

Mauricio Enrique Pacheco

FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR

Universidad Central del Ecuador

EL FORUM



EDITORES

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCE
SU VENTA ES PENADA POR LA LEY

P:1

e:06

B:04

345
P116
F31

2D: 52924

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR

INVENTARIO

Compra:..... Dinación: ☒ Transfer: ☐

Proveedor: D. Humberto Enrique Pacheco

Factura:..... Fecha: 22-09/16 Precio:.....

Nº Inf. Recep.:..... Fecha Inf.:.....

Nº Alta:.....

Biblioteca:..... Instituto de la

C: 12546



Los Fundamentos de Derecho
Penal en el Ecuador

2015



ISBN 9 789942 215895

REVISADO por PARES CIEGOS || UNIVERSIDAD CENTRAL del ECUADOR

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación electrónica y carátula: rodrigol

Impreso en Editorial Jurídica EL FORUM

Manuel Larrea N16 - 26 y Buenos Aires

Teléfonos: 3130 565 / 0998 043 275

email: elforum1editores@yahoo.es

D. M. Quito Ecuador

Esta edición y sus características gráficas son exclusivas de Editorial Jurídica EL FORUM y no podrán ser reproducidas total o parcialmente sin autorización de la editorial.

LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL EN EL ECUADOR

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPITULO I

1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO.	17
1.1.- Fundamentos históricos del Derecho Penal liberal.	17
1.1.1.- Principales postulados del Derecho Penal liberal clásico.	19
1.2.- Derecho Penal Liberal y el individuo.	20
1.2.1.- El Contrato Social y el Derecho Penal.	23
1.3.- La imputación penal y el sistema penal.	27
1.3.1.- La imputación penal presume la existencia de un hombre libre y autónomo.	27
1.3.2.- La imputación penal se fundamenta en un Derecho Penal de acto. ...	30
1.3.2.1.- Derecho Penal de Autor.	31
1.3.2.2.- Derecho Penal de Acto en el COIP.	32
1.3.3.- Derecho Penal y la Moral.	32
1.3.3.1.- Principio de Separación entre Derecho Penal y Moral.	35
1.3.3.1.1.- El Principio de Separación en la concepción del Delito.	35
1.3.3.1.2.- El Principio de Separación en la concepción del Proceso Penal.	36
1.3.3.1.3.- El Principio de Separación en la concepción de la Pena.	36

CAPITULO II

2. DERECHO PENAL OBJETIVO.	37
2.1.- Finalidad de Control Social.	38
2.1.1.- Los medios de control social Formales.	39
2.1.2.- Los medios de control social Informales.	39
2.2.- El Derecho Penal como un medio de control social.	39
2.3.- Características del Derecho Penal como medio de Control Social.	40
2.3.1.- El Derecho Penal y la violencia.	40
2.4 Definición Moderna del Derecho Penal.	43
2.4.1.- Definición de Derecho Penal de Zaffaroni.	44
2.5.- Concepto de Norma jurídico – penal.	46

2.5.1.- Una norma jurídica-penal.	46
2.5.2.- Normas primarias y normas secundarias.	47
2.5.2.1.- Normas de valoración.	48
2.5.2.2.- Normas de determinación.	48
2.5.3.- Textos legales penales o proposiciones jurídicas.	48
2.6.- La ley penal en blanco.	49
2.7.- Funciones del Derecho Penal.	50
2.7.1.- La función protectora de la sociedad que tiene el Derecho Penal.	51
2.7.1.1.- La función ético social del derecho Penal.	51
2.7.1.2.- Función de limitar el poder punitivo del Estado.	53
2.7.1.3.- La función de protección de bienes jurídicos.	55
2.7.1.3.1.- Bienes jurídicos.	55
2.7.1.3.2.- El Derecho Penal protege bienes jurídicos.	55
2.7.1.4.- La función motivadora del Derecho Penal.	57
2.7.1.5.- La función de reparación integral a la víctima.	58
2.7.2.- La función preventiva del Derecho Penal.	58
2.7.2.1.- El peligro del Derecho Penal preventivo.	60
2.8.- Funciones del Derecho Penal en el COIP.	61
2.8.1.- Normar el poder punitivo del Estado.	61
2.8.2.- Tipificar las infracciones penales.	62
2.8.3.- Establecer el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso.	62
2.8.4.- Promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación del derecho a la víctima.	63
2.9.- Las Teorías de la Pena.	64
2.9.1.- Consideraciones generales sobre la pena.	64
2.9.2.- Teorías Absolutas o Retributivas.	67
2.9.2.1.- Críticas a las teorías Absolutas o Retribucionistas.	69
2.9.3.- Las Teoría Relativas o Teorías de la Prevención.	70
2.9.3.1.- La Prevención General.	71
2.9.3.1.1.- Teoría de la Prevención General Positiva.	72
2.9.3.1.1.1.- Crítica a la prevención general positiva.	74
2.9.3.1.2.- La Prevención General Negativa.	75

2.9.3.1.2.1.- Crítica a la Teoría de la Prevención general negativa.	75
2.9.3.1.3.- Conclusión y crítica a las teorías de la prevención general.	78
2.9.3.2.- Teorías de la Prevención Especial de la pena.	78
2.9.3.2.1.- Teoría de la Prevención Especial Positiva.	78
2.9.3.2.2.- Teoría de la Prevención Especial Negativa.	79
2.9.3.2.3.- Conclusiones y crítica a las teorías de la prevención especial de la pena.	79
2.9.4.- Teorías Mixtas o Eclécticas de la Unión.	80
2.9.5.- Teoría Consensual de la Pena.	82
2.9.6.-Teorías Deslegitimantes de la Pena.	82
2.9.6.1.- Teoría Negativa o Agnóstica de la pena.	82
2.9.6.2.- El Derecho Penal Mínimo.	83
2.9.6.3.- El Abolicionismo Penal.	83
2.10.- La Pena en el Código Orgánico Integral Penal.	84
2.10.1.- Definición de pena.	84
2.10.2.- Finalidad de la Pena en el COIP.	86
2.10.2.1.- La prevención general para la comisión de delitos.	86
2.10.2.2.- El desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena.	88
2.10.2.3.- La reparación del derecho a la víctima.	89
2.10.2.3.1.- La reparación a la víctima como una auténtica especie de pena.	89
2.10.2.3.2.- La reparación a la víctima como elemento sustitutivo o alternativo de la pena.	90
2.10.2.3.3.- La reparación de la víctima como un nuevo fin de la pena independiente de los fines tradicionales (retribución, prevención,expiación, mixtas).	90
2.10.2.3.4.- La reparación a la víctima como una sanción que ayuda a la realización de los fines de la pena.	90
2.10.2.3.5.- Posición del COIP.	91
2.10.2.4.- La garantía de que la pena no tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.	93
2.10.2.4.1.- La Inocuidad.	93
2.10.2.4.1.1.-El aislamiento.	94
2.10.2.4.1.2.- La eliminación.	94

2.10.2.5.- El COIP adopta la teoría de la prevención limitada o Mixta de la pena.	95
--	----

CAPITULO III

3. DERECHO PENAL SUBJETIVO.	99
3.1.- El Ius Puniendi o el Derecho del Estado a castigar.	99
3.2.- Los fundamentos constitucionales del Derecho Penal ecuatoriano.	100
3.2.1.- El Neo constitucionalismo y Estado Constitucional de Derechos.	101
3.2.1.1. La Constitución como modelo axiológico.	101
3.2.1.2.- El carácter normativo de la Constitución.	102
3.2.1.3.- El Estado constitucional de Derechos y Justicia.	102
3.2.2. La Constitucionalización del Derecho en el Ecuador.	105
3.2.3.- Constitución, los Principios y los Derechos Fundamentales.	105
3.2.3.1.- Los principios.	105
3.2.3.2.- Los Derechos fundamentales y el Estado constitucional de derechos... ..	106
3.2.4.- Estado constitucional de derechos y el Derecho Penal.	108
3.2.4.1.- La Constitución impone límites al poder punitivo del Estado.	109
3.3.- Los principios que limitan el poder punitivo en el Estado Constitucional de Derechos.	110
3.3.1.- Introducción histórica.	110
3.3.2.- Los principios limitadores en el COIP.	112
3.3.2.1.-Principio de Intervención Mínima.	113
3.3.2.2.- Dignidad Humana y Titularidad de Derechos.	115
3.3.2.2.1.- La dignidad como base del ordenamiento jurídico.	115
3.3.2.2.2.- La dignidad humana y el COIP.	117
3.3.2.2.3.- Principio del libre desarrollo de la personalidad.	119
3.3.2.3.- La tabla de principios, derechos y garantías procesales establecidas y definidas según el COIP.	120
3.3.2.3.1.- Principios procesales.	120
3.3.2.3.2.- Garantías en caso de privación de la libertad.	124
3.3.2.4.- Principios fundamentales del Derecho Penal Ecuatoriano.	129
3.3.2.4.1.- El Principio de Legalidad Penal.	130
3.3.2.4.1.1.- Una garantía Criminal.	132

