perturbar un interés protegido. No cualquier resultado puede ser objeto de penalización.
- El resultado no puede ser inmaterial. Es decir, aunque sea no corpóreo, debe ser posible reconocerlo en la realidad y comprobar su existencia.

Por tanto, de acuerdo con el mismo Binder, el Resultado "...será un suceso social reconocible(material) que configura un estado (afectación) de uno de los intereses en juego (protegido) en el conflicto, imputable a la acción u omisión y, por tanto, diferente de ellas..."[167]. Al menos esta es la línea de construcción del resultado que sigue el COIP cuando en el Art. 22 prescribe que son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables.

iii. Los delitos de peligro abstracto

Lo que debemos preguntar es que si los delitos de peligro abstracto resultan compatibles con el principio de lesividad. Recordemos que los delitos de peligro abstracto son aquellos por los cuales el Estado impone una sanción o castigo por una acción u omisión que no haya puesto en peligro ningún bien jurídico protegido. Simplemente penaliza ciertas conductas consideradas como socialmente inadecuadas propias de políticas crimina-

167 Binder Alberto. Ob. Cit.Pág. 167.

les preventivas que no han dado resultados satisfactorios. Por ejemplo el micro tráfico de drogas, la tenencia de armas.

Partiendo del concepto de delito de peligro abstracto, definido como aquel que contiene conductas peligrosas que no lesionan ni ponen en peligro bien jurídico alguno y que el legislador las incluye en el COIP sin aparente razón alguna, varias escuelas entre ellas la funcionalista, cree que el Derecho penal debe entrar en íntima relación con la realidad social reconfigurada por la complejidad de las relaciones sociales, económicas y políticas que la globalización y el desarrollo tecnológico van generando. En este contexto, resulta cada vez más dificultosa la determinación exacta y concreta de la relación causal entre acción y resultado lesivo porque los nexos causales se amplían y diversifican de tal forma que es preferible cambiar el sistema de imputación penal a otro que no se enfrente a estas complejidades.

En efecto, el paradigma en los delitos de resultado es la constatación de la lesión o daño al bien jurídico amparado mientras que el fundamento de los delitos de peligro es la constatación de la creación o el incremento del riesgo no permitido jurídicamente.[168]

Si bien es cierto que este cambio de esquema de imputación es producto del proceso de modernización del Derecho Penal, también es cierto que para que sean legítimos los tipos de delitos de peligro abstracto deben cumplir por lo menos ciertas condiciones como:

- Que la conducta prohibida sea redactada o escrita de manera perfectamente entendible;
- Que se refieran a la protección de un bien jurídico legitimo;
- Que no viole el principio de culpabilidad.

168 García Cavero Percy. Ob. Cit. Pag.131

La peligrosidad de las conductas peligrosas no se mide por la capacidad de vulnerar un bien jurídico sino que el Estado asume la responsabilidad de administrar los riesgos existentes en la sociedad y tipificar las acciones que infringen las expectativas sociales del rol de ciudadano responsable que todos esperan que las cumpla. No es el peligro al bien jurídico lo que se castiga sino el quebrantamiento de las expectativas o del papel que la sociedad le exige que cumpla para que todos puedan disfrutar de los bienes jurídicos. Entonces el derecho al disfrute de los bienes jurídicos se transforma en un bien jurídico alterado por la conducta de peligro abstracto. Es decir, no es necesario un bien jurídico lesionado concreto y demostrable sino basta con la peligrosidad de la conducta que impide el derecho al disfrute de ciertos bienes jurídicos.

7. Principio de Proporcionalidad

Este principio que sirve para graduar las penas porque el principio de culpabilidad es el que nos informa sobre la proporcionalidad que debe existir entre delito y pena. Lastimosamente han existido múltiples esfuerzos por cuantificar la pena que correspondería a cada delito de manera científica y universal pero evidentemente esto no se ha podido hacer. Coinciden varios autores (Mir Puig, Ferrajoli, Jescheck) que la cantidad de la pena y de las medidas de seguridad es un asunto ético - político que va más allá del aspecto jurídico y que requiere más que una legitimación dogmática una legitimación externa, social.[169]

Santiago Mir Puig[170]159 estima que el principio de proporcionalidad de las penas nace de la necesidad de tener una alternativa a los sistemas retribucionista y preventivo de la pena que no se justifican en un Estado democrático de derechos. El sistema

169 Ferrajoli Luigi. Ob. Cit. Pág. 398.

170 Ir Puig Santiago (2010). Constitución y Principios del Derecho Penal. Editorial Tiran lo Blanch Valencia. Pág. 74

retribucionista es funcional a los regímenes teocráticos fuertes y el sistema preventivo en cambio es muy útil en los sistemas autoritarios y antidemocráticos en donde la pena va en función de la necesidad de conservar el poder y disuadir a los opositores a actuar en contra del Estado. El principio de proporcionalidad en un sistema democrático debe apoyarse sobre la base del principio de igualdad limitando la intervención del Estado para tipificar delitos y penas con la finalidad de proteger intereses directos e indirectos de los ciudadanos o reforzando el papel preventivo sobre posibles daños.

Algunos autores destacan tres sub principios derivados:

A. Principio de Idoneidad

Tiene que ver con la capacidad de la pena para conseguir el fin propuesto por el Derecho penal, entre éstos, la protección de los bienes jurídicos de las personas.

B. Principio de necesidad

Quiere decir que no existen otras medidas de protección necesaria y menos grave que la pena. De haberla, la pena no se la impondría. Esto tiene relación con el principio de mínima intervención penal o de última ratio.

C. El principio de proporcionalidad propiamente dicho

Una vez que se constata que la pena es idónea y necesaria se debe comprobar que el daño que se causa al penado sea inferior a la necesidad de proteger los bienes jurídicos afectados con su conducta. La pena no debe ser un mal mayor que el que se trata de evitar. El bien jurídico afectado debe ser socialmente muy grave para que se justifique la pena. Sabemos que la relación de proporcionalidad de la pena se establece en función de la

gravedad del hecho y de la gravedad de la pena teniendo en cuenta que:

- La gravedad del hecho no responde a una ecuación matemática en donde el grado de afectación o daño al bien jurídico debe corresponder al monto de la pena. La pena a imponerse debe ser producto no de una cuestión numérica sino de una valoración que la sociedad haga del acto del sujeto activo tomando en cuenta todas las circunstancias que intervinieron en la comisión del mismo. Esta es una valoración muy objetiva que no debe estar influida por sentimientos de inseguridad o desesperación o venganza social.

- En relación con la gravedad de la pena. Atendiendo al principio de humanidad de las penas los ordenamientos jurídicos en la actualidad aplican con escasa frecuencia la pena de muerte, las torturas o los trabajos forzados, siendo la privación de la libertad la pena más generalizada. Pero si consideramos al Derecho penal de última ratio entonces se debe procurar penas alternativas como la multa, comiso, servicios comunitarios, etc., para los casos en los que la lesión a los bienes jurídicos ha sido mínimo.

D. El Principio de proporcionalidad de la pena en el COIP

La respuesta que el Estado activa en contra de la persona que con su conducta ha violentado un bien jurídico protegido no debe ser ilimitada ni exagerada y debe tener como referencia los parámetros constitucionales. Habíamos afirmado antes que el Derecho penal y la ley penal no es auto referencial sino que su estructura y sus instituciones responden a los principios establecidos en el bloque de constitucionalidad como presupuestos limitadores a la respuesta del poder punitivo del Estado frente a la conducta ilícita.

En este sentido, saber si la respuesta violenta del Estado es legítima requiere acudir al principio de proporcionalidad reflejado en la ley creada por el legislador y aplicado por el juez al momento de juzgar un caso concreto. El Artículo 76 numeral 7 de la CRE ordena que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

El principio de proporcionalidad como respuesta punitiva que afecta derechos fundamentales del procesado debe atravesar tres filtros para que su aplicación sea legítima: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (Trilogía conocida por la doctrina como test de proporcionalidad)

i. Idoneidad

Primero debe verificarse que la pena impuesta por el Estado cumple un objetivo valido constitucionalmente considerado, lo que implica la identificación clara de dos elementos fundamentales:

- En primer lugar, debemos identificar y asegurar que el fin que se pretende alcanzar con la pena o restricción de los derechos fundamentales no es contrario a la Constitución. En este caso, la intervención del Derecho penal través de la pena impuesta está identificada con la protección de los bienes jurídicos y con la limitación del poder punitivo del Estado. Este punto es verificable en la exposición de motivos constantes en el Registro Oficial N.180 del 10 de febrero del 2014 por el que se expide el COIP. Los artículos 28, 29, 77, 441 y otros de la ley penal que aluden a la protección de los bienes jurídicos; y el Art. 1 incluye como finalidad principal del COIP el normar o limitar el poder punitivo del Estado. Por tanto el fin de la pena podría decirse que es legítimo.

- En segundo lugar, se debe verificar que la intervención penal del Estado con restricción de derechos es adecuada para lograr las finalidades analizadas en el punto anterior. Sabemos

que el Derecho penal tiene además un carácter preventivo porque sanciona al infractor con un apena justa y al mismo tiempo previene futuros hechos delictivos. Los mismos artículos del COIP antes citados sirven de sustento a este punto.

ii. Principio de necesidad

¿Es necesaria la intervención penal del Estado en el caso concreto? Si es necesaria debería ser la medida más benigna entre otras alternativas que igualmente sirvan para alcanzar el fin propuesto. Se aplica el principio de mínima intervención en casos en donde exista un bien jurídico muy importante que requiera una medida de protección. Para verificar el estado de necesidad se requiere el cumplimiento de dos supuestos:

- Debe utilizarse el Derecho penal solo cuando sea estrictamente necesario y sea el último recurso que tiene el Estado para proteger el bien jurídico afectado (Principio de subsidiariedad del Derecho penal).

- Cuando el bien jurídico afectado sea muy importante. (Principio de fragmentariedad del Derecho penal).

En ambos casos el COIP en el Artículo 2 establece que la intervención penal del Estado está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas y cuando esa intervención constituya el último recurso cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales (Principios de subsidiariedad y principio de fragmentariedad).

iii. El principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Implica un análisis argumentativo sobre la conveniencia o no de la aplicación de las consecuencias penales en base a parámetros de costo – beneficio para la sociedad.[171]

171 En este punto resulta improcedente o demasiado forzado aplicar la fórmula ma-

El Artículo 76 numeral 6to de la Constitución de la Republica establece que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza como un mecanismo limitador adverso a la discrecionalidad de jueces y administradores de justicia. El Artículo 53 del COIP establece límites más precisos para el juez penal quien no podrá imponer penas más severas que las contempladas en los tipos penales descartando la posibilidad de la imposición de penas indefinidas. Las penas previstas en la ley deben estar acorde con la gravedad de la afectación a los derechos o bienes jurídicos contemplados en la constitución.

Pero es el Artículo 54 del COIP en donde el legislador da la pauta para que bajo el rotulo de la "individualización de la pena" ésta no sea impuesta sin un análisis del caso en particular. En el Derecho penal no solo se analiza la acción sino el hecho penalmente relevante en donde la acción es parte del hecho, el mismo que está compuesto por las circunstancias anteriores, concomitantes y hasta posteriores a la acción realizada por el sujeto activo del delito.

En este sentido el juzgador para imponer la pena debe analizar las circunstancias del hecho punible, atenuantes, agravantes; las necesidades y condiciones especiales y particulares de la víctima y de la gravedad de la lesión y el grado de participación, y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal. Es decir, la gravedad del hecho determina la gravedad de la pena.

En este sentido el juez tiene la vía libre y las posibilidades intactas de hacer un juicio de ponderación en relación con la conveniencia institucional de sancionar o no un hecho delictivo determinado en el cual el resultado refleje el principio de proporcionalidad que debe tener las resoluciones del Estado en materia penal.

---

temática de Alexy y es preferible otro tipo de análisis que puede llevar al mismo resultado.

En este sentido el juez tiene la vía libre y las posibilidades intactas de hacer un juicio de ponderación en relación con la conveniencia institucional de sancionar o no un hecho delictivo determinado en el cual el resultado refleje el principio de proporcionalidad que debe tener las resoluciones del Estado en materia penal.

iv. La proporcionalidad y las medidas de seguridad

En relación con las medidas de seguridad el Artículo 76 del COIP le confiere el carácter de definidas (con un tiempo de duración limitado) a diferencia del Código Penal anterior de 1938 que contemplaba el carácter indefinido del internamiento en un hospital psiquiátrico a los enfermos mentales peligrosos autores de un delito. Solamente estaban autorizados salir en libertad cuando médicos especializados acreditaban su completa recuperación. Mientras tanto permanecían por un tiempo indefinido internados en el hospital psiquiátrico hasta cuando se recupere de su enfermedad. Podía asegurarse que su condición de interno se asimilaba a una verdadera cadena perpetua proscrita por la Constitución de 1998 porque se sabía cuando ingresaba pero no se tenía ninguna certeza del momento en que saldría libre.

La verdadera expresión de la proporcionalidad en las medidas de seguridad se traduce en lo dispuesto en el Artículo 76 del COIP que dispone una duración limitada y máxima diagnosticada por los médicos y no por el juez sobre la base del nivel de peligrosidad que represente. Para la adopción de esta medida en cuanto al tiempo de duración podría utilizarse el test de proporcionalidad antes referido.[172]

172 Art. 76 del COIP:"...Internamiento en un hospital psiquiátrico. El internamiento en un hospital psiquiátrico se aplica a la persona inimputable por trastorno mental. Su finalidad es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social. Se impone por las o los juzgadores, previo informa psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración..."

8. El Principio de personalidad de las penas

Es muy frecuente encontrase con ciertas afirmaciones que clarifican mucho la necesidad de establecer finalidades limitadoras del poder punitivo por parte del Derecho penal. Efectivamente se llega a la conclusión, como dijimos al inicio de este trabajo, que las grandes masacres y genocidios en la humanidad, las que mayor número de víctimas causaron, las que más dolieron la conciencia universal fueron acciones dirigidas desde el Estado hacia entes colectivos antes que a los individuos como tal. La necesidad de incrementar la efectividad del control social hizo que el Estado se fijara en las comunidades de personas para desatar actos de terror como mecanismo de prevención y amenaza. La defensa del individuo como conquistas en las legislaciones penales del mundo han llegado un poco tarde porque apenas el individualismo echa raíces con la Revolución Francesa y las constituciones posteriores que dieron lugar al Estado moderno de nuestros días.

Esa historia de terror se evidencian en las prácticas de eliminación física o indirecta de poblaciones y colectivos por los actos de una persona determinada dando lugar a penas y sanciones impuestas a grupos de personas identificadas por algún lazo en común con el infractor. Las persecuciones religiosas, políticas y raciales, los genocidios sobre determinada población religiosa, continuaron produciéndose hasta nuestros días a pretexto de retaliaciones por hechos de origen individual.

El principio del injusto personal determina que el Estado no puede sancionar o penalizar sino por los actos que realice esa persona. Debe reaccionar de manera exclusiva en contra del responsable del ilícito en forma personal. La pena no debe extenderse bajo ningún concepto a personas ajenas o distintas a las que cometieron el delito, peor a colectivos o comunidades enteras.

Para este cometido el Derecho Penal de corte individual y moderno debe actuar sobre las conductas propias de una persona y la pena no debe extenderse hacia otras. Por esta razón el COIP (Arts. 41, 42, 43, 272) incluye en sus prescripciones la definición de autor, cómplice y quienes posterior al hecho realicen actos que lo encubran, incuso eliminan el delito de homicidio en riña porque evidentemente afecta este principio del injusto personal debido a la imposibilidad de desplazar la responsabilidad del autor sobre la base de presunciones y no sobre la base de la certeza de la culpabilidad.

9. Principio de exterioridad

Establecidas ciertas diferencias entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor la opción tomada por el COIP es clara al acoger el Derecho penal de acto como sustento o pilar principal del sistema penal ecuatoriano. Del Derecho penal de acto se deriva otro principio igual de importante y relacionado, como es, el Principio de Exterioridad.

Este principio nació como contrapartida a las formas empleadas por la Inquisición para inmiscuirse en la interioridad de las personas, en su conciencia, en sus motivaciones, en su subjetividad, en la forma de pensar y de concebir el mundo y la sociedad. La Inquisición pretendió, y de hecho lo capitalizó durante siglos, juzgar las manifestaciones del alma y del espíritu de los ciudadanos a tal punto que el juzgamiento, tortura, cremación y asesinato de las supuestas brujas no era sino el intento judicial de salvar el alma de las influencias del demonio.

La oposición a este método dio como resultado el principio de exterioridad mediante el cual se exigió que se castigue las acciones exteriores, que sean apreciadas por los sentidos y que constituyan actos externos, dejando de lado el juzgamiento de meras subjetividades, como las ideas, formas de pensar o los estados de la conciencia de las personas.

El principio de exterioridad permite al Estado una forma de control social respetuosa de los derechos fundamentales individuales al no penalizar los actos interiores y subjetivos de las personas, ello "...implica que el Estado únicamente puede castigar la acción humana que produce efectos en el exterior (es decir, en el marco de una interacción conflictiva) y solo en los límites estrictos que el valor de esa acción tenga dentro del marco de interacción. El castigo no debe referirse a otra cosa que no sea la estricta punición del hecho, salvo cuando sea utilizado para disminuir su intensidad..."[173]

En el COIP el Principio de Exterioridad se encuentra en el Artículo 22 que determina que los actos penalmente relevantes son las acciones u omisiones que ponen en peligro o produce resultados lesivos, descriptibles y demostrables, por lo que no se podrá sancionar por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales.

De ello podemos extraer las siguientes consecuencias con relación a la existencia del Principio de Exterioridad:[174]

- No se puede castigar ni sancionar al autor de un delito por sus características personales. Por ser negro, indígena, pobre, sin trabajo, ignorante, obrero, por ser mendigo, judío, político de la oposición, derechista, izquierdista, comunista, por su predisposición genética, por feo, por bonito, maniaco, psicópata, etc. Precisamente el uso de estos prejuicios a la hora de sentenciar ha hecho que las cárceles se llenen de personas que en su gran mayoría pertenecen a la misma clase social económicamente baja, frente a otros autores pertenecientes a diversa clase social que cometen los mismos delitos pero que no son clientes frecuentes del sistema penal. En otras

173 Binder Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Editorial Ad-doc. Buenos Aires. pág. 117.

174 Resumen de las ideas de Binder. Introducción al Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 117.

palabras, no se puede imponer una sanción a alguien por sus características biológicas, económicas, culturales y psicológicas.

- No se puede castigar un hecho como un síntoma de una personalidad. Por ejemplo, la reincidencia o los informes de personalidad que denotan supuestamente una personalidad delictiva, hostilidad social u resistencia al cumplimiento del derecho.
- Tampoco se puede castigar hechos como una forma de prevenir hechos futuros más graves. Es decir se trata del castigo por ser peligroso, por lo que es capaz de hacer después y no por lo que ha hecho. Ejemplo de este tipo son las medidas de seguridad, la prisión preventiva. Durante el auge del positivismo criminológico la imposición de la pena como instrumento de prevención fue demasiado extendido

  La prevención así entendida pretendía en base a pericias psicológicas de personalidad del delincuente realizar un pronóstico de peligrosidad del mismo en base al cual se le imponía penas mucho más drásticas para evitar que cometa delitos en el futuro dada su tendencia criminal. Para qué esperar que cause daños a futuro si desde hoy podemos recluirlo, decían los positivistas. Pero esta tendencia es muy combatida por aquellos juristas que piensan que los medidores de peligrosidad no existen y que es imposible pronosticar si una persona cometerá delitos en el futuro. El Estado no puede juzgar la tendencia al crimen sino el hecho cometido como un límite a la protección de los derechos fundamentales.

- Otra consecuencia se verifica cuando la justicia pretende juzgar a una persona no por el hecho cometido sino por su conducta delictual, por la forma como ha organizado su vida. Por ejemplo, si tiene antecedentes de detenciones o procesos sin sentencia o la tenencia de un pasado judicial no puede ser determinante en la imposición de la pena, porque no es su vida

y sus opciones de autodeterminación lo que se juzga sino el hecho concreto y determinado por el que se inició el proceso penal en su contra.

- El acto o hecho delictivo no es valorado en la misma dimensión que las otras características del individuo. El acto realizado apenas es una parte de la estructura de un sujeto y no es el factor determinante porque el Estado termina ubicándolo en categorías prejuiciadas y atacadas por el poder punitivo. Por ejemplo a quienes se considera "subversivos", "traidores a la patria", "tirapiedras", "injuriosas", términos con los cuales sin estar definidos exactamente por los tipos penales han servido para ser perseguidos penalmente.

CAPÍTULO OCTAVO

FUENTES DEL DERECHO PENAL

I. Introducción

La palabra fuente nos remite imaginariamente al lugar desde donde brota o emana el agua y, aplicado al derecho, podríamos decir que representa el fundamento u origen del Derecho penal. Las fuentes del derecho son los modos a través de los cuales se originan y manifiestan las normas jurídicas, en nuestro caso las normas penales.

Algunos autores las clasifican de acuerdo a su importancia o a su inmediatez. En nuestro caso únicamente las enumeramos en orden a la prevalencia jerárquica que adquieren de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano porque a criterio de muchos autores el Estado es la única instancia productora de normas penales, lo que obligatoriamente nos remite a la ley como la principal fuente del Derecho penal en la justicia ordinaria porque en la justicia indígena la fuente primaria del sistema punitivo es la costumbre.

De tal manera que las fuentes penales son todos aquellos mecanismos jurídicos desde los cuales se manifiesta el Derecho penal. Son aquellas formas a través de las cuales la autoridad estatal define las conductas consideradas delictivas y establece la pena que corresponde imponerla a quien incurre en ellas.

Desde este punto de vista descartamos a la Constitución como fuente directa porque en ella (Artículo 76 numeral 3) constan los principios sobre los cuales se estructuran las leyes penales materiales y procesales.

1. La Ley como fuente del Derecho penal

El Estado es la única fuente productora de Derecho penal porque a través del ejercicio de sus potestades crea la ley y con ellas los delitos y las penas. Es el único que tiene capacidad y facultades para juzgar y reprimir las conductas delictivas previamente establecidas por la ley emanada por el propio Estado y con fundamento al mandato constitucional del *nullun crimen nulla poena sine praevia lege* previsto en el Artículo 76 numeral 3) de la CRE. En el Derecho penal solo la ley expedida y promulgada formal y materialmente como tal tiene la calidad de fuente. Es el derecho escrito o positivo la fuente directa del Derecho penal, con lo que se excluye a la costumbre dentro del sistema de justicia ordinaria previsto en el Artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador. Bien lo dice Jiménez García "...La ley es a la vez, fuente y medida del Derecho de penas y consecuentemente el Estado no puede pues castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes ni imponer pena distinta a la que sanciona el delito..."[175]

El Artículo 76 numeral 3 de la CRE prescribe que los delitos, las penas, los jueces y el procedimiento para el juzgamiento por una infracción penal serán establecidos en forma previa por la ley. ¿Cuál ley? De acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 1 del COIP una de sus finalidades es tipificar las infracciones penales y establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso. ¿Solo el COIP puede tipificar delitos y establecer sanciones? La respuesta es

175 Jiménez García, Gustavo. Las fuentes del Derecho penal. Rescatado del sitio https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/53559/las%20fuentes%20del%20derecho%20penal.pdf el 23 de junio del 2022.

afirmativa en cuanto a la exclusividad del COIP para tipificar delitos, establecer sanciones y describir procedimientos. Ninguna otra ley orgánica u ordinaria podrá contener la descripción de una conducta punible y la respectiva sanción. Solo el COIP tiene esta prerrogativa de cuya inobservancia tiene como consecuencia la nulidad o ineficacia del efecto que se pretende conseguir.

El COIP es la única fuente de derecho directa, excepto las medidas correctivas contempladas en el Código de la Niñez y de la Adolescencia reza el Artículo 17 del COIP. La exclusividad de la ley como fuente directa del Derecho penal en nuestro sistema es ratificada por el Artículo 5 del COIP referente al principio de legalidad. En conclusión, solo una ley orgánica que reforme el COIP puede tipificar y castigar como delitos ciertas conductas que la sociedad considere necesario penalizarlas.

En este sentido y para ahondar más en la base teórica de este principio, Donna[176] propone cuatro características esenciales que debe tener la ley penal como fuente del derecho:

- Exclusividad.- Es la única fuente de creación de delitos y sanciones.

- Obligatoriedad.- La ley debe ser acatada por todos los ciudadanos, particulares o funcionarios públicos, nacionales y extranjeros.

- Ineludible.- Solo puede ser reformada por ley emitida por el órgano legislativo correspondiente. No puede ser eliminada o alterada por decretos ejecutivos, legislativos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de órganos como el Consejo Nacional de la Judicatura, o resoluciones de la Corte Nacional de Justicia.

- Igualitaria. Las penas y la imputación deben ser aplicadas a todos por igual salvo las diferencias racionales en razón de

176 Donna E.Ob. cit.

autor determinado y las circunstancias en las que cometió el delito.

- Constitucional.- Cuando una ley es contraria a la Constitución carece de eficacia jurídica.