3.3.2.4.1.2.- Una garantía Penal.	131
3.3.2.4.1.3.- Una garantía de Jurisdiccional.	132
3.3.2.4.1.4.- Una garantía de Ejecución de la Pena.	132
3.3.2.4.2.- Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.	133
3.3.2.4.2.1.- Lex Certa (Ley clara y precisa).	133
3.3.2.4.2.2.- Lex Stricta (Ley Estricta).	135
3.3.2.4.2.3.- Lex Scripta(Ley Escrita).	136
3.3.2.4.2.4.- Lex Previa (Prohibición de la retroactividad de la ley penal)..	137
3.3.2.4.3.- Principio de Culpabilidad.	137
3.3.2.4.3.1.- La Prohibición de la Responsabilidad Objetiva.	137
3.3.2.4.3.2.- Presupuestos del Principio de Culpabilidad.	139
3.3.2.4.3.2.1.- La pena presupone la previa existencia de culpabilidad.	139
3.3.2.4.3.2.2.- La pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad.	139
3.3.2.4.3.2.3.- El principio de culpabilidad evita que la necesidad de pre vención sobrepase el límite de la pena justa.	139
3.3.2.4.3.3.- Principio de personalidad de las penas.	140
3.3.2.4.3.4.- Principio de responsabilidad por el hecho o por el acto come- tido.	140
3.3.2.4.3.5.- El Principio de atribuibilidad normal o de imputabilidad.	141
3.3.2.4.3.6.- Conclusión: Aspectos contradictorios al principio de culpabi- lidad.	141
3.3.2.5.-Principio de Lesividad.	142
3.3.2.5.1.- El bien jurídico como objeto de protección de la ley penal.	143
3.3.2.5.2.- Definición de Bien Jurídico.	143
3.3.2.5.3.- Los riesgos, el resultado y el peligro concreto.	145
3.3.2.5.4.- El riesgo.	145
3.3.2.5.5.- En relación con el Resultado.	147
3.3.2.5.6.- Los delitos de peligro abstracto.	148
3.3.2.6.- Principio de Proporcionalidad.	149
3.3.2.6.1.- Principio de Idoneidad.	150
3.3.2.6.2.- Principio de necesidad.	150
3.3.2.6.3.- El principio de proporcionalidad propiamente dicho.	150
3.3.2.6.4.- El Principio de proporcionalidad de la pena en el COIP.	151
3.3.2.6.4.1.- Idoneidad.	152

3.3.2.6.4.2.- Principio de necesidad.	153
3.3.2.6.4.3.- El principio de proporcionalidad en sentido estricto (Ponderación).	153
3.3.2.6.5.- La proporcionalidad y las medidas de seguridad.	154
3.3.2.7.- El Principio del Injusto Personal.	155
3.3.2.8.- Principio de Exterioridad.	156

CAPITULO IV

4. FUENTES DEL DERECHO PENAL.	159
4.1.- La Ley como fuente del Derecho Penal.	159
4.2.- La costumbre como fuente del Derecho Penal.	161
4.3.- La Jurisprudencia de la Corte Constitucional.	162
4.4.- La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.	162
4.5.- La Doctrina y los principios generales del Derecho.	163
4.6.- Los Tratados Internacionales.	164

CAPITULO V

5. LA LEY PENAL Y LA INTERPRETACIÓN.	165
5.1.- Concepto de ley penal.	165
5.1.1. Ley penal formal.	165
5.1.2.- La ley penal material.	165
5.2.- La Interpretación de la ley penal.	166
5.2.1.- Clases de Interpretación.	168
5.2.1.1.- De acuerdo a su Origen la interpretación puede ser.....	168
5.2.1.2.- interpretación de acuerdo a los medios que se utilizan en la Interpretación.	169
5.2.1.2.1.- Interpretación Gramatical.	169
5.2.1.2.2.- Interpretación Sistemática.	171
5.2.1.2.3.- Interpretación histórica.	172
5.2.1.2.4.- Interpretación Teleológica.	172
5.2.1.3.- Interpretación por sus Resultados.	173
5.2.1.3.1.- Interpretación Declarativa.	173

5.2.1.3.2.- Interpretación Restrictiva.	173
5.2.1.3.3.- Interpretación Extensiva.	173
5.2.1.3.4.- La Interpretación In dubio Pro reo.	173
5.2.1.4.- Problemas de la interpretación de las leyes penales.	173
5.2.1.4.1.- Erratas de Imprenta.	173
5.2.1.4.2.- Errores de redacción.	174
5.2.1.5.- La interpretación de la ley penal en el Código Orgánico Integral Penal COIP.	174
5.2.1.5.1.- Interpretación Constitucional.	175
5.2.1.5.2.- El método de interpretación literal o gramatical.	176
5.2.1.5.3.- Prohibición del sistema de interpretación por Analogía.	176
5.2.1.5.3.1.- Prohibición de la Analogía in malam partem.	177
5.2.1.5.3.2.- Permisión de la Analogía in bonam partem.	178

CAPITULO VI

6. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL.	181
6.1.- Ámbito Temporal de la Ley Penal.	182
6.1.1.- El principio general de Irretroactividad de la Ley Penal.	183
6.1.2.- Excepciones al principio de Irretroactividad de la ley.	184
6.1.3.- Problemas en la aplicación del Principio de Irretroactividad.	185
6.2.- Ámbito espacial de la ley penal.	186
6.2.1.- Principio de Territorialidad.	186
6.2.2.- Principios Extraterritoriales.	187
6.2.2.1.-Principio de nacionalidad.	187
6.2.2.2.-Principio de Defensa.	187
6.2.2.3.- Principio de Universalidad o de justicia mundial.	187
6.2.3.- La Validez Espacial en la legislación penal ecuatoriana.	188
6.2.3.1.- Principio de Territorialidad.	188
6.2.3.2.- Principio Extraterritorial.	188
6.2.3.3.- Principio de Universalidad.	190
6.2.3.4.- Validez de la ley penal según el lugar del delito.	190
6.2.3.4.1.-Doctrina de iniciación del acto.	190
6.2.3.4.2.-Doctrina del resultado final.	190

6.2.3.4.3.- Doctrina de la equivalencia.	190
6.3.- Ámbito personal de aplicación de la ley penal.	191
6.3.1.- La Inviolabilidad.	192
6.3.1.1.- Inviolabilidad Diplomática.	192
6.3.1.2.- Inviolabilidad Parlamentaria.	193
6.3.1.3.- Inviolabilidad del Defensor del Pueblo.	195
6.3.2.- Las Inmunidades.	195
6.3.2.1.- La Inmunidad Parlamentaria.	198
6.3.2.2.- La Inmunidad Presidencial por antejuicio político.	198
6.3.2.3.- La inmunidad a los funcionarios públicos por los delitos derivados de la Ley de Contratación Pública.	199
6.3.3.- El Fuero.	199
6.3.3.1.-Fuero del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.	200
6.3.3.1.- Fuero de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.	200
6.3.3.1.- Fuero de las Salas de las Cortes Provinciales.	200
6.4.- Ámbito material de la ley penal.	201
6.4.1.- El Principio de Reserva Legal.	202
6.4.1.1.- La importancia del principio de reserva legal penal como límite del poder punitivo.	202
6.4.1.2.- El COIP y el principio de reserva legal penal.	203
Bibliografía.	205

PRESENTACIÓN

Sabemos que la contribución al desarrollo de la dogmática penal es muy incipiente en el Ecuador. Pocos trabajos dignos de consideración plantean retos teóricos merecedores de una preocupación académica investigativa. En el campo del Derecho Penal a raíz de la expedición de la Constitución del 2008 el neo constitucionalismo imprime su sello característico en el diseño institucional de la sociedad ecuatoriana. La aplicación directa de las normas constitucionales; la incorporación de la normativa internacional de derechos humanos a la tabla de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna, como por ejemplo, los derechos de protección; la judicialización de la ejecución de la pena; las garantías constitucionales, el nuevo papel de la Corte Constitucional como la máxima fuente del Derecho penal, los principios que rigen el sistema penal acusatorio, y otros derechos más, obligan a repensar que el origen y el fundamento del ordenamiento legal y del Derecho Penal en particular tiene en la Constitución de la República del Ecuador, sino la única, la principal fuente de legitimación e inspiración.

De esta forma la constitución adquiere la característica de inspiración axiológica de la ley penal desde la perspectiva de la interpretación legal que impone como referente principal los principios y las garantías que contiene las tablas constitucionales de derechos fundamentales y principios que se traducen en bienes jurídicos protegidos por la norma penal.

Desde la Exposición de Motivos, realizada por el legislador para la expedición del Código Orgánico Integral Penal, hasta el desarrollo de su normativa responden a la necesidad de constitucionalizar el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano para que sus instituciones jurídicas estuvieran a tono de este nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que pregona la carta constitucional. La ley penal debe estar investida y ser receptora de la emanación garantista proveniente de la Constitución como único mecanismo

efectivo de asegurar el libre desarrollo de la personalidad y defensa de la dignidad humana objeto principal y legitimante de las actividades del Estado dentro de los límites impuestos por la misma ley penal.

De esta forma el Código Orgánico Integral Penal se transforma en una instrumento efectivo de desarrollar los principios constitucionales que rige el poder punitivo y las garantías que rodean al proceso penal en el marco de una función otorgada por el mismo COIP, como es, el limitar el poder punitivo del Estado.

La limitación del poder punitivo utiliza como armas los principios y garantías constitucionales desplegadas en el COIP en uso de la reserva de ley que le asigna la Constitución y en la actualidad corren el peligro de una constante proceso de flexibilización que retrocede la tradición, impuesta por el Derecho Penal liberal, de ver en la libertad del individuo la base fundante de todas las instituciones jurídicas de un Estado; y porque el acelerado proceso de industrialización a gran escala y un desarrollo tecnológico-financiero sin barreras han llevado al mundo a que la política criminal inicie un proceso de desmantelamiento de las garantías básicas en aras de una supuesta seguridad ciudadana bajo el dudoso pretexto de fortalecer una política de combate a los crecientes índices delincuenciales.

Fundamentar brevemente en la historia, en la doctrina y en la Constitución estos principios de la institucionalidad garantista del Derecho Penal ecuatoriano es la tarea que se propone el investigador y docente de nuestra Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Dr. Mauricio Enrique Pacheco, como una contribución al debate jurídico – académico que contribuya a incrementar con el arsenal de argumentos y elementos teóricos que se requerirá para la defensa de un institucionalidad acorde con el garantismo constitucional que tanto se pregonaba en defensa del ciudadano de este País.

Dr. Patricio Sánchez Padilla

Decano de La Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Universidad Central del Ecuador

DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

Catedrático del Derecho Penal y Procesal Penal
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador.

CAPITULO I

1.- FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL ECUATORIANO

1.1.- Fundamentos históricos del Derecho Penal liberal.

El Derecho Penal clásico de corte liberal se desarrolla a la par de lo que se conoce como Estado de Derecho que surge por contraste al Estado absolutista en la Europa del siglo XVIII, y propone al Derecho como límite al ejercicio del poder del Estado monarquista. Pero no es cualquier Derecho el que se opone sino uno inspirado en los postulados del liberalismo ideológico que defendió la existencia de un conjunto de derechos fundamentales anteriores al Estado, propios de derecho natural, como son los principios de la libertad, la igualdad, la propiedad privada, la soberanía popular y la separación de las funciones del Estado. Principios que a su vez definen en mayor o menor grado el Estado constitucional de derechos contemporáneo.

La ilustración fue una corriente del intelectualismo de la Europa del siglo XVII y XVIII auspiciado por una clase burguesa en constante ascenso que buscaba un espacio propio para su proyecto de sociedad atacando los fundamentos del sistema absolutista que experimentaba una declinación constante ante el avance del pensamiento científico, matemático filosófico y religioso. En materia penal preconizaba un proceso penal basado en la igualdad procesal de las personas como natural reflejo de la igualdad ciudadana frente al sistema social. Hasta ese momento las penas del sistema inquisitivo absolutista se asentaba sobre el montaje estructural de un sistema cruel e inhumano de aplicación penal que impulsó a los pensadores de la Ilustración cubrir la

necesidad de humanizar el sistema de imposición de sanciones.

La incertidumbre en la aplicación de las leyes como consecuencia de la cambiante voluntad del soberano impedía que las personas conozcan qué conductas son delitos y qué penas se aplican en caso de incurrir en tales supuestos. Urgía la necesidad de predeterminedar un marco positivo de leyes que defina los delitos y las penas y todo el marco normativo al que se someten los ciudadanos. El principio de legalidad implica conductas delictivas previamente establecidas, algo que fue sustentado magistralmente por pensadores como Kant, Hegel, Feuerbach, Beccaria, Carrara y otros.

La Revolución Francesa de 1789 y el posterior proceso de positivización del derecho natural a través de las constituciones y códigos penales dieron luz a la estructuración de un sistema de principios penales que transformaron radicalmente el sistema absolutista vigente hasta esa época.

Con la obra de Beccaria titulada "De los delitos y las penas" publicada en 1764 comienza un periodo de humanización caracterizado por la fundamentación contractualista del Derecho Penal. En efecto, la teoría del contrato social como fuente de legitimación del poder punitivo del Estado hecha por tierra el origen divino del poder de la monarquía. Los hombres ceden sus derechos para la creación del Estado con la finalidad de que éste asegure la paz y el bienestar de todos los ciudadanos. No pueden ceder voluntariamente el derecho a la vida porque el objeto del contrato era asegurarla fundamentándose, con este presupuesto, el creciente desapego de las legislaciones de imponer la pena de muerte para ciertos delitos.

El Estado liberal y el Derecho Penal de corte liberal, postula que las penas deben ser más humanas y previamente establecidas. Los jueces no deben interpretar la ley sino emitir sentencias con la ayuda de una categoría lógica y racional del silogismo en el cual la premisa mayor es la ley penal, la premisa menor es el hecho objeto del juicio y la conclusión es la sentencia impuesta. Anticipa el carácter preventivo de la pena como instrumento de evitación de la reincidencia de las conductas delictivas del condenado y para que la pena inspire temor en la sociedad a imitar esas conductas. Consagra el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. Postulados en seria acogidos en la Declaración de los Derechos el Hombre y del Ciudadano, conocida como la Declaración francesa de 1789.

El Derecho Penal clásico, como lo denominara despectivamente Enrico Ferri, no tuvo 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 principio por el cual el fundamento de la pena es la intimidación psicológica contra el que lo comete y contra la sociedad que lo contempla. Manifiesta que el Estado tiene la obligación de organizar instituciones de coacción preventiva y represiva frente al delito. 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*.

Francisco Carrara, profesor de Pisa en 1855, introduce el concepto de libre albedrío 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.

1.1.1.- Principales postulados del Derecho Penal liberal clásico.

Son postulados de la escuela clásica del Derecho Penal, entre otros, los siguientes:

- 1.- El delito es considerado como ente jurídico.
- 2.- La imputabilidad está basada en el libre albedrío.
- 3.- Nadie podrá ser castigado sino por un hecho previsto previamente en la ley como delito.
- 4.- La pena debe ser proporcional al daño causado o al peligro que el bien jurídico protegido ha experimentado.

5.- El desplazamiento de la atención al delincuente a quien consideraba como un ser que no era diferente a los demás. Contrasta con el determinismo del que fue objeto por la escuela positivista.

6.- el juez solo puede aplicar la pena establecida en la ley para cada delito.

7.- Método racionalista abstracto y deductivo.

Esta teoría escuela ha venido sufriendo los embates de las diferentes concepciones modernas influenciadas por el positivismo jurídico, por la teoría crítica, por el funcionalismo, y otras tendencias más que han producido un cambio una reconfiguración de varios de sus postulados originales pero que no han ocasionado la pérdida del núcleo fundamental de concepciones y principios que lo caracterizo desde sus inicios y que continua inspirando a las legislaciones penales de todo el mundo: la defensa estricta de las garantías y libertades individuales y la reacción frontal y severa contra el poder autoritario.

¿Cuál es la idea que del individuo tiene el Derecho Penal Liberal y, en contraposición, el que tiene el Funcionalismo penal?

1.2.- Derecho Penal Liberal y el individuo.

Donna¹ (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.

En Occidente la imputación o atribución de la culpa presupone una persona libre para actuar y como tal responsable moral por sus actos. Se imputa por lo que hace con conocimiento y voluntad y no en función de otros factores externos a la relación de causalidad entre acción – resultado, como por ejem-

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

plo, su condición económica, su raza, a su nacionalidad, a su peligrosidad, a la clase social, a su posición política, su apariencia física, su descendencia familiar criminal, etc.. La imputación penal basada en factores externos a la voluntad del individuo tiene una larga historia de terror, sangre, crímenes masivos que todavía no hemos superado en la actualidad.

El funcionalismo de Jakobs² separa lo que es persona e individuo. La persona es aquella que cumple su rol encomendado por la sociedad dentro del sistema social formado por un conjunto de relaciones de comunicación. Quien no cumple el rol es considerado como no persona, como un individuo que no acepta vivir en condiciones de convivencia y que por lo tanto debe ser separado y apartado de la sociedad. Esta no persona es considerada un enemigo a quien el derecho no lo cobija; es un sujeto de exclusión social y alejado de la red de relaciones que conforman el tejido social. Es el Estado quien define los roles de cada persona y las responsabilidades asignadas. Es persona quien cumple su función o su rol y es delincuente quien no cumple con esas asignaciones del Estado. Por ende, el delito no es sino el incumplimiento o la infracción a la norma legal.

No interesa la legitimidad de la norma ni su contenido, interesa la predisposición de la persona al acatamiento de la misma como base de la imputación penal. Su constitución como persona no es atributo que se tenga antes del Estado sino posterior y en función de los intereses del mismo. Por tanto su estatus no es de una persona libre con derechos preexistentes a la sociedad sino por el contrario, la persona es un producto o construcción social. Quien no se encuentra en permanente relación de comunicación con los demás, no es persona.

El funcionalismo extremo es un sistema excluyente de quienes piensan o son diferentes. La tolerancia a los "otros" no existe ya que ellos no entran dentro de los planes del Estado ni dentro de los objetivos del diseño en el que opera esta estructura social.

Por ello, Donna³ propone que el proyecto liberal del Derecho Penal tiene

2. Jakobs Gunter.(2007).Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons Ediciones Jurídicas. Madrid. Págs. 9 a 20.

3. Donna Edgardo. Ob. Cit. Pág. 348.

las siguientes características:

- 1.- La absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva.
- 2.- 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.
- 3.- La reducción del arbitrio judicial que se pensó podría ser humanizado pero que puede ser sujeto a reglas muy estrictas.
- 4.- El estricto respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de las ideas.
- 5.- La consideración básica del delito como un ataque objetivo a los bienes jurídicos de interés general.
- 6.- 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.
- 7.- La humanización de las penas evitando las que se revelen excesivamente crueles o repugnen a la dignidad humana.
- 8.- La proporcionalidad de las penas en relación con la gravedad objetiva del delito.
- 9.- 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 la dignidad del condenado y se desvirtúe la retribución penal.

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...³⁴

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

1.2.1.- El Contrato Social y el Derecho Penal.

El Contrato Social, tal como se denomina en la actualidad, un conjunto de obligaciones y medidas políticas (un acto de deliberación y de voluntad, diría Hobbes) que describe la forma cómo se organiza una sociedad y que corresponde a la tendencia natural del hombre a vivir en comunidad como seres identificados por la misma especie. La corriente contractualista -que se inició en el siglo XVII con Hobbes, la continuó Locke y Rousseau y la preciso Kant- busca darle al orden social y político un fundamento que lo legitime más allá de las teorías clásicas de formación social planteadas por Aristóteles.

Este cambio de modelo explicativo del orden social de Aristóteles, basado en la unión de familias y clanes hasta llegar a las sociedades actuales, la inicia Hobbes planteando que el hombre como ser profundamente egoísta vive en permanente guerra y violencia con sus congéneres por lo que su deseo de sobrevivencia le obligan a pactar con los otros un sistema normativo de respeto orientado a asegurar la existencia de cada uno de los partícipes.

Entonces, el contrato social no es sino un acto de positivización del derecho natural de los hombres en un conjunto de fórmulas, cláusulas o normas

4. Ferrajoli Luigi (2009). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 33

contractuales. Es decir, en el modelo Hobbes el derecho positivo, el que consta en la legislación en forma de leyes de obligatorio cumplimiento nacido del contrato social, presupone la existencia de un derecho natural con existencia previa a la formación del Estado, que se constituye en la fuente de su validación o legitimación.

Los hombres, según Hobbes, para conseguir la paz o para defenderse de sí mismos, renuncian a sus derechos naturales y a través del contrato social los transfiere a un poder central absoluto que tendrá como finalidad principal el aseguramiento de cada individuo frente a la violencia e inseguridad. Le faculta el ejercicio del poder económico y del poder coactivo para vigilar el cumplimiento del contrato. El Estado o Leviathan adquiere de esta forma una soberanía absoluta sobre la vida de las personas; soberanía irrevocable, total e indivisible, sin límites salvo el derecho a la vida. El individuo solo se reserva el derecho a la resistencia exclusivamente cuando el Estado abusa de las restricciones a la libertad o la vida sin justificaciones apropiadas

En cambio Locke, a finales del siglo XVIII, concibe que antes del contrato social no existe 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 por la ausencia de 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.

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.