En conclusión, el principio de legalidad y la reserva de ley orgánica son los únicos limitantes de la ley como fuente especial productor de Derecho penal especialmente en materia de derechos humanos o derechos fundamentales. El Artículo 133 numeral 2) de la CRE prescribe que son leyes orgánicas las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. La rigidez para la expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio requieren mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

2. ¿La Constitución como fuente o límite del Derecho penal?

El nuevo constitucionalismo de posguerra nace por la desconfianza en el legislador a la hora de la redacción de las leyes porque dejaba abierta la posibilidad de no aplicar los principios y valores en ella configurados y propugnaron una Constitución con normas de aplicación directa, obligatorias para los jueces en un sistema justicia que ya no dependería del sentido que el legislador le proporcione a las leyes. Son exigibles más allá de ese contenido legal porque se erigen como norma de normas y contiene un extenso catálogo de derechos fundamentales y garantías que sirven para oriental las decisiones judiciales porque tienen fuerza vinculante, aunque tengan el carácter de abiertas y no específicas.[177]

177 COTE-BARCO, Gustavo (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. Vniversitas suppl.116 Bogotá June 2008. Rescatado del sitio http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000200006

En una Constitución como la nuestra el lugar que ocupan los principios y derechos fundamentales es preponderante y el Derecho penal debe adaptarse a los parámetros lógico – axiológicos que exige esta nueva configuración, especialmente en la interpretación y en el carácter de fuente del Derecho penal. Es decir, lógica atendiendo al texto de la ley y su coherencia sistemática; y axiológica buscando coherencia con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

El neo - constitucionalismo es esencialmente anti - formalista porque relativiza el valor de fuente única e incuestionable de la ley formal y abre la posibilidad de que los jueces al resolver un caso concreto tengan un amplio rango de interpretación tanto de la ley ordinaria como de la norma constitucional en la resolución del caso que resuelven. Caso contrario los derechos fundamentales y su aplicación quedaría en manos de la ley formal y de la voluntad del legislador. Las normas constitucionales aparecerían como simples aspiraciones o finalidades sin oportunidad de ser aplicadas.

En el Derecho penal, en donde la posibilidad de privación de la libertad es la manera más violenta de castigar un delito, este razonamiento es muy difícil de ser aplicado porque el límite de aplicación de la ley formal es el principio de legalidad. Sin embargo existen formas con las cuales el juez puede dejar de aplicar la ley penal en forma automática y formalista y salvar los vacíos o contradicciones que pueda generar la aplicación formal de la ley penal en materia de derechos fundamentales.

Es decir, el juez debe atender el texto de la ley pero puede modular el alcance de la ley en la aplicación concreta cuando ella le permita racionalizar su decisión dentro del marco de la constitución atendiendo el principio de humanidad. ¿Cómo hacer de la Constitución una fuente del Derecho penal?. Gómez Pavajeu[178]

178 GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS (2005) Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal, Giro Editores, Bogotá, pág. 157.

propone que se construya los tipos penales legítimos, entendiéndose como tal aquellos destinados a proteger derechos fundamentales de otra persona por acciones objetivas determinadas por el desvalor de un resultado lesivo. También puede funcionar interpretando desde la Constitución la exigibilidad de otra conducta, subcategoría de la culpabilidad, en la que se pondere qué conducta le puede exigir el Estado tomando en cuenta sus necesidades y las circunstancias de vida del sujeto activo, porque el Estado no puede exigir comportamientos correctos cuando el delito se produce precisamente por su inacción. Finalmente otra forma de constituirlo como fuente del Derecho penal a la Constitución sería a través de la individualización de la pena tomando en cuenta criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, más allá de la aplicación automática de la sanción penal.

En términos generales, la Constitución está llamada a regular todos los ámbitos de la vida social de un país, aspecto por el que devendría en una fuente del Derecho penal porque contiene las premisas que sustentan todo proceder jurídico-penal tanto normativo como de aplicación práctica. El Derecho penal vendría a configurarse sobre las bases de institutos constitucionales trascendentales como es la dignidad humana, el debido proceso, las garantías penales, la libertad, la justicia, que son consagraciones fundamentales que sustentan al derecho punitivo. Visto así, la fuente de la que emana el Derecho penal para el desarrollo normativo de sus instituciones es la Constitución, más aun considerando que el derecho de libertad del individuo es objeto privilegiado de protección nacional e internacional.

Per el ius puniendi desplegado por el Estado puede derivar en una situación de ejercicio dictatorial y abusivo del poder si éste no tiene límites necesarios para la defensa y protección de los derechos de las personas. El Derecho penal está estructurado sobre la base de la necesidad de regulación y defensa de los bienes jurídicos fundamentales para limitar al poder punitivo. Pero el lugar de dónde provienen esos principios limitadores es la Constitución porque en este instrumento se sintetizan las ba-

ses humanistas y los valores que fundamentan la armonía social. Los principios y valores constitucionales son límites que regulan el accionar del Estado y el Derecho penal viene a ser el límite de los límites que contienen el poder punitivo y se rediseñan como una barrera protectora de los individuos.

Sin embargo, para que la Constitución sea considerada como fuente del Derecho penal, superior a la ley penal, debería tener el carácter de fuente de aplicación directa incluso prescindiendo de lo que prescriba la ley penal y esta modelo de fuente del derecho es inaplicable e inaceptable porque el principio de legalidad es la puerta de entrada por el que se efectiviza el mandato constitucional de reserva de ley consagrado en el Artículo 133, numeral 2, CRE en el que el brocardo del *nullun crimen y nulla pena sine lege* hace muy difícil la apelación directa de la Constitución en la determinación del delito y de la pena. Se apela a la norma constitucional de manera subsidiaria a la ley penal porque la misma Constitución delega a la ley el desarrollo normativo de defensa de los bienes jurídicos consagrados en la Constitución y tutelados por el COIP. Solo en el caso de una ley ambigua o contraria a la Constitución se activa la potestad del juez de apelar a la misma sea interpretándola o exigiendo un pronunciamiento de control de constitucionalidad a la Corte Constitucional.

3. La costumbre como fuente del Derecho penal

Existen juristas convencidos que la Costumbre juega un importante papel en la tarea de la interpretación y aplicación del Derecho penal para dotar, en la actividad interpretativa, de contenido y sentido social a términos indeterminados que utiliza la ley. Aunque formalmente no se cataloga como fuente directa del Derecho penal la costumbre puede ser definida en forma general como aquella norma que se deriva del uso frecuente de una forma por parte de una comunidad y que la consideran de obligatorio acatamiento sin que sea necesario tenerla en una ley.[179]

179 Camargo Hernández, César. Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas

La costumbre no es fuente de Derecho Penal porque no puede tipificar delitos y penas en la forma que la justicia ordinaria requiere. Generalmente en este tipo de justicia y en determinado ámbito territorial indígena correspondiente a una etnia un cierto tipo de conducta pueda ser considerada como altamente lesiva y que por costumbre se castiga de manera específica por las autoridades legítimas y representativas de la comunidad. Este sistema punitivo puede evidenciar la vigencia de una costumbre merecedora de castigo que formaría parte de un sistema punitivo que no podría llamarse Derecho penal pero que igualmente ejecuta una respuesta estatal que hace las veces del de aquel. Lo único normado es la disposición constitucional que reconoce la existencia de la justicia indígena dentro del marco y los límites que la misma carta magna le otorga como único requisito que determina su legitimidad vinculante con todo el sistema penal.

Para la justicia ordinaria definitivamente no es fuente. No obstante, el sistema de justicia indígena previsto en el Artículo 171 de la CRE fue incorporado como sistema paralelo de administración de justicia aplicable exclusivamente a las comunidades indígenas, dentro de su ámbito territorial, sistema en el que la Costumbre constituye la principal fuente del derecho consuetudinario indígena, aplicada a los casos concretos sometidos a la jurisdicción de sus autoridades. Costumbres que pueden variar de una comunidad a otra y de un territorio a otro.

La costumbre en este sistema paralelo administrado por grupos especiales de la población indígena, es su principal y única fuente directa de aplicación para el juzgamiento de infracciones y proviene de la naturaleza estructural del Estado ecuatoriano. Efectivamente, siendo el diseño societal del Ecuador el que corresponde a un Estado constitucional de derechos y de justicia, intercultural y plurinacional impone la necesidad de un rediseño

del Derecho penal y su eficacia. Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-EstudioSobreLasFuentesMediatasOIndirectasDelDerech-2777079%20(2).pdf el 23 de junio del 2022

de todas las instituciones que regentan la vida social y política del país incluida dentro el sistema de justicia.

Implica el reconocimiento de pueblos y nacionalidades indígenas para que se rijan por sistemas normativos propios de organización social para someterse a un sistema de administración de justica propio y aplicable a quienes perteneciendo a esas comunidades deciden el veredicto de sus propias autoridades juzgadoras.

No es una justicia complementaria sino paralela y con la misma jerarquía que la justicia ordinaria. Así lo expresa el Artículo 172 de la CRE que reconoce la legitimidad de los fallos de los juzgadores indígenas para ser ejecutados por sí mismos y con la concurrencia de la colaboración de la justicia ordinaria. El contenido de las resoluciones no debe violar los derechos fundamentales y podrán ser observados por la Corte Constitucional.

4. La jurisprudencia de la Corte Constitucional

A manera de introducción, etimológicamente deriva del latín *jurisprudentia*, el mismo que integra los vocablos *juris* que significa derecho y *prudentia* que quiere decir conocimiento, ciencia. La actividad creativa del legislador traducida en normas legales y orientadas a regular las relaciones entre ciudadano y el Estado no siempre tiene, o casi nunca, la capacidad de contemplar todas las posibilidades de conductas y de supuestos que la realidad social ofrece. Emitida la ley y puesta en funcionamiento aparecen inconsistencias que los presupuestos normativos no alcanzan a cubrir y cada juez no puede pretender corregir las incongruencias de la ley a su arbitrio porque sería la puerta de entrada a un caos jurídico.

Por ello el sistema constitucional establece mecanismos a través de los cuales ciertas autoridades son las encargadas de interpretar legítimamente el correcto alcance de las normas legales para

una aplicación generalizada y vinculante para todos los operadores de justicia, como es el caso de la Corte Constitucional.

El constitucionalista mexicano Ignacio Burgoa cree que "... la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley..."[180]

De acuerdo con lo establecido por el Artículo 436, numeral 6to de la CRE la Corte Constitucional tiene entre sus atribuciones expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales. Los jueces tienen la obligación jurídica de atenerse a los fallos jurisprudenciales de la Corte Constitucional porque proviniendo de la más alta corte de justicia del país dichas resoluciones informan con profundidad el alcance real del contenido de las normas jurídicas que deberán aplicarse por los jueces de instancia luego de un detenido análisis de conformidad con los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución.

Se ratifica las potestades de la CC en el Artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional el mismo que dispone que los parámetros interpretativos de la constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, otor-

180 Burgoa, Ignacio (1981). El juicio de amparo, México, Porrúa, 17a. ed., 1981, p. 819.

gando la potestad a la Corte para alejarse de sus precedentes anteriores.

5. Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia

La única fuente de derecho en este caso son los fallos de triple reiteración que no son otra cosa que las sentencias que por tres ocasiones la Corte Nacional de Justicia a través de las Salas de lo penal reiteran la misma opinión sobre un mismo punto de derecho.

Es el conjunto de sentencias dictadas por el más alto órgano de la función judicial, esto es la Corte Nacional de Justicia, a quien el Artículo 184, numeral 2do., de la Constitución le otorga la función de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, los mismos que de tramitarse de acuerdo a lo establecido en el Artículo 185, ibídem, y Artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, serán consideradas jurisprudencia de obligatorio cumplimiento por parte de todos los jueces.[181]

Esta jurisprudencia de la Corte Nacional está subordinada a lo dictaminado por la Corte Constitucional en función de que existen fallos expedidos bajo otras premisas constitucionales vigentes antes del 2008 que entran en franca contradicción con el

181 CODIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL: "...ARTÍCULO 182 Precedentes jurisprudenciales. Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio..."

sistema garantista de la nueva carta magna, incluso en fallos posteriores la Corte Constitucional puede afectarlos. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia deberá irse alejando de sus precedentes "de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia..." dice el Artículo 2 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Por otra parte, las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia tienen cierta relatividad en cuanto a su obligatoriedad debido a la ambigüedad en la redacción del Artículo 180 del COFJ que prescribe que serán obligatorias siempre y cuando no sean contrarias a la ley. Y debería además decir que no deben ser contrarias a los fallos de la Corte Constitucional que disponga una interpretación o aplicación diferente.[182]

6. La Doctrina y los principios generales del derecho

Elaborada generalmente por la dogmática penal ha servido como una fuente de interpretación de la ley penal positiva. La dogmática penal como fuente del derecho penal no ha tenido mucha relevancia hasta antes de la expedición del COIP pero a partir de su vigencia y el cambio de paradigma que conlleva, la dogmática, entendida esta como el trabajo de interpretación y reflexión jurídica que hacen los juristas de los textos legales, ha sido incorporada formalmente como una fuente indirecta del derecho en nuestro ordenamiento jurídico. La Doctrina penal es una fuente que aunque no es directa ni principal sin embargo es una fuente secundaria.

182 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. "...ARTÍCULO 180 Funciones. Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde:...Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial;..."

Con el mismo argumento que utilizamos para diferenciar las fuentes anteriores podemos asegurar que la doctrina penal tampoco crean delitos y penas sino que son exclusivamente opiniones y reflexiones jurídicas de reconocidos penalista pero que no obligan a nadie excepto cuando se trata de criticar leyes penales cuyas reflexiones constituyen opiniones orientadoras que pueden fundamentar reformas, interpretaciones, unificar criterios, y principalmente se utilizan para legitimar sentencias y resoluciones, en una buena cantidad de casos con dudosa fidelidad a las ideas de los autores referidos. El Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que "...Los principios generales del derecho. Así como la doctrina y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como para suplir la insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia...".

Este papel de complementariedad de la doctrina tiene su razón de ser porque generalmente todas las leyes, y en nuestro caso el COIP, no contienen en forma positiva la descripción y la definición de cada una de las instituciones que utilizan los jueces para administrar justicia. No está definido que es la culpabilidad, qué es la antijuridicidad, qué es el deber objetivo de cuidado, que es un error de tipo, error de prohibición, como se define a la conocimiento de la antijuridicidad, etc.

Lo que existen son los presupuestos mas no un sistema conceptual que evidentemente debe ser complementado incluso desde la perspectiva del modelo de teoría del delito que ha adoptado. A mi particular modo de ver, el COIP y el tratamiento del delito tienen un claro tinte finalista y es en base al desarrollo dogmático elaborado por este sistema que deberá orientar la decisión de los jueces. En materia procesal penal se invoca el mismo procedimiento, según lo estatuye el Artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.

7. Los Tratados Internacionales

Para que la normativa constante en un convenio o instrumento internacional sea fuente indirecta de derecho debe previamente haber sido incorporada al ordenamiento jurídico nacional a través de los mecanismos que contempla la ley. En materia de derechos humanos el art. 424 de la Constitución y todo el sistema de control constitucional incorporan los contenidos de los tratados internacionales de los derechos humanos a la legislación nacional por lo que los jueces y los sujetos procesales pueden acudir a la norma internacional de manera directa y exigir su aplicación. La Constitución y el bloque de constitucionalidad no es un sistema cerrado, terminado y rígido sino que permite una flexibilización en el proceso de incorporación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno con el consiguiente efecto jerárquico que tienen los principios constitucionales.

No obstante, recordemos que el principio de reserva absoluta de la ley penal excluye la existencia de otras fuentes de Derecho penal que no sea la ley. Los tratados internacionales no son en rigor fuentes del Derecho penal porque simplemente no pueden crear directamente tipos penales que incluyan sanciones privativas de libertad sino, por el contrario, contienen obligaciones de los Estados para establecerlos en el ordenamiento jurídico que corresponda a cada parte. Podrán en algunos casos establecer presupuestos de hecho de conductas penales porque no están direccionados a que sean directamente aplicables por los jueces de un país. Están direccionados a la actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional o la Convención Interamericana Contra La Corrupción, por ejemplo.

De igual manera, al ser el Ecuador parte de la Organización de Estados Americanos se somete a la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos cuyos fallos adquieren la calidad de jurisprudenciales y de obligatoria observación por parte de los administradores de justicia cons-

tituyéndose en fuentes indirectas del Derecho penal porque la fuerza vinculante de las resoluciones no es la penalización ni la determinación de la comisión de un delito de un individuo concreto sino proviene de una infracción a la normativa de la Convención Americana de los Derechos Humanos por parte del Estado parte y no de una persona física, aspecto que podría aplicarse a las resoluciones de otros tribunales internacionales.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

CAPÍTULO NOVENO

LA LEY PENAL Y LA INTERPRETACIÓN

I. Introducción

A lo largo de todo este trabajo hemos considerado a la teoría contractualista o del contrato social como línea de fundamentación del Derecho penal. En tal sentido y a consecuencia de esta hipótesis, el principio de separación de poderes es una herramienta útil para comprender los roles de los poderes del Estado para garantizar el equilibrio de una convivencia social que asegura el bienestar general. De tal forma que, la garantía de integridad del pacto de convivencia requiere de un proceso de tipificación de la ley penal realizada por el soberano representado por el legislador, mientras que es el poder judicial quien la debe aplicar en los casos concretos de infracción a la misma, en virtud del principio de legalidad. Pero la construcción de una normativa clara y precisa es un problema que venimos arrastrando desde la época del iluminismo liberal porque muchas de las veces no podemos exigir la aplicación del principio de legalidad cuando existe una vaguedad absoluta o relativa por la falta de precisión textual de la ley. Al ser el lenguaje un producto convencional la ley penal no escapa a la variedad de significados a que pueden dar lugar un texto legal a tal punto que terminan configurando

otra dimensión con el paso del tiempo o por cuestiones incluso de idiosincrasia cultural de un determinado país[183].

Impedir que el juez interprete la ley, como en los tiempos del liberalismo decimonónico, es algo de imposible aplicación porque la principal actividad del juzgador es precisamente interpretar la ley aun cuando sea claro su tenor literal debido a las múltiples posibilidades de solución que la norma penal puede proporcionar. Lo importante es verificar que esa interpretación judicial no traspase los límites que el respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales están establecidos en el ordenamiento jurídico general.

En forma previa a este breve estudio de la interpretación de la ley es necesario conceptualizar dos aspectos importantes de ella: la ley penal formal y la ley penal material.

II. Concepto de ley penal

Un concepto generalizado de Ley penal define a éstas como todas aquellas que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena

1. Ley penal formal

La Ley penal formal refriere a la forma de su expedición como indicativo válido de verificar el grado de legitimidad que posee La Ley penal es la manifestación del poder legislativo expresada a través de un procedimiento constitucionalmente previsto y revestido de todas las formalidades necesarias que exige la propia normativa. La ley es la única fuente directa del Derecho penal, en la jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de reserva legal

183 Hurtado Pozo, J. A propósito de la interpretación de la ley penal. Julio 1992 Nuevo Foro Penal, Nº 57 327Págs. 327 a 335. Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/rechava2,+Gestor_a+de+la+revista,+Derecho+penal+2.pdf el 9 de julio del 2022.

que la Constitución le otorga para el desarrollo de los mecanismos de protección penal de los bienes jurídicos reconocidos por aquella. Sin olvidar que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano otorga a la costumbre la calidad de fuente directa del Derecho penal en la justicia indígena.

2. La ley penal material

Es aquella que cumple todas las formalidades para su expedición y promulgación pero además su contenido debe estar acorde con la Constitución y los Instrumentos de los Derechos Humanos. En principio permite verificar que la ley no solo cumpla con las formalidades de expedición de la misma sino que su contenido no contradiga derechos fundamentales ni que configuren conductas delictivas que dogmáticamente no sean delitos. Tampoco deben contemplar penas desproporcionadas en relación al grado de lesividad causado, ni otras obligaciones abusivas y arbitrarias impuestas por el poder estatal que afecten derechos consagrados.

Los Artículos 132 a 140 de la CRE establecen el proceso formal de expedición de una ley, entre ellas de las que regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y aquellas que tipifican infracciones y establecen penas. De no observarse este procedimiento formal estas leyes carecerían de legitimidad. Pero igual déficit de eficacia tendrían aquellas leyes que de acuerdo al Artículo 424 CRE no mantengan conformidad con las disposiciones constitucionales. En estos artículos se resume el dualismo de validez de la norma penal en el ámbito formal y material.

III. La Interpretación de la ley penal

En relación a la etimología y polivalencia del vocablo interpretación, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos indica que proviene del latín interpretāri que significa, entre otras, " *1.tr.Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmen-*

te el de un texto... 8. tr. Der. Determinar el significado y alcance de las normas jurídicas..." a través de procesos intelectuales de razonamientos lógicos – cognitivos. En materia penal interpretar es comprender o averiguar el sentido y alcance de la norma para aplicarla a un caso concreto y en función de la construcción dogmática que le da sentido, como opina Bustos Ramírez[184] o como afirma Jescheck la interpretación "... significa comprender y hacer comprensible el sentido jurídico de un texto..."[185]. Conceptualmente, la interpretación es la indagación que hace el juez del verdadero sentido y alcance la norma jurídica en relación con el caso juzgado.

De estos adelantamientos conceptuales podemos afirmar varios criterios que rigen toda la teoría de la interpretación:

- Los tipos penales no son únicamente fórmulas abstractas establecidas en la ley para ser aplicadas automáticamente. Por lo tanto el objeto del proceso de interpretación son las normas jurídicas porque ellas son portadoras del sentido buscado. Para la resolución de casos concretos en materia penal el juez se encuentra imposibilitado de aplicar la ley en forma mecánica. Jamás el tenor literal de la ley ha agotado ni ha podido prever las múltiples e interminables posibilidades de que un hecho suceda de tal o cual manera. La justicia para cada caso implica una actividad intelectual del juzgador para analizar la ley penal, desentrañar su significancia aplicarla al caso concreto que se encuentra bajo su conocimiento.[186]

184 Bustos Ramírez, Juan (1987). Control social y sistema penal, Edi.PPU, Barcelona. Pág. 47. Recuperado del sitio http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/corona_a_la/capitulo2.pdf

185 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 27

186 Eduardo Ramón Ribas interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 111-164. Citando a García de Enteria: "... Pesea que «la instauración del Estado legislador, llevada a término por la Revolución Francesa, trajo la pretensión nueva de reducir el derecho aun conjunto sistemático y cerrado de normas

- Antes de aplicar la ley o la norma penal ésta debe ser interpretada previamente para fijar el alcance del texto de su redacción más allá de que su texto sea claro y preciso. No aplica la falacia del aforismo según el cual "lo que es claro no necesita ser interpretado" porque no es verdad que la norma clara no necesite ser interpretada.
- La interpretación es necesaria porque surge de la obligación de subsumir a ella casos concretos de resolución de los jueces penales. Claro que la interpretación, en un momento dado, no es una actividad exclusiva de los jueces sino tarea obligatoria que se concreta también en otras instancias como son las que se aplican en las actividades legislativas, jurisdiccionales a través de sus fallos de Corte Nacional de Justicia (Artículo 180 COFJ) y de Corte Constitucional (Artículo 427 CRE), por ejemplo.
- La interpretación es una actividad intelectual lógico – racional que busca encontrar sentido objetivo a la norma penal para la aplicación a un caso real. La interpretación se ha convertido en una teoría formal precisamente porque se ha descartado de plano que su contenido pueda ser personalizado de acuerdo a la forma de pensar o a los criterios jurídico-políticos discrecionales del juez. Muy por el contrario, la redacción de la ley es abstracta e históricamente se han ido adaptando diferentes métodos interpretativos aceptados por la dogmática penal y usualmente aplicado por los jueces en los casos particulares

---

positivas, (...) pronto se advierte que la tipificación de supuestos de hecho por el legislador no puede jamás agotar la variable y proteica riqueza de situaciones capaz de presentarse en una vida social cuya evolución nada detiene»15. Se hablará, a partir de entonces, del principio de primacía de laley, con lo que ésta se situará, jerárquicamente, en la cúspide del sistema normativo, de modo que ninguna disposición de inferior rango pueda oponerse a ella, pero reconociendo, al mismo tiempo, que habrá espacios de la vida social cuya reglamentación deberá ser ealizada por órganos distintos de aquel que representa a los ciudadanos16. Sólo en materia penal subsiste la exigencia de que la Ley sea la única fuente normativa..."

- Todos los vocablos, palabras, términos que utiliza la ley en su redacción textual admiten en más o en menos una variedad de significados. Solo las expresiones lingüísticas como números, cifras, fechas, cantidades, medidas no admitirían interpretación alguna. Como todo idioma, el castellano o español al ser utilizado como sistema simbólico de redacción de las leyes tiene generalmente conflictos de interpretación porque las palabras empleadas en la redacción de la ley son sujetas a múltiples significados que pueden alterar radicalmente el razonamiento lógico del juez al solucionar un caso.