Con Rousseau, en el estado de naturaleza el hombre vive en una situa-

ción de equilibrio satisfaciendo sus necesidades con los recursos existentes, existe mutua comprensión y no es una estado de guerra, como era la idea de Hobbes. Por factores negativos de la naturaleza, como las sequías, olas de frío, 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.

Para Kant, el interés sobre el estado de naturaleza del hombre antes del contrato, no interesa mucho porque no es verificable ni demostrable. Kant resalta el valor del contrato social como producto de la razón, como un producto humano racional que se constituirá como la norma suprema ordenadora de una sociedad, con legitimidad intrínseca. Acepta el derecho a la resistencia frente a los exabruptos del poder pero no acepta revelarse en contra del contrato social.

La dictaduras democráticas en donde las decisiones de las mayorías se imponen aun a costa de los legítimos derechos de los ciudadanos inconformes, fue un problema que Kant trata de solucionar a través de la idea de la autonomía de la voluntad que será la que defina las acciones políticas y sociales. 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...”⁵. En síntesis 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

Kant enfatiza que el hombre tiene la condición de ser libre dotado de derechos naturales que son anteriores al Estado. 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.

Por tanto, para Kant en el estado natural el hombre vivía en una situación de inseguridad sin que exista una autoridad que haga respetar los derechos naturales preexistentes. Ante esta necesidad los hombres, las comunidades, las familias, clanes, se unen alrededor del contrato social, construcción artificial, para constituir una autoridad encargada de respetar los derechos naturales de los que están investidos los individuos antes del contrato. Esa autoridad es el Estado a quien le deben sumisión a cambio de seguridad para el ejercicio de sus derechos.

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. El ejercicio de la libertad es de carácter individualista y no tiene el rasgo colectivo del modelo de Rousseau.

Nuestra Constitución de la República estructura un Estado, con esta visión kantiana, que se autodenomina estado constitucional, social autónomo de derechos y justicia alrededor del cual concibe a un ciudadano libre y autónomo para desarrollar su proyecto de vida y su personalidad con el único límite del respeto a los demás.

En este sentido la redacción del Art. 66 numeral 5⁶ 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 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, fuente de legitimación del contrato social elaborada por los constituyentes y ratificada por la mayoría de ciudadanos.

1.3.- La imputación penal y el sistema penal

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

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, es “atribución de una culpa a un agente capaz normalmente...”⁷. 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 otras legislaciones.

6. Artículo 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...”

7. 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 lesión causada o el peligro que esa conducta sometió al bien jurídico protegido.

Si no se fundamenta constitucionalmente esta prerrogativa la imputación penal no dejaría de ser un mero acto de demostración de poder en el que el proceso penal y la pena que se imponga vendrían ilegítimas. La legitimidad de la imputación penal implica el reconocimiento y el respeto al principio de vigencia de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social, principios que se constituyen en instrumentos limitadores del poder punitivo del Estado.

La Constitución de la Republica del Ecuador se construye sobre la concepción de un hombre racional, libre y autónomo, en el que la dignidad humana es el fundamento de todo el sistema institucional establecido. El Art. 66 numeral 5 de la CRE consagra el derecho que tiene toda persona al libre desarrollo de su personalidad sin injerencia del Estado en este libre ejercicio de disposición de su libertad y con la única limitación de respetar el derecho de los demás. En esta disposición se consagra la preocupación del Estado de conciliar la libertad individual y el bien común. En otras palabras, el ejercicio garantizador de los derechos fundamentales y los deberes ciudadanos son, conjuntamente, la única limitación. Nada debe impedir el ejercicio de las libertades individuales pero con respeto a los derechos de terceros como presupuesto de convivencia y de relación entre individuo y 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. Solo el legislador puede hacerlo en función de la visión personalista de la carta magna. La simple apelación de la defensa de los derechos de terceros o la existencia de la norma jurídica no basta para limitar o restringir los derechos fundamentales de una persona. Debe existir los dos presupuestos preformados: necesidad de defender los derechos ajenos y que esta necesidad este prevista en la ley. No opera para la defensa de los derechos propios porque atenta contra el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Insistiendo, la Constitución de la República del Ecuador, CRE, cuando establece una cláusula general de libertad prevista en el Art. 66, numeral 5to consagra simultáneamente una cláusula de responsabilidad individual prevista en el Art. 83 CRE como contrapunto a la libertad de actuar y de pensar que tiene el individuo en nuestra sociedad, y de su obligación de responder jurídicamente por el incumplimiento de los deberes y responsabilidades a los que está obligado a realizar como titular de derechos y obligaciones.

Queda descartada la posibilidad, por la propia concepción de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que la imputación penal puede fundamentarse en el simple desacato de la ley y la Constitución como señala el Art. 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 al Art. 66 numeral 5to el límite al libre desarrollo de la personalidad del individuo es la obligación de respetar los derechos de terceros, lo que implica la necesidad y el deber de 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 implica 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. Muy por el contrario, la ley para ser legítima debe respetar formalmente los presupuestos legales diseñados para su creación y además debe estar acorde con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que el país se encuentra jurídicamente vinculado.⁸

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 se supone realiza voluntariamente actos contrarios a la ley que afectan derechos fundamentales de terceros, derechos que en su momento deben estar tipificados en la ley como infracciones penales.

Donna expresa que gracias a los trabajos desarrollados en la obra de pensadores como Kant y Hegel, la libertad del hombre se tradujo en lo que se

8. Arboleda Ripoli. (2005). Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandia. Editorial Legis. Bogotá, Colombia. Pags. 120 a 130.

conoce como “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...”⁹

1.3.2.- La imputación penal se fundamenta en un Derecho Penal de acto.

Zimmerl, citado por Roxin ¹⁰, resumía la problemática existente preguntando sobre 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 obtendría luces sobre cuál es la característica principal del sistema penal.

El Derecho Penal de acto y el Derecho Penal de autor son sistemas que de alguna manera se han venido entrecruzando dependiendo de las tendencias preventivas que el derecho positivo fue adoptando en el transcurso de los años. Es un fenómeno verificado por los trabajos de ilustres pensadores que el sistema penal de acto, producto de la lustración y adoptado por el Derecho Penal liberal, ha retrocedido frente al avance de las concepciones del neo positivismo jurídico que centró nuevamente su atención en el individuo más que en el delito.

El delito se expresa y se verifica a través de un hecho externo realizado por una persona, el autor del hecho. Pero el delito igualmente entrega no solo la información de la gravedad del hecho realizado sino también nos informa sobre las características psicológicas del autor, sobre su forma de vida y de su cualidad de sociabilidad con sus semejantes. De estas dimensiones del delito (hecho y autor) depende la pena.

Si un sistema penal fija la pena únicamente atendiendo la gravedad o el

9. Donna Edgardo, Ob. Cit. Pag.347.

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

daño a bienes jurídicos de terceros producidos por el hecho antijurídico cometido por el autor entonces estamos frente a un Derecho Penal de acto. Pero si la pena va en función no solo del hecho cometido sino principalmente por las condiciones psicológicas, por su modo de vida, por su estado reiterativo de conductas delictivas, por su carácter de peligroso para la sociedad, entonces estamos frente a un Derecho Penal de autor.

1.3.2.1.- Derecho Penal de Autor

De acuerdo con este sistema la pena se impone porque el autor adquiere una personalidad delictiva, por haber hecho del delito un modo de vida y por la tendencia a violentar a futuro la norma jurídica penal prohibitiva¹¹.

El hecho delictivo, para esta concepción, revela la verdadera identidad subjetiva del autor; revela cuanta capacidad de predisposición para el delito y la personalidad que caracteriza al 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 verdadera importa es la expresión peligrosa de su carácter y de su personalidad que, al final, serán los determinantes para la imposición de la pena.

Un ejemplo de tipos penales puros y propios de un Derecho

Penal de autor eran aquellos por los cuales se sancionaba con penas privativas de libertad a quienes tenían antecedentes delictivos (hurto asimilado), a los mendigos, vagos, borrachos, por el hecho de pertenecer a una clase social marginal y no por realizar algún hecho lesivo a bienes jurídicos ajenos.

En la actualidad existen tipos penales que para la imposición de la pena se toma en cuenta el hecho pero para la medida punitiva se toman en cuenta además ciertas condiciones personales y psicológicas del delincuente que no significan otra cosa que consideraciones acerca de la forma de vida del autor caracterizada por conductas que inexorablemente anticipan a futuro su destino delictivo.

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

Por ejemplo la agravante del Art. 47 numeral 18 del COIP que castiga al delincuente con un tercio adicional al máximo de la pena por la condición de tener, al momento de la comisión del delito, la condición personal de prófugo, perseguido con una sentencia condenatoria en firme. Esta condición personal en nada constituye una circunstancia que agrava su conducta porque encontrarse en situación de prófugo o perseguido es un acto de rebeldía en contra del Estado por no presentarse voluntariamente a cumplir su pena y no una circunstancia que forme parte del hecho delictivo.

1.3.2.2.- Derecho Penal de Acto en el COIP

En cuanto a la responsabilidad penal, el Art. 76 numeral 3ero previene que ninguna persona podrá ser juzgada por un acto u omisión que al momento de cometerse no estuviere tipificado como delito. De lo que deducimos que el principio de imputación penal se identifica con el principio de Derecho Penal de acto, no de autor, en el que el individuo comete un acto delictivo en contra de terceros con conciencia, voluntad e inteligencia propia de un ser racional, capaz del ejercicio de su libertad que escoge una opción que modelará su vida y que sabe de las posibles consecuencias jurídicas impuestas por el poder punitivo del Estado.¹²

El Art. 22 del COIP, al tenor literal de su redacción, 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, con lo que 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 autor¹³.

1.3.3.- 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

12. 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..."

13. Ver Registro Oficial N. 180 del lunes 10 de febrero del 2014, numeral 4to. pág. 3.

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, en relación con la convivencia con las otras personas que componen la sociedad, desde un sentido más práctico que la ética. Esta practicidad de la Moral lo ha investido de un sinnúmero de guías morales religiosas que desde su ámbito personal proyecta hacia los demás modelos de comportamientos, exigencias o modos de vida de acuerdo a esas creencias.

La diferencia entre estos dos ámbitos de la 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, en el proceso penal y en la aplicación de la pena¹⁴.