- La interpretación de la ley penal utiliza los mismos criterios establecidos por la doctrina genera del derecho en cuyas discusiones se han generado diversas teorías de la interpretación en materia penal. Esto atendiendo a la exigencia establecida en el Artículo 28 LOFJ.

- Con relación a la importancia de la interpretación, más allá del texto legal, ésta pretende desentrañar los ámbitos de aplicación de la ley penal y para ello no se debe circunscribir a la claridad u obscuridad del texto sino a la dimensión social y jurídica que abarca su aplicación, a los límites de la interpretación. Pueda incluso que el problema se produzca a consecuencia de los cambios de la percepción social por el paso del tiempo o por empleos reiterados y frecuentes de un determinado significado que se contradice con el inicial.

- Todas las teorías de la interpretación siempre estarán delimitadas por el leguaje gramatical de uso corriente y diferenciado con el que está redactada el texto de la norma penal.

- Antes se sostenía que la interpretación debía exclusivamente averiguar la intención del legislador que creó en su momento la norma. En la actualidad toma posición la teoría por medio de la cual se despoja de la relación con el legislador que la hizo y se concentra en desentrañar el sentido objetivo que tienen la norma dada la imposibilidad de averiguar cuál fue

o cuál es la voluntad de un órgano colegiado como es el Legislativo en donde imperan intereses diversos que esconden una variedad de intencionalidades al momento de elaborar las leyes y porque además el contexto socio-político de la época ya no es el mismo.

La calidad de la justicia depende del grado de percepción y acierto que tenga el juez sobre las reales intenciones del legislador al momento de la expedición de la norma penal, percepción que depende del nivel de observancia de los derechos fundamentales de las partes procesales en el contexto de la época. La interpretación jurídica es una tarea de concordación entre la ley y las nuevas exigencias que demanda la sociedad evolucionada y transformada por los nuevos avances de la ciencia y la tecnología, que genera, a la vez, una nueva dinámica criminal.

En síntesis, la actividad de la interpretación de la ley es un proceso de comprensión de la misma cuando ésta no puede proporcionar la solución a un caso real sometido a resolución del juez[187]. El paso dialéctico entre lo teórico de la norma y la aplicación práctica de la ley penal, en un caso concreto, se logra a través de la interpretación de la misma, por ello "...una interpretación fiel a la ley debe garantizar que las resoluciones queden subordinadas a la voluntad colectiva expresada a través de la representación popular..."[188] con el objetivo de construir un sistema en el que prime la seguridad jurídica. Esto evidentemente implica que la esencia misma de la interpretación busca el mayor grado de fidelidad y futura verificación de la ley.

3. Clases de Interpretación

Desentrañar el verdadero sentido de la ley requiere la utilización de una serie de mecanismos de interpretación que han sido

187 García Cavero Percy. Ob. Cit. Pág. 283

188 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 161.

desarrollados por los pensadores jurídicos y acogidos por las diversas legislaciones penales del mundo.

Estos mecanismos son utilizados para resaltar ciertas particularidades de la ley penal para cuyo propósito resulta inútil utilizar un mismo mecanismo o método de interpretación porque resultaría insuficiente para el propósito que se plantea. Por ejemplo, un aspecto importante de la norma penal lo podemos extraer utilizando el método histórico o el método teleológico. Lo mismo podemos decir si utilizamos el método gramatical o el método sistemático. Cada cual es el más adecuado en función del propósito que tenga el intérprete de la ley.

Veamos algunas clasificaciones:

A. De acuerdo con su origen

i. Interpretación auténtica

Auténtica. Es la que realiza el propio legislador a través de dos mecanismos previstos en la ley y en la Constitución. El Artículo 120, numeral 6, de la CRE determina que una de las atribuciones de la Asamblea Nacional es expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, con lo que queda perfectamente claro que desentrañar el verdadero significado de la ley lo puede hacer directamente el propio legislador.

La segunda forma de interpretar la ley es que el mismo legislador, sin recurrir a la interpretación directa, lo hace de manera indirecta al incluir dentro de un mismo cuerpo legal el significado de determinados términos que utiliza el tipo o la norma penal. Por ejemplo, en el delito de homicidio culposo (Artículo 145 del COIP), delitos de tránsito (Artículos 377 y 378 del COIP), de lesiones (Artículo 152 COIP), se requiere que la conducta del sujeto activo haya infringido el *deber objetivo de cuidado*, el propio

legislador define lo que debe entenderse como tal en el Artículo 146 cuarto inciso del COIP.

ii. La interpretación judicial

Es la que realizan los propios órganos judiciales, o sea los jueces, en el momento en que van a resolver los casos que están en su conocimiento. Los jueces tienen amplios poderes interpretativos que le otorga la misma, potestades derivadas de la obligatoriedad de impartir justicia, sin excusas, en un caso concreto y determinado. Lo puede hacer valiéndose de otras fuentes del derecho como son las emitidas por la misma Corte Constitucional o la Corte Nacional de Justicia, así como de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo que fuere aplicable. Estas facultades se deducen del contenido del Artículo 28 de la Código Orgánico de la función Judicial.

iii. La interpretación doctrinaria

Es aquella que realizan los pensadores jurídicos luego de un trabajo de análisis y reflexión y que generalmente constan en sus trabajos científicos. Los juristas y los teóricos del Derecho penal expresan sus opiniones a través de los diversos trabajos científicos que encontramos en diversas publicaciones como libros y revistas. La apelación a la opinión jurídica de los doctrinarios del derecho se ha tornado una práctica muy frecuente, por parte de los jueces y juzgadores, porque encuentran argumentos muy reflexionados que ayudan a la solución de difíciles problemas jurídicos que los jueces encuentran en la resolución de los casos concretos.

Esta es una demostración que la teoría y la práctica deben permanecer unidas en procesos de retroalimentación que hace que la una no pueda separarse de la otra. No puede haber una confrontación entre ellos porque, como dice Manuel Vidaurri Arechiga, "...este divorcio carece de sentido ya que, en materia jurídica, las teorías están destinadas a servir a la práctica, y ya se sabe que una práctica carente de cientificidad no es más que la pobre

expresión del empirismo ramplón y leguleyo. Definitivamente, la interpretación doctrinal o privada contiene un importante valor orientador que mucho habrá de servir a quienes, por exigencias del principio de legalidad, deben sujetarse a los imperativos normativos..."[189]

B. Interpretación de acuerdo con los medios que se utilizan

i. Interpretación gramatical

Desde la época de la Revolución Francesa, y la legislación que de ella derivó posteriormente, la interpretación gramatical era de estricto cumplimiento por parte del juez. Éste no podía interpretar la ley, le estaba vedado en razón de la inmensa desconfianza que la ciudadanía tenia de los jueces[190]. Roxín[191] acusa a Montesquieu la famosa frase que dice que los jueces son "boca de la ley" por la cual se impedía a los jueces la actividad de interpretar la misma limitándose únicamente a la aplicación literal de la ley mediante la estructura de los silogismos. Y no podían hacerlo

189 Vidaurri Arechiga, Manuel. La interpretación de la ley penal (1998). Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México Libro completo en: https://goo.gl/LYyHpB

190 Cesare Beccaria, al igual que otros pensadores de la Ilustración pensaba que, apegado estrictamente al principio de la interpretación auténtica, decía a disgusto de la interpretación judicial que "...no hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones.....El espíritu de la ley seria, pues, la resulta de una buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas fuerza s que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre...". Ob. Cit. Pág. 26 – 27.

191 Roxín Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Pág. 147.

porque simplemente no eran legisladores ni creadores de la ley, los jueces no provenían de la voluntad popular y por tanto no podía interpretar algo que no habían elaborado ni participado en su discusión y en la aprobación.

La interpretación gramatical toma en cuenta el sentido literal o gramatical de las palabras que constan en el texto de la ley. Implica la realización de un análisis del lenguaje para descifrar el significado de los términos utilizados dentro de su sentido jurídico o del sentido común. En nuestro Código Penal esta interpretación la contiene el Artículo 4 del COIP.

Las dificultades que presenta este método son varias entre las cuales podemos considerar que la terminología jurídica empleada puede ser distinta a la del significado común que se le dé a una palabra. Pueden expresar o tener significados diferentes de acuerdo a los contextos o circunstancias en las que se encuentre. Incluso la misma ley puede definir un término lo que lo hace obligatorio el uso por parte del juez de ese significado.

Ferro Torres Guillermo[192]dice "...Los principales problemas a que ha de enfrentarse el intérprete jurídico tiene que ver con las ambigüedades, que se caracterizan porque el bloque normativo, en todo o en parte es plurisignificante las imprecisiones, que denotan inapropiado el uso del léxico y los juicios de valor innecesarios. Ocurre con frecuencia que el legislador tomando un rasgo factico por otro, plasme en formulas lo que no ha sido objeto de anticipación suya o, por falta de dominio del lenguaje condensen proposiciones que traicionan su tendencia volutiva, o que con simpleza, pese a estampar una rúbrica dotada de mayor claridad, ésta colisione con el resto de partes integrantes del orden jurídico..."

192 Ferro torres Guillermo (2011).Lección 7: Interpretación de la ley penal. En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.Pag.118 a 120.

La interpretación gramatical deber ser la prioridad dentro de las actividades del juez porque se encuentra fundamentada en el principio de legalidad por el cual las personas deben saber con precisión y certeza cuales son las conductas prohibidas por la ley, para con este elemento cognitivo orientar su comportamiento dentro del marco de convivencia social que aspira ese ordenamiento. Es un axioma jurídico penal la afirmación de que lo que no está escrito no existe, aseveración que busca reafirmar el efecto preventivo del Derecho Penal. La interpretación literal viene a constituirse en una garantía frente al poder punitivo del Estado porque la extralimitación de la interpretación literal caería dentro de analogías perturbadoras de los derechos fundamentales y propios de los Estados autoritarios.

En este contexto, la interpretación gramatical o literal, frente a las dificultades en su aplicación, debe necesariamente configurarse con otras metodologías para cimentar su legitimidad. Así el legislador cuando expide la ley crea, con el precepto textual de la ley, un marco de regulación que es completado y rellenado por el juez. Este marco de regulación contiene una interpretación del juez que necesariamente deberá someterse a estos cuatro aspectos analizados conjuntamente para que tenga validez:[193]

- El sentido literal del texto de la norma buscando el sentido más próximo o parecido de aquel que es objeto de interpretación.
- La concepción del legislador histórico que elaboró la ley.
- El contexto sistemático-legal en el que se ubica la norma que se interpreta.
- La finalidad con la que fue creada o expedida esa ley.

Los otros sistemas de interpretación que se integran con la interpretación literal son.

193 Roxín Claus. Ob. Cit. Pág. 49

ii. Interpretación sistemática

Parte de la premisa que las normas legales no permanecen en forma aislada e independiente del resto sino que existen vasos comunicantes que se dan sentido y armonía con todo el ordenamiento jurídico. Es aquella que busca el sentido de la ley a partir de su ubicación dentro de la misma ley y frente a otros preceptos buscando relaciones de coherencia con todo el ordenamiento jurídico para sacar sus conclusiones. Se busca distinguir con claridad el papel que la norma que interpreta tiene en el sistema jurídico y si este papel es afín o no a la finalidad de todo el sistema.

Por ejemplo, el Artículo 237 del COIP castiga la destrucción de bienes del patrimonio cultural. Pero no todo objeto debe ser considerado como parte del patrimonio cultural. El juez para decidir sobre un caso concreto debe primero determinar cuáles son los bienes que forman parte de aquel y el Artículo 379 de la Constitución describe taxativamente los bienes que pertenecen a este patrimonio, hecho lo cual debe subsumir a estas prescripciones el caso concreto que se encuentra juzgando. Como constatamos existe un contexto sistemático de la ubicación de la norma analizada en relación con la Constitución de la Republica y con los fines de protección, restauración, confiscación, expropiación, venta que establece para los bienes culturales nuestra carta magna.

iii. Interpretación histórica

Tiene que ver con las intenciones y razones originales que animaron a los legisladores históricos que crearon y expidieron la ley para a estructurar un cuerpo normativo en los términos que constan en la misma. Esta interpretación histórica subjetiva busca acudir a las razones del creador original de la ley para que en función de ellas interpretar la norma actual. Se recurre a todo el material legislativo de soporte como son las actas del Congreso,

exposiciones, prensa, opiniones que se registraron en esa época. Se vincula con la interpretación teleológica.

Siempre a existido la inquietud por saber si como producto de la interpretación histórica la finalidad descubierta de la norma penal (voluntad del legislador histórico: teoría subjetiva) debe prevalecer por sobre las exigencias del tiempo actual (voluntad de la ley: teoría objetiva). El desarrollo jurídico presente se ha decantado por la teoría objetiva de la interpretación porque la voluntad histórica que tenía el legislador que elaboró la ley puede que en la actualidad resulte obsoleta o desactualizada con los desarrollos sociales y conceptuales de la actualidad, por lo que se debe optar por interpretar la voluntad presente de la norma penal.

iv. Interpretación teleológica

Busca encontrar el fin que la norma jurídica persigue, el objetivo por el que fue creada la ley. Comienza averiguando los bienes jurídicos que la norma protege, tomando en cuenta las necesidades de la vida social y la conciencia ético social del momento histórico, y acto seguido deduce el significado de la norma que busca interpretar en función de la protección de aquellos bienes.

Con mucha objetividad Jescheck opina que "...el procedimiento interpretativo aparece coronado por el método teleológico porque solo él contribuye inmediatamente al verdadero objetivo de toda interpretación, esto es, poner de relieve los puntos de vista filosóficos y valorativos a partir de los cuales se desarrolla en última instancia el sentido legal decisivo. En el fondo, los otros métodos constituyen solo derroteros especiales que permiten acercarse al sentido de la norma..."[194].

La interpretación teleológica realizada por el juez penal debe tener en cuenta siempre los principios y valores contenidos en la Constitución de la Republica los mismos que constituyen límites

194 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 167

que no puede transponerse porque son los referentes obligatorios de toda legislación penal en relación con los bienes jurídicos objeto de protección del Derecho Penal.

Es necesario precisar que, cuando el sentido literal de la ley da lugar a varias interpretaciones y la aplicación de los otros métodos dan resultados dudosos, entonces la interpretación teleológica permite introducir valoraciones de la política criminal como un mecanismo, generalmente aceptado, de adaptar la ley a las necesidades y realidades del presente.[195]

C. Interpretación por sus resultados

i. Interpretación declarativa

Se produce cuando existe perfecta correspondencia entre la voluntad y la letra de la ley. Por ejemplo, el término arrendatario.

ii. Interpretación restrictiva

Se produce cuando la voluntad de la ley es distinta de lo que la ley literalmente expresa y en este caso debe atribuirse a los términos a los términos gramaticales un significado estricto. Limita el alcance y sentido de la norma. En otras palabras, quien interpreta la ley debe limitar o reducir el alcance demasiado extenso que contienen la norma para que se adecue a los casos a los que está destinada a regir. Las palabras de la ley desbordan la voluntad objetiva que tiene la misma ley por lo que quien interpreta debe reducir el significado delas palabras textuales de la ley.[196]

195 Luzón Peña, Diego-Manuel (2016). Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f. Buenos Aires. Pág. 111161 a 162.

196 Rainieri, Silvio. Manual de Derecho Penal. Pág. 78 a 79

iii. Interpretación Extensiva

Se da cuando el significado íntimo de la norma es más amplio que el tenor literal y en este caso se atribuye a las palabras un significado que rebasa su más amplia cobertura. Esta interpretación amplia el alcance y sentido natural de la norma, pero sin caer en un campo demasiado extenso como para que caiga en la analogía. De acuerdo con Quirós Pirez "...a interpretación es extensiva cuando la letra no expresa todo el contenido de la voluntad de la ley y es preciso dar a los términos empleados un significado más extenso que el estrictamente gramatical..."[197]

Sin embargo, en opinión de Jescheck, la interpretación extensiva en materia penal es válida y de mucha utilidad porque no se puede únicamente interpretar la ley penal al tenor puramente natural y gramatical porque no siempre garantiza la seguridad jurídica. Lo que siempre debe buscarse es la interpretación correcta y razonable. Si se rebasa el sentido de racionalidad en la interpretación entonces caemos en el campo de la analogía, prohibida en materia penal. Por ejemplo, un accidente por choque de dos embarcaciones pequeñas de pescadores en donde fallece uno de los tripulantes por mala maniobra. ¿Se podría interpretar como un accidente de tránsito y aplicar el Artículo 377 del COIP?

En síntesis, cuando el juez requiere una interpretación de la norma penal debe necesariamente comenzar por utilizar la interpretación literal por el supuesto aceptado de que para encontrar el verdadero sentido de la ley debe analizarse primero las palabras en forma textual. Así lo exige el principio de legalidad y la exigencia de verificar las extralimitaciones de los jueces desde un referente muy objetivo como las palabras textuales.

197 Quiros Pirez, Renen. Introducción a la teoría del Derecho Penal. Pág. 74

Para la aplicación de este tipo de interpretación extensiva Jescheck[198] cree que primero debe existir:

- Un error en la redacción del tipo penal
- El legislador utiliza palabras que resultan demasiado estrechas o reducidas a su voluntad porque no se podría aplicar a muchos casos.
- El tenor literal de la ley no coincida con la voluntad del legislador histórico que no visualizó a futuro nuevas circunstancias que dificultan la aplicación literal actual. Por ejemplo, caso del Artículo 199 que tipifica restrictivamente el abigeato a cuatro tipos de ganado.

iv. Interpretación progresiva:

Es aquella que se utiliza para interpretar la ley penal que no ha sido actualizada ni guarda armonía con los desarrollos científicos, sociales y culturales de la actualidad sin que esto signifique irse en contra de la voluntad de la ley ni de los fines del ordenamiento jurídico imperante.

Fernández Carrasquilla[199] afirma que los jueces, frente a leyes que son obsoletas, caducas y que el legislador no las ha actualizado debe reactualizarlas mediante una interpretación progresiva en el caso concreto a resolver, caso contrario sería darle las espaldas a un derecho de por sí dinámico y cambiante. Sin embargo este tipo de interpretación tiene muchas resistencias porque en Derecho penal rige el principio de legalidad.

198 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 168 a 171

199 Fernández Carrasquilla, Juan. Introducción al derecho penal: evolución de la teoría del delito. Pág. 106

v. La Interpretación *In dubio Pro reo*

Es una interpretación que se la usa en materia procesal penal y que se aplica cuando no se puede probar con hechos la culpabilidad o responsabilidad del acusado, así lo determina el Artículo 5 numeral 3 del COIP. Como el Derecho penal no refiere a hechos probatorios sino a cuestiones jurídicas en las que no se puede aplicar este principio porque, de ser así, estaríamos obligando al juez penal a elegir "...de entra varias posibilidades interpretativas de la ley, la que más beneficiara al acusado..."[200] lo que acarrea como consecuencia que el juez no escoja una interpretación correcta sino la que más favorezca al acusado, trastocando las finalidades de la justicia penal. El Artículo 13 del COIP no lo considera como método de interpretación.

En efecto, no es que el juez penal debe escoger la interpretación menos gravosa en favor del reo porque de ser así toda interpretación extensiva, que es válida, terminarían absolviendo al reo sin otra consideración que una simple aplicación de este principio. El *in dubio pro reo* tiene una aplicación procesal mediante la cual el juez penal, cuando existen dudas en cuanto a la suficiencia de la prueba acusadora, debe fallar a favor del procesado, es decir, no interpreta la ley sino lo que hace es valorar la prueba.

Fernández Carrasquilla, citado por "...En realidad, si todas las veces en que dudosa la voluntad de la ley se debiera escoger la más benigna, entonces habría terminado la interpretación: bastaría demostrar que respecto a una norma determinada es posible otra interpretación, para que entre la dos se debiera elegir la más benigna. En cambio, la interpretación tiene su razón de ser precisamente porque entre varios significados posibles no es verdad en absoluto que se deba preferir el más benigno; se

200 Jescheck, Hans (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. Pág. 165.

debe indagar exclusivamente cuál es la voluntad de la ley la que puede coincidir con el resultado más riguroso..."[201]

De tal forma que el entendimiento que existe al considerar el *in dubio pro reo* como una regla de interpretación de la ley penal es un error porque desnaturalizaría el Derecho penal. Se lo debe considerar como un instrumento para valorar la prueba en un caso particular y al momento de determinar la culpabilidad o inocencia del procesado.

4. Problemas de la interpretación de las leyes penales.

Los problemas que se producen alrededor de la ley penal deben a la actividad de la interpretación de la ley misma.

A. Erratas de imprenta

Se produce este problema cuando existe discrepancia entre el texto aprobado y el texto publicado. Normalmente estos dos textos deben coincidir plenamente pero a veces problemas de imprenta hace que se diferencien. Entonces el texto válido es aquel que se aprobó y no el que se publicó. De aplicarse el publicado, los efectos de una norma distinta no se verifican por cuanto vendría a ser una ley no aprobada.

B. Errores de redacción

La errata de produce no solo en los textos publicados sino también en lo aprobado oficialmente. El poder legislativo queriendo manifestar una idea lo ha expresado de otra forma. Es válido el texto aprobado hasta que una nueva ley reformatoria sea expedida.

201 Fernández Carrasquilla. Ob. Cit. Pág. 103

IV. La interpretación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal COIP

La actividad interpretativa que realizan los jueces se relaciona con la permanente búsqueda del sentido correcto de la letra de la ley para ser aplicadas a los casos concretos objeto de resolución. La redacción de la ley penal conlleva en el legislador la enorme responsabilidad de cumplir con el exigente principio de legalidad para que cumpla con los requerimientos de claridad, taxatividad y precisión. La interpretación limitada a lo que determina literalmente la ley implica la aplicación estricta del principio de interpretación restrictiva como garantía y exigencia del principio de legalidad.

Pero en esta actividad el legislador puede caer en dos vicios plenamente reconocidos por la dogmática penal: el primero, que exista obscuridad, vaguedad e imprecisión en la redacción de la norma penal; y segundo, que la norma penal no cubra situaciones parecidas y de igual gravedad por un faltante en la previsión del legislador para cubrir todos los casos en los que se puede aplicar una ley.

Frente a esta situación el juez no puede optar por aplicar mecanismos interpretativos, como la analogía, que vayan a vulnerar el principio de legalidad y como consecuencia de ello flexibilizar las garantías fundamentales de los ciudadanos, tendencia que a través de la historia del Estado moderno, se ha venido repitiendo constantemente bajo el pretexto de cubrir brechas de impunidad y de aplicar mano dura en contra de la delincuencia; política criminal que a la postre derivarían en Estados totalitarios, autoritarios violadores de derechos humanos que han amedrentado la legitimidad del Estado democrático de derechos.

Analizaremos brevemente los métodos de interpretación adoptados por el Código Orgánico Integral Penal vigente. Efectiva-

mente el Artículo 13 prescribe que las normas del COIP deberán interpretarse de conformidad con los siguientes métodos:[202]

1. Interpretación constitucional

Es decir, el juez penal una vez que ha constatado ciertas dificultades de aplicar la ley en forma literal, debe observar los presupuestos constitucionales en favor de las garantías que no menoscaben los derechos fundamentales. Implica la observancia al principio de legalidad y a toda la tabla de garantías formales y materiales constantes no solo en la Constitución sino en los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuyo contenido está incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno como normas de obligatorio cumplimiento.

En otras palabras, estoy en desacuerdo en la metodología utilizada por el legislador de priorizar aparentemente la importancia la interpretación constitucional de la ley penal sobre la literal. Es cierto que la interpretación de la ley no debe traspasar los límites que impone la misma Constitución, también es cierto que los jueces no pueden acudir a una supuesta interpretación constitucional de una ley que se encuentra perfectamente clara y precisa en su redacción literal. Hacerlo de este modo justifica mi desacuerdo debido a que el ejercicio interpretativo de la ley debe partir una vez que el juez, en el caso concreto, no pueda

202 Art.13 del COIP: "...Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:
1. La interpretación en materia penal se realizara en el sentido que más se ajuste a la constitución de la republica de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretaran en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites delos presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos..."

superar el escollo que significa una ley mal redactada, o muy abierta, imprecisa y obscura.

Dar paso a una interpretación constitucional directa estaríamos entregándole al juez funciones de valoración de la ley que no le corresponde, y por esa vía, aplicar la ley fuera de los límites y del alcance del tenor literal de la misma con lo que afectaría el principio de seguridad jurídica de la ley penal. Se facultaría la juez ir más allá del contenido de la ley penal. Con mucha cautela Binder[203]173 advierte que la interpretación constitucional no puede servir para incluir un caso que no surge de la interpretación literal.

La interpretación constitucional o teleológica sirve cuando el juez penal encuentra en la ley vicios sobre la claridad, certeza, precisión y validez material en su contenido, verificando por ejemplo, que la construcción del tipo penal que pretenda aplicar no se encuentre redactado en términos que violen claramente los límites protectores de los principios y garantías constitucionales. La interpretación constitucional devienen en necesaria cuando previamente existe un problema de interpretación literal o gramatical, no cuando la ley siendo literal y perfectamente comprensible y el juez quiere darle un alcance distinto.

2. El método de interpretación literal o gramatical.

Se encuentra desarrollado en los párrafos anteriores y es aquella que el juez debe utilizar en primer lugar antes de la interpretación constitucional, aunque la redacción del Artículo 13 del COIP no signifique un orden de prelación en los métodos de interpretación sin embargo la dogmática y la doctrina penal determinan que no es recomendable y aconsejado que el juez penal utilice directamente la interpretación constitucional antes que la interpretación gramatical. De darse este caso, el peligro latente es que priorizar la interpretación constitucional por sobre la literal

203 Binder Alberto. Ob.Cit. Pág. 229.

genera inseguridad jurídica porque el Derecho penal estaría sometido a las imprecisiones propias de una norma de carácter general principal como es característica de la norma constitucional que además no contiene definiciones ni tipos penales que por el principio de legalidad aseguran un poder punitivo limitado frente al potencial Estado autoritario que podría configurarse. Los regímenes penales nacionalsocialistas y las dictaduras civiles y militares en Latinoamérica se inclinaron por este tipo de interpretación de la ley penal.

3. Prohibición del sistema de interpretación por analogía

Este principio interpretativo es el más problemático y del que más cuidado debemos tener si queremos garantizar eficazmente los derechos fundamentales. En efecto, el COIP descarta la adopción del sistema interpretativo de la analogía por las siguientes razones:

- Porque crea infracciones penales;
- Porque amplía los límites de los presupuestos legales que permitan la aplicación de una sanción o medida cautelar;
- Porque establece excepciones o restricciones de derechos.

Esta técnica interpretativa surge por la evolución y el desarrollo permanente de la sociedad a la que el Derecho penal le sigue con mucha distancia porque no puede prever ni evitar circunstancias futuras, incluso presentes, que la ley no supo anticipar. Cuando un juez pretende aplicar la ley penal aun caso concreto sin que el presupuesto de hecho esté contemplado por la norma de forma taxativa tomando como referencia un caso similar, está haciendo analogía y este procedimiento está proscrito por el ordenamiento jurídico de la mayoría de países.

No se puede utilizar casos análogos para subsumir hechos que la ley no los contempla literalmente a pretexto de suplir vacíos

de impunidad porque precisamente esos vacíos deben ser cubiertos por una ley elaborada por el legislador. El juez no puede crear tipos penales a través de interpretaciones analógicas porque contradice el principio de legalidad y todas las garantías que tiene este principio.

Es muy entendible que el principio de seguridad jurídica quedaría seriamente afectado de aplicarse la analogía como una forma de interpretación. Vicente Martínez, citado por Ramón Ribas dice "...si el juez pudiera castigar como delito una determinada conducta no incriminada por la ley penal, amparándose en la semejanza existente entre dicha conducta y otra u otras sí tipificadas, se convertiría en legislador, invadiendo sus competencias y el ciudadano quedaría inerme ante el poder judicial..."[204]. Y reafirma expresando que la analogía no es una forma de interpretar la ley sino una manera de crear leyes o tipos penales por parte de jueces y tribunales. Algo no permitido por los peligros que conlleva a la libertad de los ciudadanos "...y a la posible tergiversación que de la voluntad del legislador hicieran los jueces..."[205] Consecuente con esta línea, el Artículo 13 del COIP acepta únicamente la existencia de la Analogía in *malan partem* y la Analogía in *bonam partem*

4. Prohibición de la analogía in *malan partem.*

- El legislador intenta establecer un conjunto de restricciones a la condenable práctica de los jueces de interpretar la ley bajo apremio de combatir la impunidad de determinadas conductas aparentemente delictivas. La analogía consiste en aplicar la

204 Ramón Ribas, Eduardo. Interpretación extensiva y analogía en el Derecho Penal. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 128 – 129.

205 De Vicente Martínez. El principio de legalidad penal, Valencia 2004.

ley a casos no supuestos en ella pero muy similares a los que describe la norma penal.

- La limitación a esta tendencia de los jueces obedece a que existen casos similares a los contemplados en la ley penal pero que la ley, a disgusto del juez, no los penaliza. El juez no puede a pretexto de cubrir estas lagunas de impunidad que deja la ley, extender el ámbito de aplicación de la norma penal a un caso que no contempla la misma porque, de actuar de esta manera, el juez se estaría arrogando funciones de legislador al crear, con su interpretación, nuevos tipos penales.

- Las lagunas de impunidad deben ser cubiertos por el legislador a través de los mecanismos de reforma legal establecidos en la Constitución y la ley. El juez por medio de la interpretación analógica no puede crear nuevos tipos o infracciones penales, ni ampliar los presupuestos legales ni establecer restricciones o excepciones de derechos.

Por ejemplo: Un juez se enfrenta con el caso de robo de 100 conejos de un criadero y considera justo subsumir esta conducta a la hipótesis del Artículo 199 COIP que tipifica el delito de abigeato. Este delito, de acuerdo con el tipo penal, sanciona a la persona que se apodere de ganado caballar, lanar, vacuno porcino con una pena de uno a tres años. Si se interpreta literalmente el Artículo199 constataremos que no contempla dentro de los presupuestos de hecho el apoderamiento de conejos. Si el juez en su afán de no dejar impune este ilícito impone la pena utilizando este tipo penal estaría realizando una interpretación analógica porque extiende los límites de los presupuestos de la ley a un hecho que no está contemplado en la misma. Por más injusto que pueda parecer el juez no puede proceder como si fuera un legislador a quien se le ocurrió incluir en el Artículo 199 del COIP al ganado de "conejos" como objeto de protección. Esta actividad corresponde al legislador, no al juez.

Otro ejemplo que se nos ocurre podría ser el caso del derecho de impugnación que tiene todo procesado por cuyo ejercicio el juez superior no podrá empeorar la situación del recurrente (Artículo 77 numeral 14). La norma constitucional es clara pero los jueces de lo penal aplican el Artículo 5 numeral 7 restringiendo el derecho del impugnado a la eventualidad de que el Estado, representado por el fiscal, no interponga también el mismo recurso. El ejercicio legítimo de un derecho y los beneficios que reporta la Constitución no pueden ser desvalorado ni restringido por la norma legal del COIP a sabiendas que mediante una interpretación constitucional o teleológica prevalecería el principio consagrado en la Constitución. Es otro caso de interpretación analógica de la ley que el juez aplica para incluir (no excluir) casos de restricción de derechos que contempla la ley, en este caso el Artículo. 5 numeral 7 del COIP.

- Sea cual fuere el compromiso político de los jueces, éstos no pueden ser utilizados como instrumentos de política criminal para reducir o eliminar las tasas de criminalidad en el país. Tampoco deben obedecer sus decisiones a las urgencias gubernamentales por mejorar la imagen de desempeño que tienen frente a la población o frente al Estado, interpretando la ley en el sentido más favorable al poder punitivo o a las políticas criminales implementadas por órganos disciplinarios como el Consejo de la Judicatura. Si de fallos absolutorios cuestionados se trata los jueces deben justificarlos en sus decisiones aludiendo a las falencias legales que deben ser cubiertas por el legislador.

5. Permisión de la analogía in *bonam partem*

Es la interpretación que no perjudica al procesado sino que lo beneficia aunque adolezca del mismo vicio de la analogía *in malam partem* como es el presuponer supuestos que no contempla la ley. ¿Cómo se soluciona este problema?

El principio de última ratio, por el cual el Estado utiliza la violencia legítima y excepcional frente a un quebrantamiento de la ley se evidencia en la actividad tipificadora del legislador al redactar tipos penales sancionatorios. También lo aplican los jueces en sus resoluciones cuando minimizan la aplicación de esa violencia solo para casos extremos. Pero los jueces no puede crear por si solos cláusulas de exclusión de culpabilidades porque violaría el principio de legalidad. Sin embargo sus decisiones pueden disminuir y beneficiar al procesado apelando a una interpretación limitada por los principios constitucionales.

Así como el principio de legalidad prohíbe toda interpretación analógica, el principio de ultima ratio del Derecho Penal propende un uso beneficioso de la analogía para el procesado: la analogía *in bonam partem* que es la utilización de la analogía (casos parecidos o semejantes) para crear causas de justificación, exculpación o eliminación de la culpabilidad penal, como una aplicación del principio de última ratio del Derecho Penal.

Por ejemplo, según el Artículo 372 del COIP el juez puede imponer al infractor de transito una pena natural consistente en penas no privativas de libertad o simplemente no imponerle una pena cuando las víctimas sean sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. ¿Podría el juez actuar conforme a este artículo si la víctima es su pareja del mismo sexo con la que viven en unión desde hace varios años? Este caso puede solucionarse si el juez penal interpreta la ley en base a los principios constitucionales protectores de la familia en el sentido del Artículo 67 CRE, que reconoce a la familia en sus diferentes tipos, pudiendo considerar que la pareja fallecida del mismo sexo, formaba con el infractor una familia cuya característica se asemeja a lo establecido en la norma constitucional.

V. Ejercicio práctico de interpretación de la ley penal

Tomado del libro "Principales teorías de la interpretación de la Ley Penal" pp. 51-58. Trejo Escobar, M. A. A su vez el autor indica que fue tomado de García Amado, Juan Antonio: "Interpretación y Argumentación Jurídica", Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador, págs. 145 a 151.

Caso 1: Interpretación de la ley penal.

"...IV. La argumentación interpretativa

Veamos con un ejemplo cómo puede procederse con argumentos interpretativos en una norma cuyo enunciado es el siguiente: 45 "Para ingresar a las recepciones en la Casa Real será obligatorio para los varones el uso de corbata".

Como invitados se presentan los siguientes casos:

(1) un sujeto con corbata normal;

(2) un sujeto con corbatín;

(3) un sujeto con camisa, sin más;

(4) un sujeto descamisado, sin más;

(5) un sujeto con corbata en la que se lee la inscripción "Abajo la monarquía"; y,

(6) un sujeto descamisado, pero con corbata.

Observemos que hay tres casos claros: (1), (3) y (4).

El caso (1) porque cae en el núcleo del enunciado normativo que impone llevar "corbata". Llevar puesta una corbata normal supone cumplir con el supuesto de la norma. Quien diga que el sujeto incumple califica el caso de manera contraria a la ley. Los casos (3) y (4) caen fuera de la referencia de la expresión "uso de corbata". Tanto el que lleva camisa, pero sin corbata (3),

como el que va descamisado, sin más (4), incumplen la obligación de llevar corbata.

El caso (2) admite argumentos contrapuestos puede considerarse que quien lleva corbatín cumple la obligación de "usar corbata" como que no la cumple. ¿De qué dependerá el sí o el no? De la interpretación del término "corbata". Lo que hace que una interpretación (y la consiguiente decisión de ella dependiente) sea más convincente o menos convincente es la calidad de los argumentos con los que se justifique. Una interpretación extensiva trata como corbata el corbatín del caso (2). Una interpretación restrictiva sólo trata como "corbata" el caso (1). El diccionario define "corbata" como "tira de seda o de otra materia adecuada que se anuda o enlaza alrededor del cuello, dejando caer los extremos". Tal objeto es el que acogemos bajo (1). Interpretado así el término "corbata", ¿sería corbata el corbatín (2)? El Diccionario de la Real Academia define corbatín como "corbata corta que sólo da una vuelta al cuello y se ajusta por detrás con un broche, o por delante con un lazo sin caídas".

Con tal definición, no parece descabellado sostener que quien acuda a las recepciones con corbatín también cumple la norma aun restrictivamente interpretada, pues el corbatín es una especie de corbata. Quien apoye tal solución, hará hincapié en los elementos comunes entre corbata y corbatín. Quien la combata, recalcará los elementos diferenciadores apreciables en la definición. En una interpretación extensiva de "corbata" se debe entender, por ejemplo: toda prenda que cierre o tape el frontal superior de la camisa y tenga un sentido de formalidad. A tal definición contarían también como corbatas, los corbatines. Quien combata estas últimas posibilidades deberá elegir entre una de las vías que acabamos de señalar. Si hacemos una interpretación extensiva de corbata también se puede acudir a las recepciones en la Casa Real con corbatín. En cambio, si tomamos la interpretación restrictiva, resulta que no se podría acudir a tales recepciones con corbatín.

Todavía cabe otra vía no propiamente interpretativa para justificar la respuesta positiva. Es la del argumento analógico. Diríamos respecto de (2), por ejemplo: que aunque la norma obliga a ir con corbata, y aunque una corbatín no es una corbata, dado que el fin de la norma es que quienes acudan a las recepciones vayan vestidos con formalidad, y dado que el corbatín es una prenda que reviste tanta o más formalidad que la corbata, está justificado extender al corbatín el trato que la norma menciona para el llevar corbata. En suma, en el caso del corbatín (2) se puede determinar que va a las recepciones correctamente quién lo lleva, con base en uno de estos dos argumentos: a) un argumento interpretativo haciendo una interpretación extensiva de "corbata". En tal caso se dirá que, así interpretado "corbata•, el corbatín es un tipo de corbata: y, b) un argumento analógico consistente en sentar que, aunque un corbatín no es una corbata, puesto que ninguna norma dice nada sobre si se puede ir o no con corbatín (hay una laguna), y puesto que, a tenor del fin de la norma un corbatín equivale a una corbata, el permiso que rige para las corbatas se aplica también al corbatín. En el caso (5), el sujeto lleva puesta una "corbata" y alega que tiene derecho a asistir a la recepción real y los encargados de la entrada dicen que no.

El primero dice que la única condición es llevar corbata y que él cumple esa condición. Los otros dicen que esa corbata no es apropiada y él responde que la norma habla simplemente de "corbata" sin poner cortapisa a ningún tipo de ellas ni establecer diferencias. ¿Se pudiera dar la razón a los porteros? Sí, es posible, con el argumento de reducción teleológica que se emplea para hacer una excepción en un caso que semánticamente es subsumible bajo el tenor literal del enunciado normativo. Se considera que con base en la finalidad que explica y da sentido al enunciado normativo es "lógico" y adecuado hacer tal excepción en un caso puntual. Si respecto del enunciado normativo establecemos que la finalidad de que se obligue a ir a las recepciones reales con corbata es la de que los invitados expresen con su atuendo una actitud de respeto y consideración.

Pues bien, sentada tal interpretación teleológica, quien lleva la corbata del caso (5) no sólo no expresa con ella tal respeto y consideración, sino que con su inscripción da muestras de lo contrario, y por ello no debe entrar con tal corbata. Una manera de contrarrestar este argumento es atacar la interpretación teleológica argumentando que hay mejores razones para considerar que el fin de la norma no es el mencionado, sino otro, como por ejemplo, que exista uniformidad entre los asistentes a las recepciones, que los asistentes no muestren desnudas partes de su cuerpo.

Entonces, si el fin fuera ese o algún otro semejante, la excepción no se justificaría. Un caso más extraño que nos permite ver cómo juega otro argumento que justifica excepciones o pone en su justo sitio lo que significa el respeto al tenor de la ley, será el caso (6): alguien acude a la recepción real llevando anudada al cuello una corbata normal, pero sobre su torso totalmente desnudo. El sujeto podría alegar que se atiene a la dicción que obliga a ir con corbata, pero que nada dice que haya de portarse ni una sola prenda más. Se le puede replicar para impedirle el paso, primero, con un argumento lingüístico, según el cual el uso de los términos en los enunciados jurídicos nunca es descontextualizado, sino contextual! en un doble sentido: en el sentido de que no hay que leer y aplicar tales enunciados aisladamente, sin atender a los demás enunciados del ordenamiento jurídico; y en el sentido (especialmente pertinente aquí) de que toda expresión tiene y se usa -salvo que expresamente se indique lo contrario- con las implicaciones y presupuestos con que habitualmente se emplea en nuestro lenguaje.

Porque cuando a alguien le preguntamos antes de salir de casa "¿qué te parece si voy con corbata?, nuestro interlocutor siempre va a entender que es corbata sobre la camisa y no sobre el torso desnudo. El segundo argumento para atacar la pretensión del su jeto es el de la reducción al absurdo (argumento ad absurdum). Consiste en alegar que si entendemos la norma tan "al pie de la letra" se convierte en un perfecto sin sentido, y que ni

podemos suponer que el legislador que la dictó pueda querer semejante disparate ni podemos concebir un ordenamiento que albergue normas tan tontas o permita aplicaciones de las mismas tan contra intuitivas. Porque si prescindimos de toda "implicatura", resultarían cosas tan chuscas como que, a tenor de la norma que dijera "Prohibido hablar en voz alta en el cine", sí se podría cantar..."

CAPÍTULO DÉCIMO

ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

I. Introducción

El ámbito de validez temporal y espacial de la ley gira en torno a la potestad que los Estados tienen y que en tiempos pasados pretendieron hacerla de uso exclusivo como expresión de la soberanía estatal. Era la potestad del Estado de juzgar y ejecutar lo juzgado por los jueces y tribunales del propio país en las infracciones cometidas dentro del territorio nacional.

El interés por el análisis de estos ámbitos de aplicación de la ley penal tiene que ver con el papel reservado al Derecho penal como instrumento limitador del poder punitivo del Estado en escenarios en donde el territorio físico con el territorio jurídico no coincide, y por tanto, entender cuáles son los principios que regulan hechos antijurídicos cometidos fuera del territorio físico del Ecuador que pretenden sean conocidos y juzgados por la jurisdicción nacional. También se centra el interés en verificar cuáles son los efectos de la ley penal sobre el procesado y sobre el condenado frente a leyes penales más benignas o más perjudiciales expedidas que antes, durante y después del delito cometido. Finalmente, es fuente de nuestra preocupación los casos cuya forma de juzgamiento vienen a ser una suerte de

privilegios procesales que l3es impiden que se les aplique la ley penal, o que se les conceda un tratamiento más retardado de la ley y finalmente se encuentran las prerrogativas que tienen ciertos funcionarios para que les juzguen jueces de más alto rango y categoría.

Los problemas generados en relación al tiempo y espacio de ejecución del hecho delictivo pueden ser superados, no de manera independiente ni exclusiva por la legislación nacional, sino por el tratamiento conjunto y muy íntimo con el derecho internacional humanitario y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, escenarios en los que la conciencia mundial consagra principios y normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros de la comunidad internacional y que están orientados a solucionar problemas que puedan acarrear impunidades inadmisibles para la sociedad. Problemas como los derechos frente a infracciones cometidas en territorio nacional o extranjero, por nacionales o extranjeros, enjuiciados o no. Ya no se pueden imponer respuestas jurisdiccionales arbitrarias de cada país porque existe un ordenamiento jurídico internacional que sirve como baremo para el control de calidad de las legislaciones nacionales.

II. Ámbito Temporal de la Ley Penal.

Las leyes penales, como todo producto humano, son relativas en el tiempo. Es decir, puede cambiar antes, durante y después de cometido el delito. Cambio que puede darse desde una reforma que modifica el tipo penal y la pena hasta la total eliminación del delito y la sanción. Entonces, el ámbito de aplicación temporal de la ley penal responde a la pregunta sobre si la ley penal puede regir para juzgar hechos cometidos antes de su vigencia o si se puede imponer una pena no contemplada al momento del acontecer delictivo sino introducida por una reforma legal posterior.

La respuesta a estas interrogantes tiene mucho que ver con la aplicabilidad del principio de legalidad inserto como norma constitucional que se garantiza la aplicación del aforismo *nullun crimen nulla poena sine lege previa*, no existe delito ni se puede imponer una pena sin la existencia de ley penal previa.Es decir, no es factible la aplicación de las leyes penales en forma retroactiva al momento en que se cometió el ilícito, aunque excepcionalmente se aplica si la ley posterior beneficia los intereses del procesado o condenado, constituyéndose en un principio limitador de la actividad jurisdiccional penal.

En resumen, las leyes penales con el tiempo cambian o se extinguen de acuerdo con las necesidades de la vida social que generalmente marcha paralelamente a los desarrollos normativos que igualmente experimentan cambios y resultados. Este proceso de creación de nuevas leyes se produce bajo tres supuestos distintos:

- Cuando se expide una ley que crea nuevos tipos penales que antes no eran típicas.
- Cuando una ley nueva deja de considerar delictiva una conducta delictiva (que deja de ser punible)
- Cuando una ley nueva varía/modifica la pena o la medida de seguridad en la conducta típica.

El problema que surge es determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo en relación con la aparición de nuevos tipos penales y con la desaparición de conductas típicas que deja de ser punibles. Para ello se recurre al principio general y a las excepciones que se aplican en estos casos:

1. El principio general de irretroactividad de la ley penal

La ley penal rige desde el tiempo de vigencia hacia adelante, hacia el futuro. La nueva ley debe regir para los casos que se

producen en forma posterior a su entrada en vigor y no para aquellos que ya sucedieron con anterioridad a la fecha de su promulgación.

Este principio derivado del principio de legalidad prescribe que las leyes penales se aplican a los hechos producidos después de su entrada en vigor (lex previa). En la Constitución de la República de Ecuador el principio de irretroactividad de la ley esta estatuido en el Artículo 76 numeral 3ero, y se aplica con respecto al presupuesto de hecho y a la pena, así como a otras cuestiones accesorias del mismo (se refiere a ciertos aspectos sociales, laborales, administrativos).

Para la aplicación de este principio es importante saber el tiempo de comisión del delito porque la doctrina ha considerado que la infracción se comete desde el momento de la ejecución del acto o en el momento en que debía realizarse la omisión o resultado no impedido.

El Artículo 16 del COIP determina la existencia de tres reglas que rigen el ámbito temporal de aplicación de la ley penal:

- Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de la comisión.

- Se aplicará la ley posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.

- El ejercicio de la acción penal y las penas prescribirán según lo determinado por el COIP

- Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho concusión, enriquecimiento ilícito, las acciones legales por daños ambientales, los delitos contra la integridad sexual y reproductivas cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes son imprescriptibles tanto en la acción

como en la pena. Así lo determina también el Artículo 16 numeral 4 del COIP en concordancia con el Artículo 233 de la Constitución de la República.

2. Excepciones al principio de irretroactividad de la ley

Existen varias excepciones en donde el principio de irretroactividad de la ley no se aplica necesariamente debido a razones de política criminal y en función del principio pro homine o de humanidad.

A. Se aplicará la ley penal posterior más favorable al reo

La retroactividad de la ley penal puede ser una excepción siempre y cuando esa ley sea más favorable al reo o al procesado. La retroactividad de la ley penal más favorable al reo se fundamenta en la exigencia de la justicia de no continuar aplicando o ejecutando una pena excesivamente severa, desproporcionada e injusta para hechos que ya no se consideran delitos, o cuando la ley posterior ha reducido la pena de un delito determinado. Porque es injusto mantener una pena que ya no es necesaria para los fines de prevención general por la que fue impuesta.

El principio de la irretroactividad de la ley es aplicable a todos los ámbitos del derecho, incluido el penal, y está contemplada bajo el principio de favorabilidad, en el Artículo 76 numeral 5to de la CRE y el Artículo 5 numeral 2 del COIP. En caso de conflicto entre dos leyes que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción, y que en caso de duda se aplicara la más favorable al reo.

Donna fundamenta el principio de irretroactividad y la excepción al mismo (que no considera una excepción sino una aplicación correcta del principio constitucional de la dignidad humana) cuando menciona que "...La retroactividad en casos en que lo

beneficia, tanto durante el proceso como durante la condena, no es una excepción al principio, sino que es una deducción lógica de la idea de que se protege la autonomía del sujeto y todo lo que atente contra ella. Pues bien, la ley previa tiene como función que el sujeto, como se dijo arme su proyecto de vida en base a derecho, sabiendo qué es lo ilícito. De esta manera, si el Derecho decide que una conducta no es punible o cambian las condiciones de punibilidad en su favor, no puede el derecho mantener la prohibición para un grupo de personas y para otros no, de manera que se cree una desigualdad en cuanto al modo de vida elegido..."[206].

B. Se aplicará la ley procesal penal más favorable al reo

No siempre la ley posterior es más favorable al reo. Por el contrario, en una época en donde la sociedad exige más severidad en la tipología penal, la ley posterior puede ser más severa incrementándolas penas o incrementando las circunstancias agravantes de un delito, o cambiando las reglas del proceso penal que dificultan la defensa de quien está siendo procesado o va a ser procesado por un hecho anterior a la expedición de la ley.

En este sentido la Corte Constitucional en Sentencia No. 3393-17-EP/21[207] dice: "...De ahí que está vedada la interpretación literal aislada y esta debe ser complementada con una interpretación sistemática de las normas constitucionales, así como con el principio constitucional de interpretación pro persona27. En atención a dicho principio, el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que "[...s]i hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más favorez-

206 Donna Edgardo. Ob. Cit. Pág. 410

207 Corte Constitucional. CASO No. 3393-17-EP SENTENCIA No. 3393-17-EP/21. Rescatada del sitio http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiNWVjZDA3My01MGNhLTRiMjYtYmRkZC01YzM4NDBjYjk1NDAucGRmJ30=

ca los derechos de la persona" 28. A la luz de lo expuesto, el principio de favorabilidad está estrechamente vinculado con otro principio del proceso penal, como es la interpretación más favorable a la persona procesada en casos de duda29, el cual tiene fundamento en el principio constitucional de interpretación pro persona. 48. De ahí que, es posible también interpretar el principio de favorabilidad contenido en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución en el sentido de que éste no se limita a cuestiones sustantivas relacionadas con la conducta punible o la sanción, sino que "[...] su alcance trasciende a aspectos procesales y de ejecución" 30 (énfasis añadido). En consecuencia, también cabe la aplicación del principio de favorabilidad en el caso de dos disposiciones que se encuentren vigentes al mismo tiempo, pero que contengan una regulación distinta respecto de un determinado aspecto sustantivo, procesal o de ejecución..." (El subrayado es nuestro)

En resumen, siguiendo con la línea interpretativa de la Corte Constitucional en los casos señalados antes la norma más favorable pueda aplicarse incluso si ésta ha sido promulgada de forma posterior a la comisión de la infracción, lo cual supone una excepción al principio general de irretroactividad de la ley penal.