Veamos algunas diferencias y semejanzas entre Derecho y Moral.

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

2.- Las diferencias entre Derecho y moral son varias:

2.1.- Las normas penales tienen una dimensión social y comunitaria. Le importa los actos externos. Las normas morales atienden solo el ámbito personal y no le importa las acciones sociales. Se limitan a la esfera interna de cada persona.

2.2.- 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.

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

Ronald Dworking¹⁵ resume el conflicto entre estos dos órdenes, alrededor del cual se definen los ordenamientos jurídicos penales modernos de la siguiente manera: ¿Cuándo la sociedad debe considerar como 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?

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. Parece que tiene asidero en el concepto de una moralidad pública. El argumento para justificar esta intromisión de la moral en la justicia se basaba en dos argumentos:

1.- En el derecho que tiene una sociedad en proteger su existencia cuando los actos inmorales son intolerantes, indignos y repugnantes que pongan en peligro a la sociedad. Este argumento es refutado bajo el sustento de que ninguna acción inmoral tiene la fuerza suficiente de poner en peligro a toda una sociedad. Contradictoriamente, el verdadero peligro vendría a constituir la actuación del legislador por la violación a los derechos fundamentales constitucionales de quienes practican tales actos inmorales.

2.- El otro argumento sostiene que la mayoría tiene el derecho a seguir sus propias convicciones morales defendiendo su medio de aquellas amenazas de cambio practicadas por aquellos actos inmorales. Si existen bienes jurídicos importantes como la integridad de la familia, por ejemplo, el legislador debe tener presente esas amenazas y verificar que sean una amenaza considerable a bienes jurídicos importantes. Como el escenario es un sistema democrático en donde la mayoría toma las decisiones al legislador no le quedarían otra salida que criminalizar una inmoralidad por decisión de la mayoría.

Esta posición también es insostenible por la falta de un concepto de inmoralidad que sea aceptado por la mayoría de ciudadanos. Peor aún si este concepto de inmoralidad que tiene la mayoría se fundamenta en posiciones de odio y prejuicio contra ciertos grupos. La aversión, la discriminación el

15. DWorking Ronald (2007). Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona. Pag. 349 a 371

resentimiento, el odio hacia sector sectores de la población no debe ser el fundamento para criminalizar conductas y peor aún penalizarlas.

El diseño constitucional democrático de la sociedad generalmente acepta que el consenso de la mayoría debe ser producto de un debate general de toda la sociedad representada por periodistas, académicos, políticos, filósofos, abogados, grupos colectivos, Ongs, representantes populares, partidos políticos, etc. Si de ellos se determina la necesidad de penalizar la inmoralidad el segundo paso sería contrastar esta opinión con los principios constitucionales del que emana el poder penal para convertir en delito una conducta inmoral.

1.3.3.1.- Principio de Separación entre Derecho Penal y Moral

Es un principio propio del liberalismo de la Ilustración que tiene por objeto fundamentar 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, peor tener fines para sí mismos aunque se justifique de cualquier manera. Es un deber ser del derecho la existencia de este principio de separación con la moral porque, como dijimos, la inmoralidad debe ser considerada como un elemento importante pero jamás como condición suficiente o determinante para justificar el poder punitivo del Estado en la represión penal a los actos inmorales de los ciudadanos.

La separación puede verificarse entre los tres ámbitos del Derecho Penal: en la concepción del delito, en el proceso penal y en la pena.

1.3.3.1.1.- El Principio de Separación en la concepción del Delito.

Mediante la tipificación de delitos, el Derecho Penal no tiene la obligación de imponer una determinada moral sino exclusivamente en prevenir o impedir la comisión conductas lesivas a los intereses de terceros. No puede tipificarse como delito una conducta inmoral por más grave que sea si ésta no ha causado daños a un bien jurídico ajeno protegido por el Estado, el mismo que no debe inmiscuirse en la vida moral de las personas ni pretender imponer normas morales para su cumplimiento.

1.3.3.1.2.- El Principio de Separación en la concepción del Proceso Penal.

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

1.3.3.1.3.- El Principio de Separación en la concepción de la Pena.

La pena, entendida como sanción por un delito cometido, no debe tener ni contenido ni fines morales, dice Ferrajoli.¹⁶ 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 Ferrajoli es determinante con la línea de respeto a la dignidad humana como expresión de un proyecto de vida escogido en libertad por el ciudadano. Dice este autor: "...Y 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 debe perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas, y no agravables con tratamientos diferenciados y personalizados de tipo terapéutico y ético..."¹⁷. Criterio concordante con el principio de participación y voluntariedad en la ejecución de las penas establecido en el COIP, Arts. 7,8 y 9.

16. Ferrajoli Luigi. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Ob. Cit. Pág. 223.

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

CAPITULO II

2.- DERECHO PENAL OBJETIVO

Creemos que 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, como una expresión casi natural en los comportamientos de todos los estamentos que lo conforman. Violentos son los delitos que se cometen a diario y violenta es la respuesta represiva del Estado. La valoración sobre si esta violencia es necesaria o si es ilegal, si viola los derechos fundamentales de las personas o si la respuesta estatal sobrepasa los límites impuestos por el ordenamiento jurídico es una valoración relativa, depende de quién y contra quién se la ejerce. Es decir, la violencia debe ser contextualizada dentro de una realidad socio-política y en un tiempo determinado como un elemento indispensable para condenarla o tolerarla.

En este escenario surge la necesidad de concentrar la atención en el Derecho Penal como mecanismo de control social de la violencia y de las conductas antisociales, teniendo en cuenta que el Derecho Penal no es el único y ni el más efectivo mecanismo de vigilancia y control de la comunidad al que le esta atribuido o lo es "...inherente el ejercicio de la violencia para la protección de unos intereses..."¹⁸.

Veamos algunas definiciones:

a.- Definición Clásica de Derecho Penal objetivo. Para Von Listz el Derecho Penal objetivo es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia.

Esta definición ha sido superada porque se limita a contemplar a la pena

18. Muñoz Conde, Francisco (2007).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. págs. 29 a 33

como única consecuencia del crimen. En la actualidad se ha impuesto la aplicación de las denominadas medidas de seguridad como alternativa a la imposición de la pena.

Además, criticando la definición de Von Listz, el Derecho Penal no solo está constituido por normas dirigidas a los jueces sino por todo un robusto ensamble de normas dirigidas a los ciudadanos con la amenaza de la imposición de una sanción si incurren en determinadas conductas penales.

Finalmente el Derecho Penal no solo está constituido por un conjunto de normas dirigidas a jueces y ciudadanos sino también por un sistema de principios y valores.

b.- Por las razones expuestas acogemos la definición actual que Mir Puig (2014) hace del Derecho Penal Objetivo y dice que es el conjunto de "...normas jurídicas que asocian al delito como presupuesto, a las penas /medidas de seguridad como consecuencia jurídica..."¹⁹.

2.1.- Finalidad de Control Social

Control social²⁰ y reacción social son dos aspectos íntimamente vinculados y relacionados con las conductas de las personas.

El control social es un mecanismo por medio del cual se pretende controlar las conductas 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 seres humanos como individuos o como colectivos buscan ejercer el poder de control sobre sus semejantes de diferentes maneras y desde diferentes posiciones, por más significantes o insignificantes que sean.

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

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

20. Carlos Alberto Elbert(2005), en Manual Básico de Criminología, Editorial Temis, Bogotá. Le 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

tipos:

2.1.1.- Los medios de control social Formales

Son los que se encuentran altamente desarrollados jurídicamente. . Son controles externos al individuo, no ejercido por él sino son ejercidos 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.

2.1.2.- 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.

2.2.- El Derecho Penal como un medio de control social.

Cuando interviene el Derecho Penal ejerce un tipo de violencia creada para la protección de los derechos fundamentales frente al daño realizado o frente a la puesta peligro de lesión de los mismos. Pero no toda violencia es propia del Derecho Penal sino que forma parte de todo el espectro violento del sistema de control social ejercido por el Estado y las instituciones que lo conforman. Es decir, el Derecho Penal es el mecanismo más riguroso y estructurado del sistema de control social organizado 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..."²¹.

En la pretensión de controlar los efectos desorganizadores del delito, el

21. Mir Puig, ob.cit.pag.39

Derecho Penal, como respuesta, pone en juego una serie de reacciones sociales formalizadas que caen dentro del ámbito del proceso penal y de la pena.

Insistimos en aquello de que el Derecho Penal es un medio de control social muy formalizado porque tiende a evitar determinados comportamientos sociales mediante la amenaza de una sanción para quien las ejecute. 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.

2.3.- Características del Derecho Penal como medio de Control Social.

Reúne las siguientes características:

- 1.- Es monopolizado por el Estado. El Estado es el único ente que lo ejerce.
- 2.- Es delimitado por principios y normas legales. Aparece 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.
- 3.- El Control Social también lo ejercen otras ramas del derecho como el Derecho Administrativo que también impone penas que generalmente se reducen a la imposición de multas pecuniarias 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. Los de menor gravedad quedan en manos de los otros medios de control social. Cuando estos fallan o no resultan insuficientes, entonces aparece el Derecho Penal, por ejemplo en los delitos por contaminación ambiental, el delito de lavado de activos, trata de personas, narcotráfico.

2.3.1.- 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 derecho, del Estado de derecho sea fortalecida aun en los momentos más álgidos de la historia de la humanidad contemporánea.

Junto con 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 tiene el atrevimiento de negar que el Estado a través de sus agencias u 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, 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 oscuro 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 danos 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..."²²

2.4.- Definición moderna de Derecho Penal.

La definición clásica define al Derecho Penal como un conjunto disposiciones normativas que un Estado debe expedir para hacer frente al fenómeno del delito y que esencialmente contienen una sanción consistente en la pena o en una medida de seguridad

Por el contrario, para Eugenio Zaffaroni (2005)²³, estas definiciones no contienen un elemento legitimador que toda ciencia debe poseer para que pueda entenderse como de beneficio humano. Es decir, el hecho de tener

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

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

el Estado el monopolio de la imposición de las penas no implica per sé que ese control social no atente contra los derechos fundamentales de las personas. Como mencionamos al inicio, nadie puede desconocer que las agencias del sistema penal de los regímenes autoritarios y fascistas han cometido los peores crímenes de la humanidad y en mayor número que los crímenes individuales en toda la historia humana (Inquisición, Gestapo, KGB, CIA, y las policías de todo el mundo).

Ante el menor indicio de descontrol social el poder punitivo del Estado se desbordaba cometiendo atrocidades que empequeñecen las crueldades de los criminales individuales y comunes. Sin embargo en esos contextos de crueldad humana existía un Derecho Penal vigente en cada uno de los ordenamientos jurídicos de las sociedades que la padecieron y que salta a todas luces que no fue un instrumento capaz y efectivo de contención. Muy por el contrario parecen haber servido como mecanismos de legitimación de sistemas penales violatorios a los derechos humanos.

En este contexto, las definiciones tradicionales poco pueden conceptualizar una ciencia penal funcionalizada e instrumentalizada como una máquina trituradora de derechos sin que esa definición tenga elementos de referencia general que limite o controle el poder punitivo 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 legitimidad vista desde el contexto de un estado democrático de derechos y justicia.

2.4.1.- Definición de Derecho Penal de Zaffaroni.

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...”

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

1.- 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.

2.- Este sistema que orienta las decisiones judiciales 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.

3.- Este sistema orientador de jueces debe tener por objeto el contener y reducir el poder punitivo ejercido por el poder ejecutivo, el judicial, policial, penitenciario, el Estado en general. El poder que disponen los jueces es poder de contención y a veces de reducción del poder punitivo. Sin esta contención el poder punitivo quedaría librado al capricho de las instituciones estatales y tendría desaparecer el estado de derechos y la democracia misma.

4- Este sistema orientador impulsa el progreso el 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 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 potenciales conflictos sociales.

Este concepto de Derecho Penal, en general, es utilitarista, es decir, no basta con aceptar concepciones metafísicas que en nada benefician a los usuarios de esta rama del derecho sino que además "...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”(Carta de Derechos de la Constitución), 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)...”²⁴

2.5.- Concepto de Norma jurídico – penal.

Debemos diferenciar entre lo que significa una norma penal y el enunciado o disposición penal (texto legal).

2.5.1.- Norma jurídica-penal

Una de las funciones del Derecho Penal es la prevención del delito a futuro castigando los delitos en el presente en razón de que sobre el hecho presente no puede proteger los bienes jurídicos porque cuando actúa el Derecho Penal esos bienes jurídicos ya están dañados, lesionados o puestos en peligro.

La forma como el Derecho Penal puede cumplir funciones de prevención es motivando a los ciudadanos el respeto al derecho ajeno no cometiendo delitos. Pero esta motivación no solo debe ser un llamado cordial y amable a las personas para que se sometan a la ley. Dada la esencia normativa del derecho Penal este llamado debe ser de carácter imperativo y se encuentra implícito en el tipo penal.

La norma penal es un mensaje prescriptivo implícito dentro de un tipo penal que implica una orden o un mandato para que el individuo se actúe de determinada manera. Esta norma se puede extraer de lo expresado en los enunciados legales positivos. Por ejemplo, el Art.160 del COIP tipifica la privación ilegal de la libertad. La norma penal o el mensaje implícito se resumiría en la siguiente prescripción; “ no debes privar ilegalmente a una persona de su libertad..”. En el Art. 140 se tipifica el delito de asesinato en el que la

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

norma jurídico-penal implícita es “No matarás”.

Un enunciado legal positivo puede contener varias normas jurídicas penales que se puede constatar cuando se analiza los diferentes tipos penales.

2.5.2.- Normas primarias y normas secundarias

Una prescripción penal positiva contiene dos normas jurídicas: una dirigida al juez penal a quien conminan y establecen la obligación que tiene de imponer una pena en caso de cometerse un delito; y otra norma jurídica penal comisión dirigida al ciudadano prohibiéndole la comisión de un delito. En otras palabras:

- 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.

Ejemplo: Art. 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 la norma primaria es la dirigida al ciudadano: “No ejerzas una profesión sin título”.
- La norma secundaria es la dirigida al Juez cuando ordena: “reprimirás con pena privativa de la libertad de seis meses a dos años...”.

La discusión en este sentido se ha dado en torno a determinar si las normas penales (estos mensajes implícitos) están dirigidos a llamar la atención para que el ciudadano en forma voluntaria se abstenga de realizar esa conducta prohibida o, por el contrario, ese mensaje constituye una orden u obligación imperativa que le impone el Estado al ciudadano para que no realice la conducta prohibida. O sea a verificar si se trata de normas de valoración o se trata de normas de determinación.

2.5.2.1.- Normas de valoración.- Son solo juicios de valor y no constituyen una orden o un imperativo al ciudadano destinatario de la norma.

2.5.2.2.- Normas de determinación.- Las normas penales generalmente son normas de determinación, es decir, 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 haber sido eficazmente comunicado, no puede presumirse el conocimiento de la ley.²⁵

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.

Según Mir Puig ²⁶, la intencionalidad del legislador cuando redacta los tipos penales tiene que ver con una doble finalidad: informar a los ciudadanos que quienes cometan un tipo de infracción 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 la incurrencia del ciudadano en esas conductas, algo que tiene mucho que ver con el carácter preventivo del Derecho penal.

2.5.3.- Textos legales penales o proposiciones jurídicas

Son las disposiciones textuales (escritas) a través de las 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: proposi-

25. 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.

26. Mir Puig, Derecho Penal. Parte General. Ob.Cit. Pag.62

ciones jurídicas, preceptos legales, disposiciones legales.

No todo enunciado legal o disposición legal contiene 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 Art.51 del COIP precisa el concepto de pena que maneja el COIP y no contiene un mandato prescriptivo implícito.

En resumen, una disposición legal penal se encuentra estructurada en dos partes: un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en las que la conducta delictiva es el supuesto de hecho y la pena es la consecuencia jurídica.²⁷

2.6.- La ley penal en blanco.

Las leyes penales en blanco son disposiciones penales fijadas en la ley que no se encuentran completas, es decir, que carecen total o parcialmente de los elementos específicos del supuesto de hecho o de 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 estas carencias son cubiertas por disposiciones emanadas de autoridades administrativas.

Por ejemplo el art. 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

27. Mir Puig, Derecho Penal. Parte General. Ob.cit.Pag. 64.

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.

En conclusión, 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..."²⁸

Si una ley es totalmente en blanco y permite que una autoridad administrativa complete la conducta típica, afecta el principio de legalidad y es 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, presupuesto de hecho, que deberá determinar una autoridad administrativa. 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 simplemente lo hace convirtiéndose en forma inconstitucional en un legislador que modifica el tipo penal del Art. 220 de una ley orgánica como es el COIP.

2.7.- Funciones del Derecho Penal

Según Mir Puig el papel desempeñado por el Derecho penal debe ser analizado desde dos puntos de vista antónimos: Desde el ser y desde el deber

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

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 sobre 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 que ha transcurrido 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 en contemplar si ha cumplido el papel asignado en la realidad social. El saber humano pertinente para esta faceta es 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 determinado (capitalismo, comunismo, estado social, etc.) sino a la función de la norma penal respecto a la convivencia humana. Si la norma penal permite la armonía y la paz social con justicia entonces el Derecho Penal será funcional, caso contrario no lo será.

En esta perspectiva podemos afirmar conjuntamente con varios penalistas (Muñoz Conde, Jescheck, Welzel, Roxin y otros) que las funciones primordiales del Derecho Penal en un Estado constitucional de derechos están agrupados en dos bloques perfectamente definidos: la función protectora de la sociedad y la función preventiva.

2.7.1.- La función protectora de la sociedad que tiene el Derecho Penal.

2.7.1.1.- La función ético social del Derecho Penal.

Hans Welzel²⁹ la denomina como la función ético-social del Derecho

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

Penal que guarda en su concepción 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 Jescheck³⁰ 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 de actuar conforme a derecho sean castigadas o prohibidas. Castigar "...la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica..."³¹ implican 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 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..."³². De esta forma Welzel resalta el papel de formación ética del Derecho Penal al proscribir y castigar las violaciones de los más elementales deberes éticos – sociales, modelando y reforzando de esta manera el juicio ético y 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..."³³. La disminución de la conciencia ético

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

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

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

33. Gracia Martín, Luis.(2011). Fundamentos del Sistema de Derecho Penal. Introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo. Editorial Jurídica Cevallos. Quito. Págs. 200-201.

social de la persona lleva a la comisión de la infracción penal y el Estado en legítima respuesta cae en la obligación de llenar ese vacío con la imposición de la pena prevista como un proceso de reforzamiento ético individual para suplir esa carencia y evitar futuros conflictos.

2.7.1.2.- 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 el limitar el poder punitivo del Estado. Sabemos que la convivencia de las personas en sociedad no puede ser garantizada de cualquier modo.

El Estado, quien tiene el monopolio del poder punitivo para castigar la violación a los valores de la conciencia ética social, traducida en el daño o puesta en peligro de los bienes jurídicos fundamentales, no puede sobredimensionar su papel coercitivo desconociendo o irrespetando los derechos de las personas. No es apelando a la ley del más fuerte como el Estado cumple eficazmente su papel tutelar porque de ser así negaría el libre desarrollo de la personalidad humana. No es apelando a su inmenso poder fáctico como debe ejercer su legítimo derecho a castigar los delitos bajo el pretexto de asegurar la paz pública.

En esta perspectiva 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..."³⁴. Bajo esta perspectiva se encuentra redactado el Art.1 del COIP al determinar que el cuerpo normativo penal en el Ecuador tiene por objeto la regulación del poder punitivo del Estado, como la función principal, entre otras.

Esta función limitadora tienen que ver con lo que Welzel ya anticipaba cuando afirmaba que de darse el caso de castigos penales, como consecuencia del delito, 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 ilegítima y con total deslegitimación

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

del sistema democrático como el único sistema ideal de convivencia político social.