C. Problemas en la aplicación del principio de irretroactividad

En los dos primeros supuestos arriba mencionados el principio de irretroactividad de la ley no presenta complicaciones, pero no deja de ser cierto que en el caso de la modificación de los mínimos y máximos de la pena puede afectar el cómputo de ésta en los procesos en los cuales deban sumarse estos límites para la determinación de la sanción. En esta situación se aplicará la ley más favorable.

Un segundo problema que potencialmente encontremos en nuestra legislación es la alusión que hacen los Artículos 76 numeral 5to de la CRE y el Artículo 5 numeral 2 del COIP, a la apli-

cación de la "ley más favorable". La duda surge cuando una de ellas ya está derogada o no está vigente. La correcta aplicación debe dirigirse por considerar aplicable la ley derogada en beneficio del procesado o condenado, caso contrario sería inaplicable el principio de retroactividad de la ley. Por ejemplo, en los casos en los cuales se formula cargos en contra de una persona por un delito cometido antes de la vigencia del COIP. Si ese delito contemplaba una pena inferior a la actual fijada por el COIP se debe aplicar la pena menor que fija el Código Penal anterior que ya está derogado

Un tercer problema puede surgir sobre la conveniencia de la aplicación de multa y pena, en los casos en los cuales la reformada ley cambia la imposición de una pena privativa de libertad por la imposición de una multa económica que resulte demasiado onerosa para el condenado generando dudas en cuanto a considerar si es más beneficioso acogerse a la multa onerosa o, en su defecto, pagar la pena.

Finalmente, en relación con las medidas de seguridad (Artículo 76 del COIP) al ser impuesta con independencia de la culpabilidad del infractor, igual beneficiario del principio de legalidad, la retroactividad de la ley debe ser aplicada únicamente cuando la nueva ley elimina la existencia del delito por el que fue impuesto la medida de seguridad o cuando mejora sus condiciones de cumplimiento.

III. Ámbito espacial de la ley penal

Por el principio de soberanía de los Estados la potestad punitiva del mismo no debe ejercerse fuera de su ámbito territorial sino dentro del límite impuesto por el orden jurídico que describe las fronteras patrias. Significa la pretensión de una legitimidad penal para que el Estado intervenga en la resolución de conflictos delictivos cometidos dentro del ámbito de su competencia dada por factores como la nacionalidad del autor, del ofendido y del Estado en donde se cometan las infracciones.

La relativa capacidad de movilización de los infractores de la ley para traspasar fácilmente las fronteras de varios países y frente a la delincuencia internacional organizada cuyas actividades ilegales tienen efectos lesivos en el ámbito territorial de varios estados crea la necesidad de establecer reglas de cooperación interestatal otorgando capacidad a las autoridades de cada país para que puedan investigar e intercambiar datos que en forma independiente jamás los podrían obtener.

En resumen, el problema que se pretende dilucidar se reduce a establecer cuál es el Estado competente para perseguir o sancionar un hecho delictivo; cuál es la ley aplicable y cuál el órgano competente en función del lugar en el que la infracción penal fue cometida.

Es generalmente aceptado el principio que reconoce que la potestad del Estado competente para juzgar estos delitos es el Estado del lugar en donde se cometió el delito. Sin embargo, este principio de territorialidad tiene sus excepciones que implican cesión de soberanía y, por ende, de la potestad juzgadora de los delitos cometidos en su territorio por razones de cooperación internacional. Comencemos revisando el principio general de territorialidad.

1. Principio de territorialidad

Este principio establece que es aplicable para juzgar un delito la ley del país en cuyo territorio se cometió el mismo, sin que interese la nacionalidad de los actores o víctimas. Este principio es el más aplicado por las legislaciones de muchos países.

2. Principio de extraterritorialidad

Son excepciones al principio de territorialidad por medios de los cuales en forma excepcional se consciente que quien cometió un delito que afecta los intereses del Ecuador sea juzgado por

legislaciones de otros países en función de otros factores ajenos al territorio.

A. Principio de nacionalidad

Será aplicable la ley del país al que pertenece el autor del delito, sea cual fuere el lugar en que se cometió el delito. Casi no se aplica este principio.

B. Principio de defensa

Es aplicable la ley del país cuyos intereses son atacados por el delito sin tomar en cuenta el lugar de éste ni la nacionalidad de los delincuentes. Este principio es cada vez más aplicado a nivel internacional. (Por ejemplo, el caso del exdictador Pinochet).

C. Principio de Universalidad o de justicia mundial

Es aplicable la ley del país que aprese al delincuente sin consideración de ningún otro aspecto. Se aplica a casos de gran connotación mundial que afectan a los intereses de toda la humanidad. (Por ejemplo, el genocidio de Ruanda o la Ex Yugoslavia a través de la creación de los Tribunales realizados por la Corte Penal Internacional). La aplicación de la justicia universal no requiere que existan intereses ecuatorianos vulnerados, sino que sean los bienes jurídicos tutelados por la comunidad internacional.

La aplicación del principio de universalidad tiene un serio vacío en la legislación ecuatoriana porque de ningún cuerpo normativo se desprende la obligación del Estado de exigir, para un nacional que vaya a ser juzgado por la legislación de otro país, extranjero, la aplicación de los mismos principios y garantías que gozaría en su propio país. El único recurso para utilizarse sería solicitar que se apliquen las garantías y derechos constantes en el derecho internacional de los derechos humanos.

3. La Validez Espacial en la legislación penal ecuatoriana

El Artículo 14 del COIP define el ámbito espacial de aplicación de su normativa aplicable a los siguientes casos:

A. Principio de territorialidad

Normado por el Artículo 14 numeral 1ero y Artículo 400 numeral 1 del COIP y establece que es competente la ley penal ecuatoriana para juzgar toda infracción cometida dentro del territorio nacional Esta disposición recoge y aplica el principio de territorialidad por el cual toda infracción cometida dentro de territorio ecuatoriano será procesada por las leyes penales de este país, cometidos por ecuatorianos o extranjeros.

Es territorio nacional perteneciente al Estado ecuatoriano, según el Artículo 4 de la Constitución, el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de las Galápagos, el suelo, la plataforma submarina, el subsuelo y el espacio supra yacente continental, insular y marítimo. Sus límites son los determinados por los tratados vigentes. Además, por lo establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, las embajadas gozan de un estatus extraterritorial lo que significa que son consideradas como parte del territorio del país que las ocupa.

En conclusión, todos los delitos cometidos en esta jurisdicción territorial descrita en el Artículo 4 de la Constitución de la Republica serán sometidos a las leyes y a los jueces penales del Ecuador.

B. Principio de Extraterritorialidad

Determinado por el Artículo 14 numeral2) se refiere a los delitos que siendo cometidos en el extranjero son aplicables las normas penales ecuatorianas. Están orientados a reducir márgenes de impunidad y evitar conflictos diplomáticos y legislativos innece-

sarios para la resolución de las infracciones organizadas o ejecutadas en territorio extranjero. Por el principio de reciprocidad se permite que sea nuestra jurisdicción penal la que se encargue de juzgar delitos cometidos fuera de las fronteras del territorio ecuatoriano.

Los casos en los cuales la ley penal ecuatoriana será aplicada cuando las infracciones cometidas son externas al ámbito territorial y son las siguientes:

- Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción (Principio de Defensa).

- Cuando la infracción penal es cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió. (Principio de Defensa)

- Cuando la infracción penal es cometida (en el extranjero) por los servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales. El Art. 400 numeral 2do especifica cuáles son los servidores públicos a los que somete esta disposición. Estos son: Jefe de Estado, representantes diplomáticos del Ecuador y su familia y miembros de la comitiva, los cónsules en el extranjero. Ellos no podrán ser juzgados en el extranjero porque gozan de inmunidad diplomática, pero serán juzgados en Ecuador. (Principio de nacionalidad).

- Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción. Igual prescribe el Art. 400 numeral 4to del COIP. (Principio de jurisdicción universal).

- Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código. (Principio de jurisdicción universal).

- Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matricula ecuatoriana, sea que se cometan en territorio nacional o extranjero. Igual rige para las naves y aeronaves no militares (Art.400 numeral 3ero) (Principio de nacionalidad)
- Las infracciones cometidas por los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad. (Principio de nacionalidad)
- Cuando la infracción se comete en territorio extranjero la persona procesada será juzgada por el juzgador de la circunscripción territorial en la que fue aprehendido o por el juzgador de la Capital de la República. Esta causal de juzgamiento se encuentra prevista en el Artículo 404 numeral 6 del COIP y cubre una potencial fuente de impunidad que se daba cuando un ecuatoriano cometía un delito grave en el extranjero y regresaba al Ecuador. Como no podía ser extraditado tenía la posibilidad de verse impune. Esta norma rige por igual tanto para los ecuatorianos como para los extranjeros.

C. Principio de Universalidad

Está contemplado por el Artículo 401 y otorga jurisdicción para que la jurisdicción del Ecuador sea la competente para investigar y juzgar los delitos contra la humanidad cometidos dentro o fuera del Ecuador siempre y cuando no hayan sido juzgados en otro país. Con esto se cierra las barreras de impunidad a la que estaban acostumbrados grandes violadores de derechos humanos que se refugiaban en países en donde no rigen convenios recíprocos de extradición.

4. Validez de la ley penal según el lugar del delito

En algunos casos puede que la ejecución de un delito se inicie en un Estado y se produzca sus resultados en otro Estado. ¿Cuál es la ley aplicable? Se han dado tres teorías:

A. Doctrina de iniciación del acto

Podría afirmar que este principio se encuentra previsto en el Artículo 404 numeral 1). Se aplica la ley del lugar en donde se produjo la acción o conducta delictiva. La conducta delictiva o *iter criminis* empieza desde el momento en que la intención se objetiviza. En otras palabras, el lugar de comisión del delito se entenderá que es el lugar en donde se materializa la voluntad del autor, donde externaliza su voluntad a través de actos de ejecución. Hacer externa la voluntad quiere decir inicio de la fase de ejecución que va más allá de la simple ideación o planificación, dado que es reconocido el hecho de que las ideas no se penalizan, por lo que la jurisdicción competente será la del lugar donde se manifiesta la voluntad de delinquir. Es aplicable para delitos cuyos efectos se iban a producir o se produjeron en jurisdicciones penales distintas en el Ecuador o en un país extranjero.

B. Doctrina del resultado final

La jurisdicción competente será aquella del lugar donde se produjo la infracción penal y que no será otra que el lugar en donde la lesión o la puesta peligro del bien jurídico protegido se produce, sin consideración o independientemente del lugar en donde se planificó o comenzó la ejecución del delito. Es decir, se aplica la ley del lugar en donde se verifica el daño que el delito persigue.

Esta doctrina es adoptada por el Ecuador en el Art.14 numeral 2do, literal a) del COIP que establece que las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano se someterán a la jurisdicción ecuatoriana cuando "... la infracción produzca efectos en el ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción...".

C. Teoría de ubicuidad

Es una teoría que emerge para solucionar ciertos problemas que no solucionan las otras teorías. Para esta teoría igual importan-

cia tiene el lugar donde se inicia el delito como el lugar en donde se produce el efecto o resultado lesivo. Es decir, la jurisdicción y competencia se materializa en todos los espacios en los que se produce el resultado. Si son varios Estados en donde se verifica el efecto del delito, entonces cada uno de ellos son competentes y tendrían jurisdicción para efecto del juzgamiento. Una variante otorga jurisdicción a todos los Estados en los que se hayan ejecuta todo o una parte del delito. Pese a no estar especificado de manera clara en el Artículo 14 COIP el principio de ubicuidad, sin embargo, podría ser aplicado para casos de delitos que adquieren dinámicas de transnacionalidad o transfronterizos como lavado de activos, tráfico de drogas, trata de personas, y otros todavía no legislados en muchos países, como los delitos utilizando drones.

Los dos últimos incisos del Artículo 317 que tipifica el delito de lavado de activos establece que este delito será punible aun cuando las actividades de las que provienen los bienes (delito fuente) o los actos penados en la ley (tenencia, adquisición, transferencia, transporte, entrega, oculte activos ilícitos, etc.) descrita en los numerales del Artículo 317, se hubiesen realizado en el extranjero.

Esto quiere decir, que aun cuando todos los presupuestos del delito se hayan realizado en el extranjero los autores o participantes en la comisión serán procesados y sancionados de acuerdo con la jurisdicción penal ecuatoriana. Por ejemplo: con dinero del narcotráfico se constituye un fideicomiso a favor de una persona residente en el Ecuador a la que le transfieren una cantidad de dinero a su cuenta en uno de los bancos del país. Se cree equivocadamente que la jurisdicción penal ecuatoriana debe preocuparse del origen de los activos[208]. Estos bienes no

208 Fundación Panamericana para el Desarrollo. Guía interpretativa del alcance del delito de lavado de activos en Ecuador. Autores colectivos. Rescatado del sitio http://escuelajudicialec.com/Download/PADF2.pdf el 25 junio 2022. Págs. 42 a 45

vienen ex ante con la etiqueta de ilícitos, sino que procesalmente tanto el sujeto activo como fiscalía se encargarán de demostrar la licitud o ilicitud de éstos, en los términos dictados por la Corte Constitucional en casos análogos[209].

D. Doctrina de la equivalencia o justicia universal

Para garantizar la efectiva aplicación de la justicia penal cualquier Estado puede ser competente para juzgarlo. El COIP en el Art. 404 cuando habla de las reglas de la competencia establece que cualquier ciudadano que ha cometido un delito en el extranjero puede ser juzgado sin ningún obstáculo por las autoridades judiciales ecuatorianas. Está acorde o asimilada al principio de justicia universal.

IV. Ámbito personal de aplicación de la ley penal

Todos los ciudadanos se encuentran sometidos por igual y en las mismas condiciones a la ley penal derivadas del principio de igualdad constitucional que prohíbe todo tipo de discriminación

209 Corte Constitucional. Sentencia No. 14-15-CN/19, 14 de mayo de 2019. "... La Corte Constitucional de Ecuador tuvo que determinar si el artículo 202 del Código Orgánico Integral Penal violaba el texto constitucional al exigir a los procesados que demostraran su inocencia. Como parte inicial del análisis, la Corte señaló que el artículo 76, numeral 2, de la Constitución del Ecuador precisó que el debido proceso incluye como garantía la presunción de inocencia de toda persona y su trato como tal "mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada". Asimismo, resaltó que este derecho también se encontraba en el artículo 8, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Esta presunción, para la Corte, tenía efectos jurídicos relevantes entre los que se encontraron: ser un límite al poder punitivo del Estado, el trato de la persona procesada como inocente antes y durante el proceso penal, la necesidad de pruebas lícitas para romper la presunción y la carga de la prueba en manos del fiscal o la parte acusadora.... Además, el acusado tendría la carga probatoria y no a quien le correspondía, el órgano acusador..."

por razones de edad, sexo, trabajo, filiación política, cargo, etc. En este sentido el ámbito de aplicación de las normas penales establecidas en el Código Orgánico Integral Penal se aplicará a todas las personas nacionales y extrajeras que cometan infracciones penales.

Sin embargo, existen puntuales situaciones especiales en las cuales determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal en función del cargo que ocupan o de lo que representan en el esquema del diseño institucional de cada sociedad organizada tanto en su faceta interna como en aquella que es necesaria en las relaciones internacionales entre países. No se trata de reconocer u otorgar privilegios a ciertas personas sino crear situaciones de excepción que contribuya optimizar la estructura y el funcionamiento mismo de la sociedad. No son tratos privilegiados, sino que son tratamientos diferenciados que obedecen a la necesidad de evitar obstrucciones al desempeño de las funciones públicas que realizan y evitar injerencias que desnaturalizarían la estructura social y jurídica de un Estado.

Estas prerrogativas penales, como se denomina al trato diferenciado que la ley penal otorga a ciertas personas, tienen ciertas características, como, por ejemplo:

- Deben estar contempladas taxativamente en la ley o en los tratados internacionales suscritos por el país.
- Obedecen a crear el marco de garantía y seguridad necesario que debe otorgar el Estado en el desempeño correcto de las funciones públicas encargadas a ciertas personas para que se les libere del peligro de denuncias falsas propias de la actividad política partidista. Esta estrategia política de las denuncias falsas termina consumiendo el tiempo que los funcionarios deben utilizar en el cumplimiento de sus funciones, con distracción inútil del tiempo que destinaría para la defensa de acusaciones que generalmente no tienen fundamento.

- El sistema de prerrogativas penales no es un sistema de traslado de facultades jurisdiccionales a otros poderes del Estado para que juzguen al funcionario público sino simplemente constituye un filtro jurídico por el que {solo las denuncias con fundamento sean analizadas por jueces pertenecientes a instancias más alejadas de la influencia partidista o política. Estos filtros sirven para verificar si la denuncia tiene el carácter político o tiene un sustento veraz.

La doctrina y nuestro ordenamiento jurídico ha identificado tres tipos de instituciones que respaldan estas prerrogativas penales: la Inviolabilidad, los Fueros y a las Inmunidades que, en concreto, son instituciones jurídicas implementadas para garantizar el ejercicio eficiente y eficaz de ciertas funciones públicas importantes.

1. El Artículo 128 de la Constitución de la República

La norma constitucional que integra esta disposición constitucional carece de un orden y claridad apropiados respecto de la inviolabilidad y de la inmunidad que conducen a ciertas confusiones en cuanto a su aplicación. Ni siquiera utiliza la palabra inmunidad inviolabilidad por lo que acudiremos a la doctrina y a los principios generales del derecho para darle sentido a esta disposición. No está por demás advertir que no debemos confundir la inviolabilidad con la inmunidad parlamentaria ni éstas con el fuero porque sabemos que se tratan de instituciones de diferente naturaleza.

El Artículo 128 CRE regula el fuero, la inmunidad y la inviolabilidad dentro de un régimen necesita ser aclarado y comprendido en forma precisa:

Se alude al fuero de Corte Nacional de Justicia al que deben someterse los asambleístas cuando sus actuaciones estuvieran inmersas en la comisión de delitos en mérito de las actuaciones que realizan como asambleístas en funciones.

Se entiende que se refiere a la inviolabilidad parlamentaria cuando la norma prescribe que los asambleístas no serán ni civil ni penalmente responsables por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones dentro y fuera de la Asamblea Nacional. Mencionar la inexistencia de responsabilidad penal implica que la única forma de llegar a esa convicción es a través de un proceso penal.

Si un asambleísta comete un delito, sea a consecuencia de una investigación previa realizada por la fiscalía general o realizado en una situación de flagrancia, La Corte Nacional a pedido de la fiscalía general solicitará a la Asamblea Nacional autorización para el inicio de un proceso penal en su contra.

La Asamblea Nacional previo pronunciamiento deberá realizar el siguiente análisis si se quiere proceder conforme a la Constitución:

- Deberá revisar si el acto delictivo atribuido al asambleísta es de aquellos que provienen del ejercicio propio del ámbito de sus funciones, legislar y fiscalizar. Si en efecto el órgano legislativo considera que efectivamente se enmarca en este supuesto entonces podrá no autorizar el inicio de un proceso penal y la Fiscalía se abstendrá de realizar alguna investigación. Los jueces de la Corte Nacional deberán proceder al archivo de la causa a pedido del Fiscal por existir un obstáculo legal insubsanable para el inicio del proceso, tal como prescribe el Artículo 586 COIP. (Caso de la Inviolabilidad)

- Si la Asamblea determina que el acto delictivo en cuestión se trata de un delito común ajeno al que realizan dentro del ámbito de sus responsabilidades como legisladores, ésta autorizará el inicio de un proceso penal en contra del parlamentario. El juicio final sobre si se trata o no de un delito propio de sus funciones legislativas o fiscalizadoras, o se trata de un delito común, será determinado finalmente por la Corte Nacional en sentencia, porque el pronunciamiento previo de la Asamblea, en este

caso, es solo autorizar el enjuiciamiento y no calificar el delito en forma obligatoria para los jueces. Bien puede en sentencia concluir que no es un delito común sino propio de las funciones constitucionales del asambleísta y eximirle de responsabilidad, como estipula el Art. 128 CRE. De todas formas, lo importante en esta norma constitucional es que la autorización de la Asamblea Nacional es un requisito de procedibilidad sin el cual Fiscalía no puede iniciar un proceso penal.

El requisito de procedibilidad[210] es un filtro de selección de la actuación de la Fiscalía que debe cumplirse para iniciar un proceso penal en contra de un individuo. No afecta al delito sino a la tarea de procesamiento penal que al final postre produce el efecto de impunidad por razones político-administrativas. El Artículo 411 numeral 2) del COIP establece que el fiscal como titular de la acción penal pública deberá abstenerse de iniciar una acción penal cuando se presente una causa de procedibilidad, que en este caso no se encuentra en la ley sino en la Constitución, Artículo 128. (Caso de la Inmunidad)

La línea entre un acto de inviolabilidad y un acto de delincuencia común cometido por un asambleísta marca la diferencia entre Inviolabilidad e inmunidad parlamentaria y quien califica inicial-

210 Universidad de Navarra. Glosario. Procedibilidad. "...En ocasiones, el legislador ha exigido que para actuar procesalmente contra un posible autor de un delito se cumplan algunos requisitos previos. Se trata de requisitos de la procedibilidad, que vienen a establecer un "filtro" o selección de la actuación de la Administración de Justicia, al condicionar el inicio de un proceso por el hecho cometido. En esos casos, concurren intereses distintos al de la Administración de Justicia, que pueden hacer ceder a ésta en favor de la salvaguarda de aquéllos. Debe tenerse en cuenta que no afectan al delito, ya cometido, sino a la posibilidad de su persecución penal, que acabará produciendo que no pueda castigarse el delito en cuestión. Cuando el legislador exige que para proceder en algunos delitos sea precisa la denuncia de los hechos (art. 296 CP), o cuando exige querella del ofendido (art. 215.1-2 CP), está previendo requisitos de procedibilidad...". Rescatado del sitio http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/requisitosdeprocedibilidad.html el 29/5/2022

mente esta diferencia es la Asamblea Nacional. Si ésta considera que es un acto de inviolabilidad entonces no existe proceso penal ni responsabilidad. La Fiscalía no podrá procesar penalmente de oficio porque la autorización parlamentaria es un requisito de procedibilidad.

En cambio, si la Asamblea Nacional considera que el acto objeto de la petición es un delito común entonces autoriza a la Fiscalía el inicio del proceso penal correspondiente cuyos resultados está en manos de la jurisdicción penal.

En relación con la privación y pérdida de libertad del asambleísta, igualmente existen algunos escenarios a considerar:

Por ejemplo, de tratarse de un delito flagrante y el asambleísta está en calidad de detenido inmediatamente la Fiscalía solicita a la Corte Nacional que requiera la autorización respectiva para el respectivo proceso penal que se inicia con la audiencia de calificación de flagrancia y formulación de cargos, según los Artículo 527 y 529 del COIP. Mientras no exista la correspondiente autorización parlamentaria no se puede iniciar la antes referida audiencia. Pasadas las veinte y cuatro horas de aprehendido, el asambleísta recuperaría su libertad y se mantendría abierta la fase de investigación previa hasta que llegue la autorización de la Asamblea. Es lógico pensar que ni el parlamentario ni cualquier persona pueden esperar privados de su libertad a que pasen los treinta días de plazo que tiene la Asamblea Nacional, según el Artículo 128 CRE, contados desde la fecha del pedido realizado por la Corte Nacional porque se convertiría en una detención ilegal.

La no contestación de la petición realizada por la Corte Nacional en el plazo de treinta días se entenderá como un acto de autorización. ¿Qué significa este silencio de la Asamblea? En primer lugar, el significado jurídico se traduce en una calificación negativa de considerar al delito como uno de aquellos que se cometen en el ámbito de sus funciones y de un acto de confirmación de

que se trata de un delito común. La Corte y la Fiscalía iniciarán el proceso penal convocando a la audiencia de formulación cargos sin que exista la posibilidad de que el juez ordene la privación de libertad como medida cautelar porque de acuerdo con el inciso final del Artículo 128 CRE únicamente procede la pérdida de la libertad en los casos de delito flagrante y sentencia ejecutoriada.