Sin embargo, Ferrajoli, cree que, más allá de encontrar una función al Derecho Penal como tal, porque de hecho existe en toda sociedad, debe cumplir una función que será analizada en base a los efectos de su aplicación y en consecuencia el Derecho Penal debe 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 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 expresión de conflictos sociales no resueltos y que el Estado debe resolverlos 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.³⁵

¿Por qué el Estado actúa con arbitrariedad? Binder explica que el Estado tiene ese comportamiento porque frecuentemente el Estado utiliza dicho poder no para fines sociales, sino para reafirmar su propia autoridad, imponer concepciones morales, o defender intereses de un Estado 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 las distintas burocracias que conforman el Estado utilizan el poder punitivo en beneficio de sus intereses, de los intereses de quienes ellas sirven y no de los intereses del conjunto de la sociedad.³⁶

En conclusión, frente a una tendencia al desbordamiento de la capacidad de castigar de parte del Estado, ajeno a los legítimos intereses de la sociedad, prefiere atender los oscuros intereses del selecto grupo que se apropia del

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

36. Binder Alberto. *Introducción al Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág.159.

mismo, la función lógica y racional del Derecho Penal es el constituirse en una cortina, barrera o dique que contenga al poder punitivo del Estado y evite el quebrantamiento de los derechos fundamentales de las personas cuya existencia es anterior y superior al mismo Estado.

2.7.1.3.- La 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?

2.7.1.3.1.- Bienes jurídicos

Muñoz Conde³⁷ 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.

55

Más adelante completaremos esta definición.

2.7.1.3.2.- El Derecho Penal protege bienes jurídicos.

Bernd Schunemann³⁸ expresa que el Derecho Penal es aquella parte del

37. Muñoz Conde. Ob. Cit. pag.59

38. 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. Pag. 63.

sistema jurídico que regula la imposición de sanciones 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 formas de vida, hasta los pensadores de la Ilustración del siglo XVIII que pregonaron como objeto de protección del Derecho Penal a la prevención del daño social, como superación de la protección a ideologías totalizantes y autoritarias, el papel del derecho Penal ha sido determinante en la vida social. Los nombres para identificar al acontecimiento indeseado que el Derecho Penal se propone evitar tuvo diferentes denominaciones a lo largo de la historia, nombres como daño social, lesión del derecho, para finalmente, según el mismo Schunemann, la dogmática penal desarrollada por Baum y Lizst adopta el término “bien jurídico” con el que se conoce hasta la actualidad.

Los bienes jurídicos tienen su naturaleza previa a la existencia del Estado y son el objeto de la preocupación del mismo y de la vigencia del contrato social cuyo presupuesto de legitimidad está determinado por 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 pacífica y óptima para el amparo a la dignidad humana.

En el numeral 2do de la Exposición de Motivos para la expedición del COIP el legislador ecuatoriano establece una 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 éstos utiliza el término “derechos” y “garantías” que no son sino otra forma de pensar a los bienes jurídicos.

La forma más efectiva de limitar el poder punitivo del Estado es a través de la protección penal de los bienes jurídicos frente a un Estado que normalmente desborda las líneas que limitan los derechos y garantías de los individuos y colectivos en sus relaciones intersubjetivas y el ámbito en los cuales el Estado debe actuar para que el ejercicio de su poder político organizando la sociedad sea legítimo y racional.

En conclusión desde plataforma de una primera perspectiva podríamos

afirmar que la función del Derecho Penal en el Ecuador, a través del COIP, se concentra en la defensa y protección de los bienes jurídicos de las personas. El último párrafo de la exposición de motivos así lo confirma cuando dice 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...".

No puede caber dudas que el COIP, de acuerdo con esta transcripción, es un instrumento con el que se desarrollan mecanismos de protección reales y efectivos de los bienes jurídicos que habitan en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que dejamos en claro la misión protectora de bienes jurídicos que tiene el COIP.

2.7.1.4.- La función motivadora del Derecho Penal

Se considera que esta es otra de las funciones del Derecho Penal que va más allá de la simple protección. Pretende ir hasta el punto de influir en el mismo comportamiento humano a través del mecanismo psicológico de la motivación. La motivación no es sino el proceso que contribuye a que las normas jurídicas se interiorice y contribuyan a la formación de la conciencia jurídica, ética social.

Muñoz Conde cree que la pena cumple este 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 establezcan 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 creación de valores. La motivación fallaría indudablemente si no intervienen otros mecanismos de disciplina social como es el caso de la educación, la familia, el trabajo, los medios de comunicación, etc.

En la misma línea Gracia Martín 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 cabra esperar que los ciudadanos se formen como motivos de su actuar normas ético-individuales coincidentes en sus contenidos con aquellas normas ético-sociales...”.³⁹ Y 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, como es la familia, los medios de comunicación, la educación.

2.7.1.5.- La función de reparación integral a la víctima.

Esta es una de las funciones que adopta el COIP en el Art. 1 como una flexibilización por parte del Estado en relación con el relegamiento o exclusión de la víctima en el control del proceso penal. El interés de ésta debe ser tomado también en cuenta considerando que no siempre a una sentencia condenatoria le ha correspondido la suficiente garantía de indemnización o reparación del daño por parte del condenado, dada la carencia de mecanismos legales que incorporen el derecho a la reparación en la misma sentencia penal.

2.7.2.- La función preventiva del Derecho Penal.

¿El Derecho Penal debe ser represivo o preventivo? ¿Debe el Estado castigar en 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?

Estas respuestas en la actualidad están superadas por la extendida concepción del Derecho Penal con finalidades preventivas. Entre el Derecho Penal retributivo y predominantemente castigador de infracciones consumadas y el Derecho Penal preventivo, la batalla ha sido ganada por este último, sin que esta opción signifique un avance en el control de la seguridad.

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

Como hemos anotado anteriormente la función represiva del Derecho penal, al castigar la afectación a un bien jurídico protegido, está íntimamente vinculada a la función preventiva del mismo en el sentido de que a la sociedad organizada no le interesa que esas conductas se repitan en el futuro. Consideremos que el Derecho Penal actúa sobre un hecho consumado, sobre un acto cometido en el pasado con la consecuencia de un daño o puesta en peligro que no puede dar marcha atrás.

Pero esta función represiva del Derecho Penal puede también evitar la comisión de delitos en el futuro solamente con la imposición y aplicación de la pena a un hecho pasado. Jescheck⁴⁰ con mucha razón afirma 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)...".

Con la actuación concreta del sistema penal imponiendo una pena determinada y específica en un caso dado se envía un mensaje a la sociedad de que la inobservancia a la ley es castigada y será castigada a futuro si otro se atreve a repetir tal acto delictivo. De esta forma el Derecho Penal regula los comportamientos y las costumbres de la sociedad apegadas al derecho 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 tiene como objetivo y como resultado que el condenado reflexione sobre las consecuencias sufridas por su accionar infringidor de la norma penal y reconduzca su comportamiento por el camino del ordenamiento jurídico (prevención 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 por temor a que se vuelva a repetir su sufrimiento por la pena impuesta (prevención especial negativa).

Welzel pensaba más en reforzar la conciencia ética – social de los ciudadanos con la finalidad de a posteriori evitar comportamientos delictivos

40. Jescheck Hans. Ob. Cit. pag.4

considerados tales en la norma jurídica penal positiva o Welzel ⁴¹ estima que la función preventiva general positiva (de naturaleza ético social) va dirigida a los ciudadanos delincuentes ocasionales. Para los delincuentes habituales la función del Derecho penal será de naturaleza esencialmente represiva.

2.7.2.1.- El peligro del Derecho Penal preventivo.

Según Hassemer⁴² la concepción del Derecho Penal como un instrumento preventivo flexibilizo el respeto y el lineamiento garantista de los derechos fundamentales de las personas en sus relaciones jurídicas con en Estado. El control jurídico penal apartado de los principios limitadores del poder punitivo del estado ha hecho del moderno Derecho Penal un sistema de combate y de lucha contra la delincuencia y contra los peligros y riesgos que una sociedad industrializada y globalizada ha creado como un factor que genera inseguridad ciudadana.

No es que se desconocen las categorías desarrolladas por la dogmática penal para verificar la existencia del delito sino que introducen en ellas elementos extraños que la desnaturalizan. Por ejemplo el criterio de peligrosidad para justificar la culpabilidad y la punición drástica sin las garantías constitucionales. Se opaca los derechos de libertad en función de controlar los riesgos y peligros de la comisión de los delitos criminalizando las meras sospechas o los actos que no han sido ejecutados o exteriorizados como para que sean por lo menos una mera tentativa de algún delito.

Como mencionamos al inicio de este trabajo, el funcionalismo sistémico propuesto por Jakobs⁴³ asevera que la pena no protege bienes jurídicos porque 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 porque mantiene la estructura normativa de la sociedad, la misma que está compuesta por normas jurídicas y no por personas, aunque estas sean titulares de bienes jurídicos.

41. Welzel Hans. Ob. Cit. pag.27

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

43. 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.

En este contexto, ha tomado cuerpo los mecanismos de adelantamiento de las barreras de la protección penal por medio de los cuales existe un marcado interés de sancionar con una pena a quienes se considere potenciales infractores de la ley con el fin de prevenir con anticipación el daño aunque no exista una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esto exige una creación de múltiples delitos de peligro, una flexibilización de las reglas imputación y una disminución en la efectividad de los principios limitadores del poder punitivo⁴⁴.

2.8.- Funciones del Derecho Penal en el COIP.

El Art. 1 del COIP prescribe que las finalidades del Código Penal Integral Penal son las siguientes:

2.8.1.- Normar el poder punitivo del Estado.

Preferiría utilizar la palabra “limitar” el poder punitivo del Estado en razón de que la normalización implica el conocimiento de la materia de lo que se va a normar. Este poder punitivo es el lado oscuro de la racionalidad social, no está claro. Sus extralimitaciones han causado verdaderas hecatombes humanitarias en las que se ha demostrado una increíble capacidad de imaginación en la implementación de políticas genocidas contra los seres humanos que es imposible de prever. Los nazis, las dictaduras latinoamericanas, las masacres en el Ex Yugoslavia, las masacres en Ruanda, Congo, Indochina, en Colombia y Centroamérica, en Malí, Indonesia y Malasia, en Siria, Libia, Etiopía, Nigeria, Sudan, Liberia, en la actualidad, exponen y expusieron los mecanismos cada vez más elaborados y sorprendentes de terminar con la vida de millones de personas. El presente latinoamericano es un indicativo de gobiernos formalmente democráticos pero con tendencias autoritarias cada vez más acentuadas, con políticas societales que se inclinan a modelos con tendencia al ejercicio de un poder total, absorbente, de pensamiento único y uniformidad social. En este contexto la función limitadora del poder punitivo

44. 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.

del Estado es una necesidad y para este fin aparece un Código Penal que frene esta capacidad de extralimitación del Estado, en los términos que Zaffaroni emplea para el Derecho Penal.