Tampoco se trataría de un caso de delito flagrante porque desde la fecha de su comisión hasta la audiencia de formulación de cargos ha pasado más de veinte y cuatro horas, de acuerdo con el Artículo 527 del COIP. En este caso durante el proceso el asambleísta está en la posibilidad de alegar que su acto es de aquellos propios de su actividad de parlamentario y que los jueces deberían eximirle de la responsabilidad penal. Los jueces podrían aceptar estas objeciones y confirmar su inocencia. O también podrían los jueces considerar que se trata de un delito común y merecedor de una sentencia que lo condena a la privación de la libertad, la misma que una vez ejecutoriada debe ser cumplida previa autorización de la Asamblea Nacional.

Si la autorización llega antes de los treinta días y la Asamblea Nacional acepta que el delito es de aquellos que son propios del ejercicio de sus funciones entonces no autoriza a la Corte Nacional y debe proceder al archivo del proceso. Si acepta que es delincuencia común, igual inician el proceso penal con la audiencia de formulación de cargos, tal como lo mencionamos en el acápite anterior.

Veamos con más detalle estas tres instituciones del ámbito personal de aplicación de la ley penal.

2. La Inviolabilidad

El efecto directo en la persona que goza de la prerrogativa de inviolabilidad es que no puede ser juzgado ni castigado por los delitos que cometa siempre que su actuación se encuentre dentro de los límites demarcados por la Constitución, la ley o los

tratados internacionales. El ordenamiento jurídico constitucional ecuatoriano distingue esta prerrogativa en diferentes ámbitos de la vida pública. Así tenemos:

A. Inviolabilidad diplomática

Doctrinariamente significa la no aplicación casi absoluta de la ley penal de un país a determinadas personas por el alto contenido simbólico-cultural y político que representa en una comunidad, como por ejemplo la figura del rey en las monarquías constitucionales[211]. La inviolabilidad, como dejamos anotado antes, tiene como característica central que estos sujetos no responden penalmente de los actos delictivos pese incluso a existir elementos probatorios que los impliquen directamente en la comisión de éstos.

La ley penal ecuatoriana no llega a reprimir los ilícitos cometidos por ciertas personas especiales, como la figura del Rey que tie-

211 Revista electrónica El Español. Artículo de José Antonio Choclán. "... De acuerdo con el art. 56.3 de la Constitución Española, el Rey emérito no puede ser objeto de investigación por los actos realizados durante su mandato, ni por aquellos que traen causa de aquellos. La falta de responsabilidad es absoluta, llegando a extenderse a los ámbitos civil y penal, de acuerdo con los principios The king can do not wrong (el Rey no puede hacer el mal) y The king can not act alone (el Rey no puede actuar solo).
A los que, a nuestro juicio, deberíamos añadir el principio jurídico-penal de que The King delinquere non potest. Se trata de presunciones iuris et de iure que no admiten prueba en contrario. Por disposición de la Constitución, al Rey le falta la capacidad de acción antijurídica y la capacidad jurídica para ser objeto de reproche. No puede ser autor de ningún delito (The King delinquere non potest) y existe una presunción iuris et de iure de inocencia. Esta regla impide considerar responsable penal al monarca. Por mucho que la incapacidad de acción sea una ficción jurídica, es el principio establecido constitucionalmente con fundamento en la idea del interés preponderante de protección jurídica de la Institución por encima de las personas que la encarnan..." Recuperado del sitio https://www.almendron.com/tribuna/la-inviolabilidad-del-rey-y-sus-efectos-juridico-penales/

ne la legislación española, debido a que la inviolabilidad responde a la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeña el sujeto activo que, como sabemos, no es un privilegio para la persona como individuo, sino que se lo aplica proteger la majestad del cargo que ostenta.

En el Ecuador gozan de inviolabilidad las personas sobre las que no es aplicable la ley penal ecuatoriana, detallada en el Artículo 400, último inciso del COIP y proveniente de las obligaciones derivadas de las convenciones e instrumentos internacionales ratificados por la República del Ecuador. No se puede penalizar los delitos cometidos por:

- Los Jefes de Estado que se encuentren en el país;

- Los representantes diplomáticos acreditados y residentes en el territorio ecuatoriano y los representantes diplomáticos de otros Estados transeúntes que pasen ocasionalmente por el territorio.

- Esta excepción se extiende al cónyuge, hijos, empleados y demás comitiva del jefe de Estado o de cada representante diplomático siempre que oficialmente pongan en conocimiento del ministerio encargado de relaciones exteriores, la nómina de tal comitiva o personal de la misión.

En caso de la comisión de un delito por parte de cualquiera de estos personajes la justicia ecuatoriana y las leyes penales que nos rigen no podrán ser aplicadas y serán juzgados de acuerdo con la legislación penal del país al que pertenecen. Esta tratativa proviene de los acuerdos internacionales firmados y ratificados por el Ecuador que por invocación del principio de reciprocidad todos convienen que al jefe de Estado y su comitiva, cuerpo diplomático y consular, entre otros sean objeto de un trato respetuoso y reciproco de inmunidad e inviolabilidad en el evento de encontrase en situaciones similares. Este tipo de inviolabilidad diplomática protege a los jefes de Estado y su comitiva que se encuentren de visita o de paso en el Ecuador, protección que

cubre la exención total de responsabilidad en materia de responsabilidad penal, civil, administrativa, laboral por cualquier tipo de actos o delitos cometidos en el país.

B. Inviolabilidad parlamentaria

El sentido de la inviolabilidad parlamentaria es la protección de la dignidad del cargo que ostenta el asambleísta y cubre todos los actos y las opiniones realizadas debido al ejercicio de sus funciones determinadas en la CRE y la ley (legislar y fiscalizar). No serán perseguibles penalmente por las declaraciones realizadas dentro y fuera de la Asamblea Nacional aunque fueran calumniosas o injuriosas.

La inviolabilidad, tal como se desprende implícitamente de la la norma constitucional del Artículo 128 CRE, tendría el carácter de absoluta o perpetua porque descarta seguir acciones penales una vez terminadas sus funciones por ilícitos cometidos cuando tenía funciones de asambleísta. La inviolabilidad no surte efecto si las infracciones las comete fuera del contexto del ejercicio de sus funciones

La prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria recoge lo que la doctrina y las cartas fundamentales han determinado dentro del ámbito de protección jurídica de la actividad parlamentaria por lo que se torna muy importante realizar las siguientes observaciones:

- La inviolabilidad parlamentaria cubre únicamente las actuaciones que realiza el legislador dentro del ejercicio de sus funciones, siendo aquellas las de legislar y fiscalizar, de acuerdo con el Artículo 120 de la CRE.
- Brinda protección a los legisladores de probables consecuencias que tenga el ejercicio de la libertad de expresión y pensamiento que en forma libre y voluntaria realice dentro del marco de sus actividades constitucionales. La libertad de pensamien-

to y de opinión deben constituirse en una atribución innata de quienes actúan a nombre del pueblo que los eligió, incluso si sus expresiones son injuriosas, calumniosas u ofensivas, que lejos de la connotación penal que puedan tener, podrán ser a lo mucho objeto de procesos administrativos por inobservancia a los códigos éticos internos. Este principio busca garantizar que las actuaciones y opiniones de los legisladores no estén sujetas a actuaciones intimidatorias o de cohibición por amenazas de enjuiciamientos penales provenientes de los otros poderes del Estado, especialmente el Ejecutivo.

- La inviolabilidad legislativa protege a los legisladores aun cuando sus opiniones las realicen fuera del ámbito físico del lugar de ejercicio de sus funciones. Es decir, comprende no solo las actuaciones que realicen en el plenario, en el seno de las comisiones o en ocasión de reuniones realizadas dentro del espacio territorial del poder legislativo, sino que comprende además a toda manifestación verbal que pronuncie fuera del recinto de la Asamblea Nacional. Evidentemente que una limitación a esta exclusión de responsabilidad debe estar trazada por los códigos de conducta internos, de la Asamblea Nacional, que exigen un mínimo de prudencia y respeto hacia los demás.

  Lo que no se debe perder de vista, a criterio de Muñoz Conde, que "...la institución de la inviolabilidad está prevista para algo y ese algo no es otra cosa que proteger absolutamente el funcionamiento de las Cámaras y permitir que, en sus reuniones, los parlamentarios se expresen con absoluta libertad e incluso se excedan, sin temor a que sus manifestaciones se vean sometidas a un juicio de ponderación o de adecuación que por definición se mueven por terrenos resbaladizos y manipulables. Piénsese en lo que supondría para la actuación parlamentaria que todas las manifestaciones verbales de Diputados y Senadores se encontraran sometidas, por ejemplo,

al complicadísimo y discutido conflicto entre el honor y la libertad de expresión...".[212]

- Un asambleísta no podrá ser detenido o, en su defecto, se le podrá privar de la libertad únicamente cuando se trate de un delito flagrante o de una sentencia ejecutoriada. Se entiende que una vez detenido el asambleísta por delito flagrante o sentencia ejecutoriada se solicitará la autorización al Presidente de la Asamblea Nacional para que el asambleísta continúe detenido y sea procesado. La Asamblea, en el ejercicio de sus atribuciones, bien podrá resolver no autorizar ni el inicio del proceso penal ni la privación de libertad. Esto implica que se suspende la iniciación del proceso penal hasta cuando se autorice o hasta cuando cese en sus funciones el asambleísta involucrado.

- El punto más problemático y controversial es la frase de la inviolabilidad que dice "...ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones, dentro y fuera de la Asamblea Nacional...". Para comprender teleológicamente el alcance de esta disposición constitucional es necesario que se defina lo que constituye "el ámbito" de sus funciones que no serían ajenas a las decisiones o actos que un asambleísta pueda realizar para cumplir con sus obligaciones de legislar y fiscalizar, actos que evidentemente van más allá de las simples opiniones que puede emitir. La penalidad de estos actos objeto de protección del principio de inviolabilidad deben tener carácter delictivo porque no sería necesaria ni lógica la existencia de tal principio para proteger actos que son legales.

- Entonces, ¿apoderarse ilegítimamente de información de otros legisladores o de otras instituciones con fines de investigación aun cuando esta conducta se la realice accediendo arbitrariamente a archivos o registros electrónicos y digitales de otros legisladores o de terceros? ¿Es decir puede un

212 Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 176

asambleísta cometer un delito de hurto o robo, de acceso no autorizado a archivos personales privados? ¿Puede un asambleísta durante las discusiones propias de sus funciones realizar amenazas o intimidación pública y privada en contra de otros asambleístas o terceros? ¿Si en las discusiones en un proceso de fiscalización o legislación ocurre una muerte o el delito de lesiones de un asambleísta en contra de otro, puede ser considerado como un delito exento de responsabilidad penal?

- De acuerdo con el Artículo 128 de la CRE se tratarían de actos relacionados con las funciones de fiscalizar o legislar y por lo tanto no perseguibles penalmente, aunque pueden dar lugar a sanciones administrativas al interno de la Asamblea. Es más, incluso la Asamblea Nacional podría autorizar el inicio de un proceso penal pero los jueces de la Corte Nacional en el transcurso del proceso penal autorizado y en uso de sus atribuciones propios de jueces de garantías penales están en capacidad de que en el fallo que vayan a emitir dilucidar, como requisito de procedibilidad o admisibilidad, determinar si se trata de un delito relacionado con el ejercicio de sus funciones y eximirle y, de ser así, eximirle de toda responsabilidad penal por falta de tipicidad por la inexistencia de sujeto activo calificado. O, en su defecto, podrían determinar que se trata de un delito común por lo que podría fallar en contra de la inocencia del asambleísta procesado.

  En este punto también queda la posibilidad que la ejecución de la sentencia de privación de la libertad impuesta como pena podría no ser autorizada por la Asamblea Nacional hasta que termine el periodo de sus funciones o hasta que transcurra algún evento del que requieran la participación del parlamentario condenado. Es decir, como requisito de procedibilidad la Asamblea Nacional debe emitir una autorización escrita a la Fiscalía y a la corte Nacional de Justicia para que inicien o se abstengan temporal o definitivamente de iniciar no una acción penal en contra de uno de sus asambleístas miembros,

al igual que la autorización para que procedan a la prisión provisional o a la privación de libertad si ha sido sentenciado.

- Frente a la comisión de un delito flagrante la Asamblea Nacional debe proceder previamente a examinar si esa infracción pudiera ser de aquellas realizadas debido al cumplimiento de sus funciones. Si la Asamblea cree que la conducta es de aquellas por las que el asambleísta no puede ser enjuiciado penalmente, entonces no autoriza el inicio de un proceso penal ni la detención. En cambio, si la Asamblea considera que la supuesta infracción es de aquellas que no tienen que ver con la tarea de legislar y fiscalizar, entonces podrá autorizar el inicio del proceso penal autorizando el procesamiento y la detención de ser el caso-

- De todos modos, el pronunciamiento de la Asamblea Nacional sobre la calificación del delito que realiza antes de autorizar el enjuiciamiento no es vinculante para el juez penal ni para la fiscalía porque lo único que hace la Asamblea es evitar que la justicia distraiga innecesariamente la actividad que realiza un asambleísta. Al final, únicamente serán los jueces de garantías penales de la Corte Nacional los que, en base al recaudo de las evidencias, determinen cuál es el régimen aplicable al caso.

C. Inviolabilidad del Defensor del Pueblo

El Artículo 10 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo[213] prescribe que el Defensor del Pueblo gozará del mismo sistema

213 La presente ley ha sido declarada con jerarquía y calidad de orgánica por el Congreso Nacional mediante Res. R-22-058 (R.O. 280, 8-III-2001), en cumplimiento de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Vigésima Segunda de la Constitución Política: "... Art. 10.- Inmunidad. - La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad durante el ejercicio de sus funciones; no será civil ni penalmente responsable por las opiniones que emita, ni por las decisiones o actos que realice en el ejercicio de sus funciones.

de inmunidades del que gozan los legisladores de la Asamblea Nacional. La consecuencia de esta disposición implica que esta autoridad tiene a su favor un sistema de exclusión de la responsabilidad penal por las opiniones y expresiones que realice con motivo del ejercicio de sus funciones dentro y fuera del ámbito de su desempeño.

3. Las Inmunidades

Las inmunidades son impedimentos legales y constitucionales que impiden que una persona pueda ser detenida o arrestada inmediatamente y/o procesada por la comisión de un delito. Podríamos decir con Muñoz Conde que "...las inmunidades son obstáculos procesales establecidos para demandar responsabilidad penal a los sujetos que gozan de las mismas..."[214]

Lo anterior no significa que no se deba cumplir ciertos requisitos establecidos por la constitución y la ley. Entre las inmunidades más frecuentes que se encuentran presentes en varios ordenamientos jurídicos son las siguientes:

A. La Inmunidad parlamentaria

- La inmunidad parlamentaria esta expresada en el Artículo 128 CRE que hace referencia a que a los miembros de la Asamblea Nacional no se les podrá privar de la libertad sino únicamente en el caso de delito flagrante o por sentencia ejecutoriada. No significa que se pretenda exclusión de responsabilidad penal como es el caso de la inviolabilidad, sino únicamente a viabilizar un posible enjuiciamiento penal previo el cumplimiento de ciertos presupuestos.

- Se requiere la autorización de la Asamblea Nacional como el único órgano calificado para dilucidar si la conducta en la que

214 Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 171.

ha incurrido un asambleísta está relacionada con el ejercicio de sus funciones. Caso contrario se dejaría al libre arbitrio del juez o del fiscal de primer nivel el determinar como requisito de procedibilidad si la actuación del parlamentario estuvo dentro del ámbito de sus funciones o si se trató de un delito común, aspecto que podría constituirse en un caso de intromisión ilegítima del poder ejecutivo en el ámbito exclusivo de la potestad del poder legislativo. Esta posibilidad que tendría los jueces se verifica en un segundo momento, cuando se ha autorizado el procesamiento del asambleísta y en la sentencia podrían dilucidar si aplica el caso para el procesado.

- La inmunidad parlamentaria protege a los asambleístas o legisladores para que no se inicie procesos penales por motivaciones estrictamente políticas que estén orientadas a perturbar el debido funcionamiento de la Asamblea o que se pretenda alterar su conformación. Por ello es necesaria siempre la autorización de la Asamblea Nacional para proceder al enjuiciamiento penal de un legislador cuando constate que no existe una motivación política en la acusación. Hacer lo contrario, como confusamente prescribe el Artículo 128 de la CRE, atenta la verdadera naturaleza del régimen de la inmunidad parlamentaria.

B. La Inmunidad Presidencial por antejuicio político

Tiene los mismos fundamentos de la inmunidad parlamentaria y está orientada a prevenir que denuncias o demandas infundadas, con claras motivaciones políticas, obstaculicen la labor y el ejercicio funcional del Presidente de la Republica. Los principales puntos por resaltar son:

- El Artículo 129 de la CRE proporciona los casos en los cuales el Presidente y Vicepresidente de la Republica pueden ser objeto de un enjuiciamiento político a petición de al menos una tercera parte de la Asamblea Nacional y previo el examen de admisibilidad emitida por la Corte Constitucional, y no es

necesario ni procede un juicio penal previo al enjuiciamiento político. Como consecuencia el Presidente y Vicepresidente pueden ser censurados y destituidos de sus cargos con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Lo destacable de esta disposición es que solamente en caso de censura la Asamblea Nacional puede ordenar que se inicie un proceso penal ante el juez competente, en este caso la Corte Nacional de Justicia, si existen indicios de la comisión de un delito.

De acuerdo con el mismo artículo los delitos que pueden dar origen al enjuiciamiento penal del Presidente, previa censura política son: Por delitos contra la seguridad del Estado; por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito; por delito de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

- ¿Qué pasa cuando el Presidente o Vicepresidente de la Republica ha cometido otro tipo de delitos distintos a los descritos en el Artículo 129 de la CRE?. En este caso la Corte Nacional de Justicia deberá solicitar a la Asamblea Nacional autorización respectiva para proceder al inicio del proceso penal. La Asamblea Nacional, de acuerdo al Artículo 120 numeral 10 de la CRE, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes autorizará el enjuiciamiento penal del Presidente y del Vicepresidente de la Republica cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.

Es decir, el Presidente de la Republica puede ser juzgado por cualquier delito, excepto los establecidos en el Artículo 129 de la CRE, con la simple petición de la Corte Nacional de Justicia a la Asamblea Nacional. Tiene menos protección que los mismos asambleístas porque el Presidente no tiene inviolabilidad por los actos derivados de sus opiniones, ni por lo que hace en el ejercicio de su cargo, debido probablemente a que sus funciones son extremadamente más amplias y poderosas que la de los asambleístas.

C. Improcedencia de la inmunidad en contratación pública

La Fiscalía General del Estado no está impedida de iniciar un proceso penal en contra de funcionarios y contratistas derivados de las irregularidades encontradas en los procesos de contratación pública. Ya no se requiere que previamente exista un informe de presunción de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

Por lo tanto, si la Fiscalía conoce el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado por presuntos hechos constitutivos de infracciones penales contra la administración pública dará inicio a las investigaciones que sean del caso, teniendo como fuente de investigación fiscal el informe de pertinencia y favorabilidad previo a todos los procesos de contratación pública sin perjuicio de que la fiscalía inicie en cualquier momento una investigación o un proceso penal por los mismos motivos. La Ley Orgánica reformatoria del COIP en materia anticorrupción publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 392, 17 de Febrero 2021 en el Artículo 22 reforma el Artículo 581 del COIP y establece que "...en ningún caso estos informes constituyen un requisito de admisibilidad o procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía.".

4. El Fuero

Es una excepción al principio de igualdad de la aplicación de la ley que tiene su origen desde épocas remotas en la antigua y monárquica Europa en la cual el rey o soberano se sustraía naturalmente del cumplimiento de las leyes que él las impartía y por tanto de su juzgamiento. Aspecto que se extendía a toda su familia, a los integrantes de la corte y a los nobles en general.

El fuero se mantiene como una institución jurídica de carácter procesal por medio de la cual los funcionarios públicos que os-

tentan determinados cargos y funciones son juzgados por jueces superiores en el evento de que hayan cometido un delito por motivo del desempeño de sus funciones. El fuero es una prerrogativa que tiene un ordenamiento jurídico para que ciertas personas se sustraigan del cumplimiento de las normas materiales o procesales que son de común aplicación para el resto de la comunidad por la naturaleza de sus cargos públicos.

El Artículo 184 numeral 3ero de la CRE informa sobre la existencia de fueros para el juzgamiento de los funcionarios públicos en determinadas clases de delitos relacionados con las funciones que desempeña. A diferencia de la inmunidad, que son ciertas dificultades creadas para impedir la aplicación de la ley penal creando requisitos de procedibilidad, las personas que gozan de fuero no escapan a la aplicación de la ley penal ecuatoriana pero, por especiales consideraciones a la función que representan, la ley no será aplicada ni los funcionarios serán juzgados por jueces comunes o de primer nivel sino por jueces superiores, debido en una buena parte a la mayor confianza, preparación y sabiduría que tienen los jueces superiores.

- El juez competente de primer nivel pierde su competencia cuando la infracción es cometida por la autoridad o servidor público que de acuerdo con los artículos -expresamente determinado en el Código Orgánico de la Función Judicial-, siendo que ante este supuesto, quien asume la competencia en primera instancia es la Corte Provincial.

La segunda inferencia radica en que el fuero contemplado en las disposiciones antes citadas, es de carácter funcional, es decir no se aplica respecto al ervidor como tal, por el hecho de ser funcionario público, sino que se emplea en relación a los actos o hechos realizados por el funcionario con ocasión del ejercicio de sus funciones, en otras palabras, el fuero opera en relación a la actividad del funcionario y no respecto a la persona del funcionario.

Siendo más claros, cuando un juez o cualquiera de los funcionarios señalados en el numeral 2 del artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial, es acusado por actos o hechos que guardan relación directa con su cargo y ejercicio de sus funciones y susceptibles de subsumirse en una infracción penal, deberán ser juzgados por la Corte Provincial; mientras que, cuando sean acusados por actos o hechos realizados dentro de su esfera particular y que no guardan relación con el desempeño de sus funciones, deberán ser juzgados por el juez ordinario de primer nivel.

A. Fuero del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

El Artículo 181 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia es el competente para juzgar penalmente a los miembros de la Corte Constitucional previa acusación del fiscal general del Estado. Es necesario precisar que para el caso de los funcionarios públicos que de acuerdo al Artículo 192 del COFJ gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia los delitos objeto de juzgamiento por fuero serán todos aquellos que conforman la acción penal pública, es decir, delitos del ejercicio de la acción penal pública y privada.[215]

215 CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL. "...Art. 192.- FUERO POR DELITOS DE ACCION PUBLICA.- La Sala de lo Penal conocerá las acciones que, por responsabilidad penal de acción pública, se sigan contra {el Presidente o la Presidenta de la República, el Vicepresidente o la Vicepresidenta de la República, los Asambleístas y las Asambleístas, los Consejeros y las Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, las y los vocales del Consejo de la Judicatura, el Defensor o Defensora del Pueblo, la o el Contralor General del Estado, el o la Fiscal General del Estado, la Defensora o el Defensor Público General, el Procurador o la Procuradora General del Estado, los Ministros y Secretarias y Secretarios de Estado, el Secretario o Secretaria General de la Administración Pública, las y los Superintendentes, los Consejeros y las Consejeras del Consejo Nacional Electoral, los jueces y juezas del Tribunal Contencioso Electoral, los jueces de las Cortes Provinciales, y los suplentes de estas autoridades, cuando estuvieren subrogándolos. Se observarán las siguientes reglas..."

En este punto se diferencian de los funcionarios que tienen fuero de Corte Provincial a quienes el fuero se restringe a los casos de delitos que únicamente se cometan en el ejercicio de sus funciones.

B. Fuero de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

El Artículo 192 del Código Orgánico de la Función Judicial, en atención a lo dispuesto por la Constitución de la República , establece que para los delitos de Acción Publica, la Sala de lo Penal conocerá las acciones que, por responsabilidad penal de acción pública, se sigan contra el Presidente o la Presidenta de la República, el Vicepresidente o la Vicepresidenta de la República, los Asambleístas y las Asambleístas, los Consejeros y las Consejeras del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, las y los vocales del Consejo de la Judicatura, el Defensor o Defensora del Pueblo, la o el Contralor General del Estado, el o la Fiscal General del Estado, la Defensora o el Defensor Público General, el Procurador o la Procuradora General del Estado, los ministros y secretaras y secretarios de Estado, el Secretario o Secretaria General de la Administración Pública, las y los Superintendentes, los Consejeros y las Consejeras del Consejo Nacional Electoral, los jueces y juezas del Tribunal Contencioso Electoral, los jueces de las Cortes Provinciales, y los suplentes de estas autoridades, cuando estuvieren subrogándolos. Y por Resolución de la corte Nacional de Justicia también entran en este grupo todos los secretarios de la Presidencia que tengan rango de ministros.

C. Fuero de las Salas de las Cortes Provinciales

La Corte Constitucional en sentencia N.0 162-16-SEP-CC CASO N.0 0330-13-EP realiza un orientador análisis sobre el alcance del fuero en materia penal y determina que, de acuerdo con el

Artículo 169 del Código Orgánico de la Función Judicial el fuero personal comprende los actos y hechos del funcionario cometidos en el desempeño de sus funciones, aun cuando al momento del proceso haya cesado en sus funciones. Es decir, para su aplicación debe considerarse ciertas circunstancias de configuración que deben ser observadas, como, por ejemplo:

- El delito debe ser cometido con ocasión del desempeño de sus funciones de tal manera que los delitos comunes sin relación con la actividad funcional deben ser juzgados por el juez común según el Art. 298 COFJ[216]. En otras palabras, el fuero opera en relación a la actividad del funcionario y no respecto a la persona del funcionario.

- El Artículo 208 numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial establece que las salas de las Corte Provincial tienen competencia para conocer, en primera y segunda instancia, toda causa penal y de tránsito que se promueva contra las personas que se sujetan a fuero de Corte Provincial por infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones, las Gobernadoras y los Gobernadores, la Gobernadora o el Gobernador Regional, las Prefectas o los Prefectos, las Alcaldesas y los Alcaldes, las y los Intendentes de Policía, las juezas y jueces de los tribunales y juzgados, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Arma-

216 CÓRGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Art. 208.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LAS CORTES PROVINCIALES. - A las salas de las cortes provinciales les corresponde":... 2. Conocer, en primera y segunda instancia, toda causa penal y de tránsito que se promueva contra las personas que se sujetan a fuero de corte provincial.
Se sujetan a fuero de corte provincial, por infracciones cometidas con ocasión del ejercicio de sus atribuciones, las Gobernadoras y los Gobernadores, la Gobernadora o el Gobernador Regional, las Prefectas o los Prefectos, las Alcaldesas y los Alcaldes, las y los Intendentes de Policía, las juezas y jueces de los tribunales y juzgados, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el Comandante General del Ejército, el Comandante General de la Marina, el Comandante General de la Fuerza Aérea, y el Comandante General de la Policía..."

das, el Comandante General del Ejército, el Comandante General de la Marina, el Comandante General de la Fuerza Aérea, y el Comandante General de la Policía. En estos casos de fuero de Corte Provincial, la investigación pre procesal y procesal penal, así como el ejercicio de la acción penal según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, estarán a cargo de las o los fiscales provinciales.

D. Se descarta en los casos de violencia contra la mujer y familia.

En el Art. 404, numeral 11 del COIP no se reconoce fuero alguno en los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. Igual disposición venía estableciéndose desde la Ley 103 o Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia que no reconoce fuero en caso de violencia física, psicológica y sexual. Sin embargo, hay que diferenciar los casos ilícitos flagrantes de violencia contra la mujer fuera del núcleo familiar en donde si el procesado esté investido de fuero de Corte Nacional de Justicia entonces se remite a la Unidad de Gestión Documental, Sorteos y Archivo, Secretaria General y la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Caso contrario, en los casos de violencia contra la mujer dentro del núcleo familiar y contra miembros de éste, no se reconoce fuero de Corte Nacional de Justicia y se inicia un trámite común.

V. Ámbito material de la ley penal.

El principio de legalidad como máxima expresión del iluminismo y del Derecho penal liberal tiene un fundamento político y un fundamento penal. El fundamento político tiene que ver con la división de poderes en la que el legislador, fuente de la soberanía popular, se reserva el derecho de la producción de leyes. Esta facultad es indicativa que solo los legisladores tienen el poder de limitar la libertad como expresión de la cesión de derechos derivado del contrato social. La potestad limitadora conlleva la

capacidad de definir por medio de la ley penal las conductas delictivas y las penas. Esta idea proveniente de la aplicación del principio de división de poderes en un Estado de derechos reserva al legislador en forma exclusiva la producción de la ley penal.

Toda la tabla de principios insertados en la Constitución de la Republica tiene que ver con la aplicación del principio de legalidad y el principio de reserva legal. El principio de reserva legal consagrado en el Art. 84 de la Constitución de la Republica determina que únicamente la Asamblea Nacional está facultada a expedir y adecuar las leyes que recojan los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano. Las leyes ni otras normas bajo ningún concepto podrán restringir los derechos fundamentales.

Los principios establecidos en la Constitución en materia penal están relacionados con el principio de legalidad, como ejemplo podemos mencionar:

Artículo 11.3 sobre la aplicación directa y sin condiciones o la exigencia de otros requisitos que no estén establecidos en la ley.

Artículo 76.3 Nadie podrá ser sancionado por un acto u omisión que no al momento de la infracción no estuviera tipificado por la ley como infracción, ni se le aplicará una sanción no prevista en la ley.

Artículo 76.4 Las pruebas obtenidas con violación a la ley y la constitución no tendrán validez o eficacia probatoria.

Artículo 76.6 La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

Artículo 82 El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

1. El Principio de reserva legal

La reserva de ley para el poder legislativo es la máxima expresión del principio de legalidad porque la validez material de la norma penal satisface la exigencia no solo formal de la expedición de la ley, sino que ésta provenga del poder legislativo representativo de la voluntad general. Solo en ese caso la ley es válida. Dice Abanto Vázquez que "...el sistema de división de poderes estaría mal configurado si se permitiera un sobrepeso del poder ejecutivo al permitirle legislar sobre materias tan importantes como la tributaria y la penal..."[217] Es decir, solo el legislativo tiene poder legitimado para restringir derechos de las personas como es el caso del Derecho penal. La emisión de una norma penal debe ser producto de un amplio consenso ciudadano porque éste es la razón de ser de la existencia del Estado.

Las leyes que restringen derechos incluso tienen exigencias mayores para su expedición, por sobre otras que conforman el ordenamiento jurídico, especialmente si se trata de afectación a derechos fundamentales, como, por ejemplo, como aquellas que crean o modifican garantías fundamentales que solo debe tramitarse mediante leyes orgánicas, sin que éstas puedan ser afectadas por leyes ordinarias, tal como indica el Artículo 133 CRE por ser jerárquicamente superiores. Sin embargo, en el COIP no dejan de sorprender la cantidad de tipos penales en blanco que remiten para su complementariedad a otros cuerpos legales o instituciones en manos del poder ejecutivo, por ejemplo, los delitos ambientales y los relacionados con el narcotráfico, que sin ser legisladores pueden reformar la ley, caso del Artículo 220 del COIP.

La remisión de la ley penal hacia otros cuerpos normativos al poder Ejecutivo, tiene consecuencias graves porque deja abier-

217 Abanto Vásquez, Manuel. Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal. Revista Jurídica Cajamarca. Pág. 1. Rescatado el sitio. https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/reserva.htm

ta la posibilidad de que en materia de derechos fundamentales el poder Ejecutivo se convierta en un colegislador sin control democrático y propenso a legislar en función de sus propios intereses políticos llegando a extremos de desechar principios fundamentales y básicos como el principio de lesividad retomando principios de dudosa constitucionalidad como los delitos de peligro y de creación de riesgos.

El principio de reserva significa que solo la ley puede crear y contener el conjunto de conductas tipificadas como delitos, al igual que las correspondientes penas. El tipo de leyes a que se refiere la norma constitucional únicamente deben ser emitidas por la Asamblea Nacional como garantía de expresión de la soberanía popular. Esta expedición debe realizarse mediante leyes orgánicas porque así lo determina el Art. 133.2 ya que su contenido regula derechos y garantías constitucionales. Esta determinación del legislador constitucional eleva el estándar de seguridad porque las leyes orgánicas, de acuerdo con el Artículo 424 de la CRE, son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias y otras normas de menor rango como los decretos, acuerdos, reglamentos u ordenanzas, aspecto que le confieren un marco de garantía formalmente más efectivo. Y tiene su razón de ser por cuanto el diseño formal constitucional coloca en la cima de las preocupaciones del Estado la dignidad de las personas y la vigencia plena de los derechos humanos.

Quizá las razones que tuvo el constituyente de calificar y exigir leyes orgánicas cuando se afectan derechos fundamentales forma parte de las exigencias de legitimación propia de un Estado constitucional de derechos y justicia, teórica y formalmente respetuoso del sistema de división de poderes estructurado sobre un conjunto de garantías que limiten y regulen la potencial arbitrariedad que caracteriza al Estado con tendencias naturales a la arbitrariedad.

2. Principio de reserva legal penal como límite del poder punitivo

La existencia de esta normativa en la Constitución por la que se reserva la producción de tipos penales y sanciones a través de leyes orgánicas, expedidas únicamente por la Asamblea Nacional, no es una cuestión doctrinaria o reducida a un puro sustento teórico. Si no existiera este principio la tipificación de ciertas conductas como delitos y el establecimiento de penas quedaría en manos del Poder Ejecutivo que siempre se encuentra enfrascado en su lucha por reducir los índices de criminalidad. Esta necesidad obliga a un diseño e implementación de una peligrosa política criminal carente de respeto por los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Sin un control efectivo, la política criminal impulsaría un código penal preferentemente diseñado de acuerdo con sus intereses y sin los controles democráticos funcionales para el ejercicio del contrapeso del poder político del ejecutivo, necesario en un Estado democrático. La tentación del poder punitivo de traspasar los límites que le impone un Derecho penal liberal es propia de su naturaleza controladora y avasalladora de los derechos y garantías necesarias para vivir en una sociedad con márgenes de seguridad jurídica y ciudadana aceptables

3. El COIP y el principio de reserva legal penal

Como analizamos anteriormente, el Artículo 84 de la Constitución de la Republica consagra el principio de reserva legal por el que la ley penal expedida formalmente por la Asamblea Nacional tipifica qué conductas son consideradas delitos.

El Artículo 17 del COIP amplía el marco de reserva legal al establecer el principio de exclusividad típica por el cual se considerarán únicamente infracciones penales las tipificadas en este código. Si las acciones u omisiones punibles o los procedimientos penales se encuentran previstos en otras normas del orde-

namiento jurídico no tendrán validez jurídica alguna salvo en materia del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

El carácter integral del COIP tiene la ventaja de que los tipos penales y las disposiciones sancionadoras de las infracciones en periodos anteriores estaban demasiado dispersas en las decenas de miles de cuerpos jurídicos con potenciales tipos penales y sanciones que muy difícilmente eran de conocimiento de los ciudadanos. Esta situación generaba constantes problemas de interpretación en cuanto a la aplicación de una u otra norma, y sobre todo, en cuanto al aspecto cognitivo de la existencia de la ley por parte de los ciudadanos del país, afectando los efectos de la finalidad preventivo general del Derecho penal por falta de información a los ciudadanos sobre qué conductas son penalmente relevantes y, por tanto, qué conductas son las que deben evitar para no alterar la convivencia social en paz.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LA EXTRADICCIÓN

I. Introducción

Desde la revolución francesa hasta nuestros días la extradición se reduce al tema de la represión de la delincuencia común dejando las razones políticas al derecho de asilo político. Desde la creación de la Ley de Extradición Belga en 1833 que contiene que, entre los requisitos para entregar, al requerido, a otro país la conducta debía ser considerada delito común en ambos países.

Desde esa fecha prácticamente todos los países del orbe han firmado convenios de extradición multilaterales y bilaterales. En Latinoamérica se han suscrito varios convenios multilaterales como por ejemplo el Código Sánchez de Bustamante, del 20 de febrero de 1928 en La Habana- CUBA, que ha sido ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. La Convención sobre Extradición Montevideo suscrito el 26 de diciembre de 1933. El Ecuador ha celebrado tratados de extradición con los siguientes países con Suiza en 1888; Bélgica en 1987; Chile en 1987; Colombia en 1904; Bolivia en 1913; Brasil y Francia suscrito en Río de Janeiro en 1937; Gran Bretaña en 1938; EEUU suscrito en 1872 y en 1940 un Tratado complementario; España n 1989; Australia en 1990.

Multilateralmente se ha efectuado varias convenciones al respecto: Convención Europea sobre Extradición de 1957; La Convención única de 1961 sobre estupefacientes, aprobada por las naciones Unidas de 1961 en New York, 134 estados la suscribieron; en 1972, Protocolo de Modificación de la Convención única de 1961, aprobado por las Naciones Unidas en 1972. La Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo conferidos en delitos contras las personas y la extradición conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1971.

Más cercana se encuentra la Convención Interamericana sobre la Extradición de 1981, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrita en 1988, donde la República del Ecuador es parte de dichas convenciones, como estado miembro. La necesidad de establecer mecanismo efectivos y eficaces para luchar contra la delincuencia y la consagración internacional del principio por el cual nadie debe quedar en la impunidad sin importar el lugar en donde cometió el delito justifica la extradición al otro Estado donde cometió la falta o la infracción, para que sea sometido a un juicio justo.

En otras palabras, la batalla en contra de la impunidad de los delitos contiene una connotación política del Estado y constituye la base de la convivencia pacífica asentada en beneficio mutuo, más aún cuando la sociedad moderna del mundo actual atraviesa los perniciosos efectos que producen la nueva serie de delitos de carácter trasnacional como el narcotráfico, la prostitución, el terrorismo, genocidio y otros delitos económicos

II. Definición de la Extradición

Con estos breves antecedentes, podemos afirmar que la extradición constituye en la actualidad un efectivo instrumento jurídico del Derecho Internacional a través de la cual un Estado procede a la entrega a una persona que está en su territorio, a otro

Estado que la solicita con la finalidad de juzgarla, procesarla o para que cumpla una pena impuesta debido a la comisión de un delito. Etimológicamente la extradición se circunscribe a la entrega fuera del país, a otro Estado competente, a una persona con la intención de juzgarlo penalmente. La extradición activa se configura en el Estado que lo solicita la entrega el mismo que se denomina Estado requirente. La extradición pasiva recae en el Estado requerido y que tiene que decidir sobre la entrega de la persona solicitada a extradición. Es un acto de colaboración internacional por medio del cual un Estado, en cuyo territorio se ha refugiado el responsable de un delito, entrega a dicho sujeto al país que lo reclama, para que cumpla la condena o siga adelante el juicio.

Se fundamenta en la necesidad de que los países se auxilien mutuamente a fin de que la justicia penal quede satisfecha y no exista impunidad con los delincuentes.

III. Clases de Extradición

Depende del Estado que solicita la entrega o del estado que requerido y se clasifica en extradición activa y pasiva.

Existe extradición activa cuando el estado requirente, o que reclama la extradición de una persona que se encuentra en aquel Estado, es el Ecuador. Existe extradición pasiva cuando el Estado ecuatoriano es el requerido por otro Estado para que entregue a un sujeto que se encuentra en nuestro país.

De acuerdo con el procedimiento de la extradición ésta puede ser:

1. Judicial

Si son los tribunales /jueces de justicia los que exclusiva y únicamente deciden en forma definitiva la extradición.

2. Administrativa

Si es el gobierno que en forma exclusiva toma la decisión de extraditar.

3. Mixta

Si la extradición exige un pronunciamiento judicial y posteriormente una decisión del gobierno. Según la Ley de Extradición el modelo adoptado por el Ecuador en esta materia es el sistema mixto por dos razones:

- El Artículo 17 de la Ley establece que si la sentencia declarara procedente la extradición de un ciudadano reclamado por otro país el Ministro de Gobierno por delegación del Presidente de la República decidirá la entrega de la persona reclamada o denegará la extradición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de esta ley. Si deniega le comunicará al Presidente de la Corte Nacional de Justicia para que disponga la libertad de la persona reclamada. Es decir, el titular de la Corte Nacional concede la extradición, pero esta decisión no es vinculante para el Presidente de la República, que la podrá denegar en forma definitiva.
- De acuerdo con el Artículo 14 de la misma ley, si la resolución firme del Presidente de la Corte Nacional de Justicia declara en cambio improcedente la extradición del ciudadano reclamado por otro país, esta resolución será definitiva y vinculante para el Gobierno quien no podrá hacer lo contrario, es decir no podrá conceder la extradición.

IV. La Extradición en el Ecuador: y los principios que la rigen

Los principios son un conjunto de garantías para el extraditable para que no se lo extradite en forma arbitraria y se respete no solo los derechos que le asisten sino también de los intereses

políticos del Estado requerido, principios que a través de la historia han ido evolucionado hasta convertirse en un sistema casi homologado a nivel internacional. En nuestro ordenamiento jurídico estos principios se encuentran contenidos en la ley en la ley especial que sobre esta materia se ha expedido.

Efectivamente, el proceso de Extradición se encuentra regulado en la Ley No. 24, publicada en el R.O. No.152 de 30 de agosto del 2000. Existen aproximadamente 6 Convenios Multilaterales con varios países de América y 16 Tratados Bilaterales. La Ley de Extradición tiene su fundamento en ciertos principios constitucionales como el Artículo 79 CRE que prescribe que "...En ningún caso se concederá la extradición de un ecuatoriano/a. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador...".

La extradición en el Ecuador se rige por los siguientes principios básicos: principio de legalidad, principio de reciprocidad, doble incriminación. Principio de especialidad, principio de marginación y olvido de hechos leves, principio de no entrega por determinados delitos políticos, militares y otros, principio de no entrega del nacional, principio de cierta gravedad de las penas, principio de prohibición de sometimiento a penas inhumanas, principio de jurisdicción ordinaria, Entre otros mencionados por Luzón Peña.[218]

- No se concederá la extradición de un ecuatoriano cualquiera haya sido del delito.
- Se concederá la extradición de extranjeros solo por delitos comunes y no políticos. Esta calificación la hace el país requerido con la extradición.
- No se considerarán delitos políticos los actos de terrorismo, los crímenes contra la humanidad, atentados a la vida de un

218 Luzón Peña, Diego-Manuel (2016). Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f. Buenos Aires. Pág. 206 - 209

jefe de Estado y su familia y los delitos comunes cometidos con fines políticos (art. 5, numeral 2, Ley de Extradición)

- Hace falta la decisión judicial a nivel de Corte Nacional de Justicia y luego una decisión de gobierno (reciprocidad, orden público)
- La extradición se concede atendiendo Convenios Internacionales celebrados con otros países, y a falta de éstos por principio de reciprocidad (art. 1 ley de extradición
- Descontar el tiempo de prisión en el ecuador.

Las condiciones que debe reunir el delito cometido para ser extraditado son:

- Debe ser aplicable la ley del país requirente.
- Debe ser considerado delito tanto en la legislación del país requirente como en el Ecuador.
- Debe tener cierta gravedad con pena mínima de año.
- No debe haber prescrito la acción o la pena
- No existe extradición si el caso puede juzgarse en el Ecuador f.- No se concede extradición en los siguientes casos: -Delitos militares y delitos cometidos a través de medios de comunicación. También en los delitos de acción privada (injurias, estupro, delitos contra la propiedad)
- No se extraditarán a menores de 18 años

Concedida la extradición el país requirente se compromete a:

- No juzgar al extraditado por hechos distintos a la extradición
- No tomar en cuenta circunstancias políticas al juzgar al extraditado.
- No entregarlo a un tercer país.

- No aplicar la pena de muerte en el extraditado.
- Descontar el tiempo de prisión en el ecuador.

Sin son varios países los requirentes:

- Al país cuyo territorio se cometió el delito
- Si son varios delitos en varios países, se concede al delito más grave.
- Al país que solicitó primero si los delitos son de la misma gravedad.

V. Procedimiento de extradición pasiva.

En forma muy breve podemos decir que la solicitud de extradición se formulará por vía diplomática, o en caso de falta de representante diplomático del Estado requirente en el Ecuador, de Gobierno a Gobierno, debiendo acompañarse copia certificada de la sentencia condenatoria o del auto de prisión preventiva o resolución análoga según la legislación del país requirente, con expresión sumaria de los hechos, lugar, fecha, naturaleza y circunstancias en que fueron realizados. Además deberá acompañarse cuanta información sea conocida sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, de ser posible, su fotografía y huellas dactilares; copia de los textos legales con expresión del delito, la pena y la prescripción aplicables al caso; si el delito estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el numeral 7 del Artículo 5 de esta ley, el Estado requirente dará seguridades suficientes, a juicio del Gobierno ecuatoriano, de que tales penas no serán ejecutadas.

Los referidos documentos, originales o en copia certificada, se acompañarán de una traducción oficial al español cuando sus textos estuvieren en otro idioma; en caso de urgencia, el Presidente de la Corte Nacional de Justicia podrá ordenar la detención del sujeto reclamado en extradición, como medida preventiva,

de oficio o a solicitud expresa del Juez o Tribunal competente, funcionario diplomático o consular del Estado requirente. Si en cuarenta días no formaliza el pedido de extradición podrá ser liberado con una medida sustitutiva;

La solicitud de extradición debe ser presentada vía diplomática adjuntando todos los documentos que se requieren. Podrá ordenar la prisión preventiva del reclamado. La autoridad gubernamental, remitirá el expediente al Presidente de la Corte Nacional de Justicia y si el reclamado no estuviere en prisión, el Ministro de Gobierno ordenará a la Policía para que se practique el arresto. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia ordenará la inmediata comparecencia de éste junto con su abogado o defensor público. Le invitará a que manifieste razonadamente si consiente o no en la extradición. El Presidente de la Corte Nacional de Justicia en auto motivado aceptará o no la extradición. Es apelable ante la Corte Provincial.

VI. Procedimiento para solicitar la extradición (Extradición activa)

Este procedimiento se encuentra determinado en forma ordenada y concatenada en los artículos de la Ley de Extradición que a continuación detalle textualmente:

- El lay aplicable es la que consta en la Ley de Extradición y en forma complementaria la contemplada en los instrumentos y convenios internacionales sobre la materia.

- El juez de la causa debe remitir los antecedentes del caso al Presidente de la Corte Suprema de Justicia para que inicie el procedimiento de extradición, Debe verificar si previamente ya haya dictado auto de prisión preventiva o sentencia ejecutoriada contra quien es reclamado en extradición será necesario que se haya dictado previamente auto de prisión preventiva o recaído sentencia ejecutoriada contra el procesado cuya extradición se pretende.

- El Presidente de la Corte Suprema de Justicia resolverá si procede o no la extradición de conformidad con la legislación interna e internacional de conformidad a los Tratados celebrados entre el Ecuador y el Estado en el que el prófugo se encuentre de acuerdo a la normativa internacional.

- Si el Presidente de la Corte Suprema acepta la extradición se notificará al Ministro de Relaciones Exteriores acompañando una copia del auto de prisión {preventiva o sentencia ejecutoriada pidiendo que se practiquen las gestiones diplomáticas que sean necesarias para obtener la extradición del prófugo. Acompañará, además, una copia autorizada de los antecedentes sobre los cuales dictó prisión preventiva en contra del indicado o, de la sentencia firme que haya recaído en el proceso, si se trata de un reo condenado, los demás documentos señalados en el Artículo 7 de la ley o los que señalen los Tratados aplicables o las leyes del Estado requerido.

- El Ministro de Relaciones Exteriores legaliza loss documentos acompañados y gestionará para dar cumplimiento a la resolución del Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Si se obtiene la extradición del prófugo, solicitará al Ministerio de Gobierno que lo haga conducir del país en que se encuentre hasta ponerlo a disposición de la misma autoridad.

- En el caso a que se refiere el artículo precedente, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia ordenará que el extraditado sea puesto a disposición del Juez de la causa a quien devolverá el proceso respectivo, o procederá directamente, según sea el caso, a fin de que el juicio siga su tramitación o de que el reo cumpla su condena si hubiere sentencia ejecutoriada.

- Si el Presidente de la Corte Suprema de Justicia declara no ser procedente la extradición o si ésta no es concedida por las autoridades del Estado en que el prófugo se encuentre, se devolverá el proceso al Juez de la causa para que proceda como lo determina la ley respecto de los ausentes.

- Si el proceso comprende a un individuo que se encuentre en el extranjero y a otros individuos presentes, se observarán las disposiciones anteriores en cuanto al primero y sin perjuicio de su cumplimiento seguirá la causa sin interrupción en contra de los presentes. El proceso, en tal caso, será elevado en copia al Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
- Los jueces y tribunales se hallan obligados a solicitar la extradición del prófugo que se encuentre en territorio de otro Estado, contra quien hayan dictado o dicten auto de prisión preventiva en cualquier etapa del juicio penal, o sentencia penal condenatoria que imponga pena privativa de libertad. Por la supremacía de la ley sobre el reglamento, se declara que, en el primer caso, para proceder a la extradición, basta el auto de prisión preventiva, sin que se requiera auto de apertura del plenario o de llamamiento a juicio.

BIBLIOGRAFÍA

Arboleda Ripoli. (2005). Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Bacigalupo Enrique (1994). Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá.

Alexi Robert (2012). La Teoría de los Derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

Bacigalupo, E. (2005). Los límites del derecho penal. En L. Reyna, Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa (págs. 99 - 125). Lima: ARA Ediciones.

Bacigalupo, S. (2002). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el problema del sujeto del derecho penal. En S. y. Mir Puig, Estudios de Derecho Penal económico (págs. 124 - 153). Caracas: Livrosa C.A.

Bacigalupo, s., & Lizcano, J. (2013). La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales.

Bajo Fernández, M. (2002). Concepto y contenido del derecho penal económico. En S. y. Mir Puig, Estudios de Derecho Penal económico (págs. 3-22). Caracas: Livrosca C.A.

Bajo Fernández, M. (2005). La delincuencia económica desde el punto de vista criminologico. En L. M. reyba, Nuevas tendencias del derecho penal economico y de la empresa (págs. 19 - 57). Lima: ARA Ediciones.

Beade Iliana (2009:31). "Consideraciones acerca de la concepción kantiana de la libertad en sentido político". Revista de Filosofía. Volumen 65, (2009)

Beck Ulrich: La responsabilidad organizada. http://www.ccoo.es/arcadia/arc_01_bec.html.

Binder Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Editorial. Ad-hoc. Buenos Aires.

Boff, Leonardo (2010). La Madre Tierra, sujeto de dignidad y de derechos, Cochabamba. Rescatada del sitio https://www.scielo.br/j/rdp/a/DQvjXNFmCnhVxv4HxmhZsvB/?lang= el 23 de junio 2922

Brandariz García José (2014). El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea. Editorial Dykinson. Madrid.

Burgoa, Ignacio (1981). El juicio de amparo, México, Porrúa, 17a. ed., 1981.

Cabanellas Guillermo (2007). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires.

Camargo Hernández, César. Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia. Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet-EstudioSobreLasFuentesMediatasOIndirectasDelDerech-2777079%20(2).pdf el 23 de junio del 2022

Choclán Antonio.La inviolabilidad del Rey y sus efectos jurídico penales. Diario Digital El Español del 2 de octubre del 2020. Recuperado del sitio https://www.almendron.com/tribuna/la-inviolabilidad-del-rey-y-sus-efectos-juridico-penales/

Cántaro Alejandro. Introducción. En revista Cántaro, Programma n.1 Bahía Blanca 2005. Recuperado del sitio http://bi-

bliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-86732005001100001 el 30/04/2020

Ciappi Silvio (2010). La nueva penalidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Corte Constitucional. CASO No. 3393-17-EP SENTENCIA No. 3393-17-EP/21. Rescatada del sitio http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiNWVjZDA3My01MGNhLTRiMjYtYmRkZC01YzM4NDBjYjk1NDAucGRmJ30

Cote-Barco, Gustavo (2008). Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. Vniversitas suppl.116 Bogotá June 2008. Rescatado del sitio http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000200006

Cortina Orts Adela (1988:52). "El contrato social como ideal del estado de derecho. el dudoso contractualismo de i. kant (*)". En Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 59. Enero- Marzo 1988 Rescatado del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/Dialnet- ElContratoSocialComoIdealDelEstadoDeDerecho-26963%20(2).pdf.

Donna Edgardo (2006). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos– Teoría de la ley penal. Editores Rubizal-Culzoni. Buenos Aires.

Dworkin Ronald (2007). Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona.

Carrasquilla Fernández Juan (2002). Derecho Penal Liberal de hoy. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.

Elbert Carlos Alberto (2005:154), en Manual Básico de Criminología, Editorial Temis, Bogotá

Ferrajoli Luigi (2009). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid.

Ferro Torres Guillermo (2011). Lección 7: Interpretación de la ley penal. En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Fundación Panamericana para el Desarrollo. Guía interpretativa del alcance del delito de lavado de activos en Ecuador. Autores colectivos. Rescatado del sitio http://escuelajudicialec.com/Download/PADF2.pdf el 25 junio 2022. Págs. 42 a 45

García Cavero Percy (2012). Derecho Penal. Parte General. Jurista Editores. Lima.

Gómez Pavajeau. Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá.

Gracia Martin, Luis. (2011). Fundamentos del Sistema de Derecho Penal. Introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo. Editorial Jurídica Cevallos. Quito.

Gracia Martin, Luis. (2003). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. Editorial tiran lo Blanch Alternativa. Madrid.

Guastini Ricardo (2001). Estudios de Teoría constitucional. Primera Edición. Ediciones Fontamara. México DF.

Hassemer Winfried(2009). Seguridad por intermedio del Derecho Penal. En ¿Tiene futuro el Derecho Penal? Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

Hurtado Pozo, José. A propósito de la interpretación de la ley penal. Julio 1992 Nuevo Foro Penal, Nº 57 32. Sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/rechava2,+Gestor_a+-de+la+revista,+Derecho+penal+2.pdf

Hruschka Joachim (2009). Imputación y Derecho Penal. Editorial Aranzadi S.S. Montevideo.

Jakobs Gunther (2009). ¿Cómo protege el Derecho Penal y qué es lo que protege? En ¿Tiene futuro el Derecho Penal?, varios autores, Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.

Jakobs Gunther (2007).Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. Madrid.

Jaramillo Marín, Jefferson..Significado e impacto de la noción de contrato social en Rousseau y Kant. Alcances y limitaciones en la teoría democrática. Recuperado de http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n23/v12n23a09.pdf el 04/06/2020

Jescheck Hans y otros (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. Quinta Edición. Granada.

Jiménez García, Gustavo. Las fuentes del Derecho penal. Rescatado del sitio https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/53559/las%20fuentes%20del%20derecho%20penal.pdf el 23 de junio del 2022.

Kublen Lothar (2006). Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.

Luzón Peña, Diego Manuel. Derecho Penal. Parte General. Editorial B de f, Buenos Aires.2016

Maihofer Werner (2008:1). "Estado de derecho y dignidad humana. Editorial B de f. Buenos Aires.

Mayer Max (2007:3). Derecho penal parte general. Editorial B de f. Buenos Aires.

Mejía Quintana Oscar (1996). Justicia y Democracia consensual. Ediciones Uniandes. Bogotá.

Meini Mendez Iván (2014). En "Derecho Penal y Procesal Penal. Delitos del crimen organizado. Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima.

Milanese Pablo. "La medida de seguridad y la vuelta a la inocuización en la sociedad de la inseguridad. rescatado del sitio https://derechopenalonline.com/la-medida-de-seguridad-y-la-vuelta- a-la-inocuizacion-en-la-sociedad-de-la-inseguridad/ el 02/05/2020

Mir Puig (2014). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Barcelona.

Moccia Sergio (1192:228-229). El derecho penal entre el ser y el valor. Editorial B de f. Buenos Aires

Mir Puig Santiago (2003). Derecho Penal Parte General. Editorial Tecfoto. Quinta Edición. Barcelona.

Muñoz Conde, Francisco (2007). Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

Muñoz García, M. Del espíritu" (1758), de Claude-Adrien Helvétius: su impronta en el pensamiento penal de Cesare Beccaria. Universitas, núm. 137, 2018

Neumman Ulfrid(2006). El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.

Paz María de la Cuesta Aguado (2005). Sociedad del riesgo y Derecho Penal en Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ara Editores. Lima.

Pérez del Valle, Carlosn. La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ARTÍCULOS. RECPC.

Pulido Carlos Bernal (2012) Estudio Introductorio a la obra de Robert Alexy Teoría de los derechos fundamentales, Centros de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid.}

Quiros Pirez, Renen. Introducción a la teoría del Derecho Penal.

Quisbert Ermo. Historia del Derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes. Centro de Estudios de Derecho. Pág. 18. Rescatado del sitio https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/historia_del_derecho_penal_a_traves_de_las_escuelas_penales_-_quisbert_ermo.pdf

Rainieri, Silvio. Manual de Derecho Penal.

Ramón Ribas, Eduardo. interpretación extensiva y analogía en el derecho penal. REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, 3.ª Época, n.º 12 (julio de 2014), págs. 111-164.

Reyes Echan día. Editorial Legis. Bogotá. Colombia.

Román A., Pacheco M. (2015). Teoría del delito en el Ecuador. Editores El Fórum. Quito.

Roxín Claus (2014). La Teoría del delito en la discusión actual. Editora Jurídica Grijley. Lima.

Roxín Claus (2008). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. España.

Ruiz Carmen (2011). Lección 2: Teoría de los fines de la pena. En Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Departamento de Publicaciones de la universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Sánchez Isiquio (2014). Derecho Penal Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Santamaría Ramiro (2013). La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal. Ediciones Legales EDLE S.A. Quito.

Seber Gerbard (2006). ¿Puede ser subsidiario el Derecho penal? Aporías de in principio jurídico "indiscutido". En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.

Sánchez Isiquio Manuel (2014). Derecho Penal Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Sancinetti Marcelo (2014). Casos de Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.

Silva Sánchez Jesús (1999). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Editorial Civitas. Madrid.

Schunemann Bernd (2006). Protección de bienes jurídicos, ultima ratio, y victimo dogmática sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado de Derecho liberal. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.

Trejo Escobar, M. A. Interpretación y Argumentación Jurídica, Consejo Nacional de la Judicatura. San Salvador, El Salvador.

Ulloa Cuéllar Ana..El Estado en Kant. Rescatado del sitio http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/11/ulloa11.pdf Págs. 116-117.

Vidaurri Arechiga, Manuel. La interpretación de la ley penal (1998). www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México Libro completo en: https://goo.gl/LYyHpB

Vizcardo Jorge. "Estudio de la ley penal y su aplicación en relación con su ámbito de validez espacial". Artículo Revista

ALMA MÁTER Vol 3, N°4:143-163 (UNMSM, Lima 2016). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Vives Antón Tomas (2014). Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Segunda Editora Tiran lo Blanch. Valencia.

Welzel Hans (2015). Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Woblers Wolfgang (2006). ¿Principio fundamental del derecho Penal de un estado de derecho o principio sin un contenido expresivo propio? En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.

Zaffaroni Eugenio (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial EDIAR.Buenos Aires.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 3

CAPÍTULO PRIMERO
BREVE REFERENCIA AL DERECHO PENAL EN LA HISTORIA 7

I. Introducción 7
II. El poder punitivo en la edad antigua 7
1. Formas de penalidad en la sociedad antigua 11
A. La Venganza 11
B. Sistema de la Ley del Talión. 12
C. Expulsión de la Paz 12
D. Sistema de la Composición 12
E. La Venganza Divina 13
F. La Venganza Pública 14
III. El sistema penal de las monarquías en el Siglo XVIII 16
1. El Soberano 16
2. Una interminable lista de delitos 16
3. La severidad, crueldad, desproporción y arbitrariedad del castigo. 17
4. El castigo intimidatorio 18
5. En lo procesal la tortura desde el momento de la detención 18
6. Desigualdad de las partes en el proceso penal. 19
7. La discrecionalidad judicial 19
IV. Derecho penal y Revolución francesa 20
1. Las aportaciones de la Ilustración en el ámbito del Derecho penal. 20
2. El Contrato Social y el reformismo ilustrado en Europa 21
A. El contrato social de Montesquieu. 22
B. El contrato social en el pensamiento penal de Beccaria 25
C. El contrato social según Thomas Hobbes 28
D. El modelo de contrato social en John Locke 31

E. El modelo de contrato social de Rousseau (1712 -1778) 34
F. El Contrato Social según Kant 41
G. Otros aportes de pensadores del siglo XIX. 49
3. Características del Derecho penal liberal o clásico 50
4. ¿El Derecho penal liberal se mantienen hasta la actualidad? 52

CAPÍTULO SEGUNDO
LA IMPUTACIÓN PENAL 53
I. La imputación penal en el Derecho penal liberal 53
II. La imputación penal presume la existencia de un hombre libre y autónomo 54
III. Imputación penal y la Constitución de la República del Ecuador 55
1. La imputación penal se fundamenta en un Derecho penal de acto 57
2. La imputación en el Derecho penal de Autor 58
3. Derecho penal de acto en el COIP 58
IV. Derecho Penal y la Moral 60
1. ¿Cuándo la sociedad considera delitos ciertas actividades inmorales? 61
2. Principio de Separación entre Derecho penal y Moral 63
3. El Principio de separación entre moral y delito. 64
4. El Principio de separación de la moral y el proceso penal. 65
5. El Principio de separación de la moral y la pena. 66

CAPÍTULO TERCERO
DERECHO PENAL OBJETIVO 67
I. Introducción 67
II. Finalidad de Control Social 68
1. Los medios de control social formales 69
2. Los medios de control social informales 69
3. El Derecho penal como un medio de control social 69
4. Características del Derecho penal como medio de control social 71
III. El Derecho Penal y la violencia. 72
IV. Definición de Derecho penal objetivo. 75
1. Definición Clásica 75
2. ¿Por qué no es suficiente la definición clásica de Derecho penal? 76
3. Definición de Derecho Penal de Zaffaroni 79
V. La norma jurídica penal 81
1. La expectativa de la ley penal 82
2. Definición de la norma jurídica penal 83
A. Normas primarias y normas secundarias 84

3. Estructura de la norma penal 86
4. Funciones de la norma penal 86
A. Función de protección de los bienes jurídicos 87
B. Función de motivación de los bienes jurídicos 87
C. Normas de valoración y normas de determinación 89
i. Tipo penal 89
ii. Normas de valoración y normas de determinación 90
iii. Normas primarias y secundarias 91
iv. Textos legales penales o proposiciones jurídicas 92
v. La ley penal en blanco 92

CAPÍTULO CUARTO
FUNCIONES DEL DERECHO PENAL 95
I. Introducción 95
1. La función protectora de la sociedad del Derecho penal 96
A. Función ético social del Derecho penal 96
B. Función de limitar el poder punitivo del Estado 97
C. Función de protección de bienes jurídicos 100
i. Definición de Bienes jurídicos 100
ii. El Derecho Penal protege bienes jurídicos. 100
D. Función motivadora del Derecho Penal 102
E. La función de reparación integral a la víctima. 103
F. La función preventiva del Derecho Penal. 104
i. El peligro del Derecho penal preventivo. 106
G. La Función simbólica del Derecho penal 107
II. Funciones del Derecho penal en el COIP 108
1. Normar el poder punitivo del Estado 108
2. Tipificar las infracciones penales 109
3. Establecer el juzgamiento de las personas y el debido proceso 109
4. Promover la rehabilitación del sentenciado y la reparación a la víctima 110

CAPÍTULO QUINTO
TEORÍAS DE LA PENA 111
I. Introducción 111
II. Las Teorías de la Pena 112
1. Consideraciones generales sobre la pena 112
2. Teorías Absolutas o Retributivas 115
A. Críticas a las teorías Absolutas o Retribucionistas 117

3. Las Teoría Relativas o Teorías de la Prevención 119
A. Teoría de la prevención general de la pena 120
B. Teoría de la prevención general positiva. 120
C. La prevención general negativa 123
i. Criticas a las teorías de la prevención general positiva: 123
ii. Crítica a la teoría de la prevención general negativa. 125
D. Teorías de la prevención especial de la pena. 126
i. Teorías de la Prevención Especial Positiva 128
ii. Teoría de la Prevención Especial Negativa 129
iii. Crítica a las teorías de la prevención especial de la pena 130
4. Teorías Mixtas o Eclécticas de la Unión 131
5. Teoría Consensual de la Pena 133
6. Teorías Deslegitimantes de la Pena 134
A. Teoría Negativa o Agnóstica de la pena 134
B. El Derecho Penal Mínimo 135
C. El abolicionismo Penal 136
III. La Pena en el Código Orgánico Integral Penal 137
1. La humanización de la pena 137
2. Principio de legalidad de la pena 138
3. Principio de culpabilidad de la pena 138
4. Principio de proporcionalidad de la pena 138
5. El derecho penal de acto presente en la pena. 139
IV. La finalidad de la Pena en el COIP 139
1. La prevención general para la comisión de delitos 140
2. Desarrollo progresivo de capacidades de la persona con condena 143
3. La reparación del derecho a la víctima 143
A. Reparación a la víctima como una auténtica especie de pena 144
B. Reparación a la víctima como elemento sustitutivo de la pena 144
C. La reparación de la víctima como un nuevo fin de la pena 145
D. Reparación a la víctima realización de los fines de la pena 145
4. Posición del COIP 146
A. La pena no tiene como fin el aislamiento y la neutralización 148
i. La Inocuización 149
ii. El aislamiento 150
iii. La eliminación 151
B. El COIP adopta teoría de la prevención mixta de la pena 152

CAPÍTULO SEXTO
DERECHO PENAL SUBJETIVO 155
I. Introducción 155
II. El Ius Puniendi o el Derecho del Estado a castigar 155
1. Definición de ius puniendi 157
III. Los fundamentos constitucionales del Derecho Penal ecuatoriano 159
IV. La Constitución como modelo axiológico 159
V. El carácter normativo de la Constitución 160
VI. El Estado constitucional de Derechos y Justicia 161
VII. La Constitucionalización del Derecho penal en el Ecuador 164
1. Constitución, los principios y los derechos fundamentales 165
A. Los principios 165
B. Derechos fundamentales y Estado constitucional de derechos. 166
C. El bloque de constitucionalidad 167
2. Estado constitucional de derechos y el Derecho penal 168
3. La Constitución impone límites al poder punitivo del Estado 169
4. La dignidad humana y el Derecho penal 170
A. Dignidad humana y titularidad de derechos. 171
B. Principio del libre desarrollo de la personalidad 174
5. Los principios que limitan el poder punitivo en el Estado de derechos 175
A. Introducción histórica 175
B. Los principios limitadores en el COIP 178
C. Principios, derechos y garantías procesales en el COIP 178
D. Principios procesales 180

CAPÍTULO SÉPTIMO
PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO 189
I. Introducción 189
II. Principios fundamentales del Derecho penal Ecuatoriano 190
1. Principio de intervención mínima 191
2. El Principio de legalidad penal 192
A. Una garantía criminal 194
B. Una garantía penal 194
C. Una garantía jurisdiccional 194
D. Una garantía de ejecución de la pena 195
3. Principio de Legalidad de los delitos y de las penas 196
A. Lex Certa (Ley clara y precisa) 196
B. Lex Stricta (Ley Estricta) 198

C. Lex Scripta (Ley Escrita) 199
D. Lex Previa (Prohibición de la retroactividad de la ley penal) 201
4. Principio de Culpabilidad 202
A. La Prohibición de la Responsabilidad Objetiva 202
B. Presupuestos del Principio de Culpabilidad 203
i. La pena presupone la previa existencia de culpabilidad 204
ii. La pena no debe sobrepasar la medida de culpabilidad 204
5. Que la prevención no sobrepase el límite de la pena justa 204
A. Principio de personalidad de las penas 205
B. Principio de responsabilidad por el acto cometido. 205
C. El Principio de atribuibilidad normal o de imputabilidad 206
D. Conclusión: Contradicciones en el principio de culpabilidad 207
6. Principio de Lesividad 209
A. El bien jurídico como objeto de protección de la ley penal 209
B. Definición de bien jurídico 210
C. Los riesgos, el resultado y el peligro concreto 212
i. El riesgo 212
ii. En relación con el Resultado 214
iii. Los delitos de peligro abstracto 215
7. Principio de Proporcionalidad 217
A. Principio de Idoneidad 218
B. Principio de necesidad 218
C. El principio de proporcionalidad propiamente dicho 218
D. El Principio de proporcionalidad de la pena en el COIP 219
i. Idoneidad 220
ii. Principio de necesidad 221
iii. El principio de proporcionalidad en sentido estricto. 221
iv. La proporcionalidad y las medidas de seguridad 223
8. El Principio de personalidad de las penas 224
9. Principio de exterioridad 225

CAPÍTULO OCTAVO
FUENTES DEL DERECHO PENAL 229
I. Introducción 229
1. La Ley como fuente del Derecho penal 230
2. ¿La Constitución como fuente o límite del Derecho penal? 232
3. La costumbre como fuente del Derecho penal 235
4. La jurisprudencia de la Corte Constitucional 237

5. Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia 239
6. La Doctrina y los principios generales del derecho 240
7. Los Tratados Internacionales 242

CAPÍTULO NOVENO
LA LEY PENAL Y LA INTERPRETACIÓN 245
I. Introducción 245
II. Concepto de ley penal 246
1. Ley penal formal 246
2. La ley penal material 247
III. La Interpretación de la ley penal 247
3. Clases de Interpretación 251
A. De acuerdo con su origen 252
i. Interpretación auténtica 252
ii. La interpretación judicial 253
iii. La interpretación doctrinaria 253
B. Interpretación de acuerdo con los medios que se utilizan 254
i. Interpretación gramatical 254
ii. Interpretación sistemática 257
iii. Interpretación histórica 257
iv. Interpretación teleológica 258
C. Interpretación por sus resultados 259
i. Interpretación declarativa 259
ii. Interpretación restrictiva 259
iii. Interpretación Extensiva 260
iv. Interpretación progresiva: 261
v. La Interpretación In dubio Pro reo 262
4. Problemas de la interpretación de las leyes penales. 263
A. Erratas de imprenta 263
B. Errores de redacción 263
IV. La interpretación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal COIP 264
1. Interpretación constitucional 265
2. El método de interpretación literal o gramatical. 266
3. Prohibición del sistema de interpretación por analogía 267
4. Prohibición de la analogía in malan partem. 268
5. Permisión de la analogía in bonam partem 270
V. Ejercicio práctico de interpretación de la ley penal 272

CAPÍTULO DÉCIMO
ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL 277
I. Introducción 277
II. Ámbito Temporal de la Ley Penal. 278
1. El principio general de irretroactividad de la ley penal 279
2. Excepciones al principio de irretroactividad de la ley 281
A. Se aplicará la ley penal posterior más favorable al reo 281
B. Se aplicará la ley procesal penal más favorable al reo 282
C. Problemas en la aplicación del principio de irretroactividad 283
III. Ámbito espacial de la ley penal 284
1. Principio de territorialidad 285
2. Principio de extraterritorialidad 285
A. Principio de nacionalidad 286
B. Principio de defensa 286
C. Principio de Universalidad o de justicia mundial 286
3. La Validez Espacial en la legislación penal ecuatoriana 287
A. Principio de territorialidad 287
B. Principio de Extraterritorialidad 287
C. Principio de Universalidad 289
4. Validez de la ley penal según el lugar del delito 289
A. Doctrina de iniciación del acto 290
B. Doctrina del resultado final 290
C. Teoría de ubicuidad 290
D. Doctrina de la equivalencia o justicia universal 292
IV. Ámbito personal de aplicación de la ley penal 292
1. El Artículo 128 de la Constitución de la República 294
2. La Inviolabilidad 298
A. Inviolabilidad diplomática 299
B. Inviolabilidad parlamentaria 301
C. Inviolabilidad del Defensor del Pueblo 305
3. Las Inmunidades 306
A. La Inmunidad parlamentaria 306
B. La Inmunidad Presidencial por antejuicio político 307
C. Improcedencia de la inmunidad en contratación pública 309
4. El Fuero 309
A. Fuero del Pleno de la Corte Nacional de Justicia. 311
B. Fuero de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia. 312
C. Fuero de las Salas de las Cortes Provinciales 313

D. Se descarta en los casos de violencia contra la mujer y familia. 314
V. Ámbito material de la ley penal. 314
1. El Principio de reserva legal 316
2. Principio de reserva legal penal como límite del poder punitivo 318
3. El COIP y el principio de reserva legal penal 318

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO
LA EXTRADICCIÓN 321
I. Introducción 321
II. Definición de la Extradición 322
III. Clases de Extradición 323
1. Judicial 323
2. Administrativa 324
3. Mixta 324
IV. La Extradición en el Ecuador: y los principios que la rigen 324
V. Procedimiento de extradición pasiva. 327
VI. Procedimiento para solicitar la extradición (Extradición activa) 328

BIBLIOGRAFÍA 331

ENTRE LAS OBRAS E INVESTIGACIONES JURÍDICAS REALIZADAS Y PUBLICADAS, CONSTAN:

- Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador.
- La Teoría del Delito en el Ecuador.
- Aspectos Criminológicos y Penales de la corrupción en la contratación pública en el Ecuador. 2016.
- Estado Neo Constitucional, la Culpabilidad Penal y los Waoranis: La motivación Penal desde lo Constitucional.
- Aspectos Criminológicos de la corrupción en la contratación pública en el Ecuador: años 2009 a 2012.
- ¿Tienen derechos fundamentales las personas Jurídicas en el Ecuador?
- El problema de la inconstitucionalidad de la omisión impropia del Código Orgánico Integral Penal.
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de la Unión Europea y de Latinoamérica.
- La autoría mediata mediante el dominio de los aparatos de poder en la arquitectura de la corrupción en el Ecuador.
- Informe de la Comisión de Veedores de la Mesa de la Verdad y Justicia: por los derechos de los ex judiciales destituidos por el Consejo de la Judicatura.
- Previsiones procesales para un compliance basado en el modelo de responsabilidad penal en el Ecuador.
- Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas en el Ecuador. (Coautoría con la Dra. Brenda Guerrero Vela).
- El Juzgamiento Penal de las Personas Juridicas en el Ecuador.
- Principios Fundamentales del Derecho Penal.

"Las normas penales y el sistema jurídico le permiten al Estado alcanzar sus fines, dotándole del monopolio del uso legítimo de la coacción y de los medios para proveerse de los instrumentos que le permitan cumplir su cometido. La actuación del mismo debe limitarse a lo exigido por la ley, pero si se extralimita tiene la capacidad de auto regularse positivamente dependiendo del grado de madurez democrática que rija ese sistema...

...Desde concepciones más realistas, todo acto que realiza el Estado proviene de la voluntad de una persona física que forma parte de esa estructura normativa llamada Estado y que si cumple con las reglas de sus competencias aparece como si fuera una decisión estatal. Estas actuaciones individuales de quienes conforman el Estado deben ser respaldadas coactivamente porque son expresiones de la voluntad estatal y tienen fuerza vinculante para todos..."

Dr. Mauricio Enrique Pacheco

ISBN: 978-9942-42-947-6