En conclusión, el poder punitivo es un 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(2005) , lo único que es jurídico es "...el esfuerzo nacional e internacional por su acotamiento, contención y reducción..."⁴⁵ esfuerzo que recoge el art. 1 del COIP dentro del contexto en el que opera el poder punitivo del Estado.

El *ius puniendi* tiene como límite el principio de subsidiariedad del Derecho Penal que conlleva la afirmación de que la pena es necesaria únicamente en la medida de que proteja bienes jurídicos. El derecho Penal se convierte en un factor importante de contención del poder punitivo del Estado por dedicarse exclusivamente a la protección de bienes jurídicos, lo que destierra la pretendida concepción de un Derecho penal que tenga como conducta delictiva la infracción al deber de obediencia al Estado.

2.8.2.- Tipificar las infracciones penales

En forma general la aspiración de un Código Penal ha sido la de contener en los tipos penales todas las infracciones conductas penalmente relevantes con una pena. La aspiración del legislador es que todos los delitos existentes se recopilen en un solo Código Penal a diferencia de lo que sucedía con los anteriores códigos que únicamente contenían solo una parte de los mismos. El resto se encontraban en varios cuerpos legales penales lo que generaba una dispersión normativa deficiente, poco técnica, repetitiva y hasta contradictoria.

2.8.3.- Establecer el juzgamiento de las personas con estricta observancia del 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

45. Zaffaroni Eugenio(2005). Ob. Cit. Pag.52

penal, un código de procedimiento penal y un código de ejecución de penas. Hoy se encuentra estructurado de la siguiente manera:

- a.- LIBRO PRELIMINAR, NORMAS RECTORAS: Artículos 1 al 17
- B.- LIBRO PRIMERO. LA INFRACCION PENAL: Artículos. 18 al 397
- C.- LIBRO SEGUNDO. PROCEDIMIENTO: Artículos 398 al 665
- D.- LIBRO TERCERO. EJECUCION. Artículos 666 al 730.

Esta finalidad 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.

2.8.4.- Promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación del derecho a la víctima.

Esta es la finalidad de la pena de acuerdo a lo previsto en el Art. 52 del COIP: prevención general y reparación integral a la víctima. La prevención general no es sino la imposición de la pena con el objetivo de que ésta sirva de escarmiento a toda la sociedad y la gente se motiven 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 un elemento teórico nuevo que pretende incorporar la ejecución de los derechos de la víctima. Sin embargo esta disposición no es nada nueva porque en el Código de Procedimiento Penal anterior, Art. 395 numeral 5, el juez, en la sentencia, debía incluir el pago de los daños y perjuicios a la víctima haya o no presentado acusación particular.

Sobre la víctima ampliaremos el análisis cuando revisemos a la víctima dentro de la teoría de la pena.

2.9.- Las Teorías de la Pena

Todos los autores coinciden que la definición de pena es una cuestión que todavía está en construcción y que lo único evidente es que la pena no es sino la más cruda constatación 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.

Más que un problema filosófico la pena viene a constituirse una necesidad social en una sociedad en donde los riesgos y los delitos han crecido en proporción geométrica frente a un crecimiento aritmético de la efectividad de la punición estatal.

Desde la Revolución Francesa, en la que aparece el Estado liberal burgués 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 que tiene que ser expiado por el infractor para la tranquilidad de su conciencia. La pena como retribución justa por el daño causado (retribucionismo) marca la pauta punitiva del nuevo Estado post absolutista. Pero esta concepción se contrasta con la concepción utilitarista del Derecho Penal en un contexto en el que las teorías relativas de la pena impuesta por el positivismo jurídico del siglo XIX estuvieron enfocadas 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.

A criterio de Enrique Bacigalupo (1994) 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 ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?⁴⁶

2.9.1.- Consideraciones generales sobre la pena.-

La pena desde el Derecho Penal liberal es la sanción impuesta por el Esta-

46. Bacigalupo Enrique(1994). Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá. Pag. 12

do derivada de las circunstancias en las cuales el presupuesto de hecho de las disposiciones normativas penales prohibitivas o permisivas han sido inobservadas por decisión consciente y racional de una individuo libre y autónomo a 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 efectivas⁴⁷.

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

1.- 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 que se apodera del poder.

2.- La pena es siempre la reacción ante la infracción de una norma traducida en la conducta 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 un 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 el la existencia previa de un injusto penal y la gravedad del delito previa a la imposición de la misma⁴⁸.

3.- 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..."⁴⁹. Algunos autores finalistas, como Gracia Martín,⁵⁰ aseguran que la pena como medida de protección de los bienes jurídicos es de carácter secundario porque simplemente la pena actúa después de la afectación del bien jurídico y no actúa antes. Y es una

47. Gracia Martín Luis. Ob. Cit. pag.207.

48. Gracia Martín Luis. Ob. Cit.pag.214

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

50. Gracia Martín Luis. Ob. Cit. pag.217.

protección limitada por cuanto únicamente previene un posible daño a futuro cuando el condenado recibe una pena privativa de libertad por un tiempo en el cual esta persona no podrá cometer otro delito.

4.- 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 de la sociedad para que se castigue al condenado y para que se legitime la pena. Debe mediar la necesidad social de la pena por la vulneración a una norma de conducta, necesidad que en última instancia determina la prescripción, la derogación, la pena severa o disminuida. La sociedad es la que en última instancia legitima la pena.

5.- 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, ejerciendo su poder de decisión sobre su proyecto de vida. Por ello la posición nuestra es contraria a la aplicación de la pena de muerte. En este sentido la pena vendría a ser 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 otros tipos más. En el Art. 58 del COIP, por ejemplo, las penas son privativas de la libertad, no privativas de libertad y las restrictivas a los derechos de propiedad.

6.- La imposición de la pena por parte del poder punitivo del Estado es legítima si es proporcional, idónea y necesaria en relación a la infracción penal cometida. El numeral 6to del Art. 76 de la Constitución consagra el principio de proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales. A mayor daño a un bien jurídico protegido mayor será la pena que el infractor reciba. En otras palabras, la pena será mayor si el reproche ético social es mayor. De esta apreciación se deduce que los postulados flexibilizadores de la pena tengan un fundamento más convincente. Efectivamente muchas corrientes doctrinales proponen que la pena de prisión preventiva se reserve para ser aplicada solo a los casos más graves dejando los menos graves a penas alternativas a la privación de la libertad personal o simplemente sea otra rama del derecho la que se encargue de sancionarlas.

7.- Incluso en los delitos graves la pena de privación de libertad puede tener otras alternativas que dependan de las circunstancias en las que se cometió el

delito. El COIP tiene una serie de penas no privativas de libertad pero que en la práctica para los delitos graves se aplican como accesorias a la pena principal de la prisión preventiva y no con el carácter de alternativas. En este sentido se determina la norma del ultimo inciso del Art. 60 del COIP que prescribe aplicar penas no privativa de libertad “sin perjuicio” de la pena establecida en cada tipo, 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.

2.9.2.- Teorías Absolutas o Retributivas

Responde a la convicción de que el mal no debe quedar impune y sin castigo y el culpable debe encontrar en la pena el castigo merecido. El fundamento de la pena es la justicia y la necesidad moral de castigar. No se busca mediante la imposición de la pena para prevenir el cometimiento a futuro de delitos en una sociedad determinada.

Según Jescheck⁵¹ 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 castiga con otro mal equivalente.

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

a.- 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, como un asunto individual.

b.- 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 pena en la misma proporción (Ojo por

51. Jescheck Hans. Ob. Cit. pag. 72

ojo, diente por diente: la ley del talión), sin que su caso sea utilizado como ejemplo o escarmiento para una utilidad social, en caso de que alguien cometa el mismo delito. La pena no es utilitaria, es decir no se puede castigar al individuo para beneficiar a la sociedad porque actuar así no sería otra cosa que instrumentalizar al individuo, buscar un chivo expiatorio a costa del cual atemorizar a la sociedad, porque la pena no sería la expresión del hecho delictivo cometido.

c.- 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 (tesis) es negada 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 "...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..."⁵².

El principio de medida al que se refiere Jescheck no es sino la existencia de tres presupuestos fundamentales en los que se sostiene la teoría retribucionista:

- 1.- Que el Estado pueda legitimar su autoridad moral frente al delincuente.
- 2.- Que la culpabilidad y la pena sean graduables frente a la gravedad del delito.
- 3.- Que la sociedad considere justa esa pena impuesta.

52. Jeschecke Hans. Ob. Cit. Pag. 72

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.

d.- 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 las críticas a estas teorías casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo parten de la idea retribucionista para la imposición de la pena porque 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 de la reprochabilidad 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 un delito. El 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 cabría, en función de lo manifestado en el párrafo anterior, cabida para la libertad condicional, la prelibertad, para la amnistía o adulto, 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 ciudadanos dignos para convivir en paz.

- 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. Como se ha señalado, por citar un solo ejemplo, el profesor Bustos, la función de la pena en un Estado social y democrático de derecho no es otra cosa que el auto constatación 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...*"⁵³ de la pena.

Por tanto, esta dimensión 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 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?

Pese a que esta teoría ha sido superada existe una tendencia a regresar a la pena retributiva porque evita los excesos que comete el Estado en nombre de la prevención.

2.9.3.- Las Teoría Relativas o Teorías de la Prevención.

Estas teorías asignan a la pena la misión de prevenir delitos como un 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. La pena 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, para los retribucionistas castigan con la pena el delito cometido; la teoría de la pre-

53. 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.

vención impone la pena para evitar que el delincuente y la sociedad cometan delitos en el futuro.

Esta teoría conlleva el peligro siempre latente de que el Estado imponga una pena al infractor no en función de la gravedad del delito sino en función de la peligrosidad del mismo, con el consiguiente peligro de alejarse de la obligación de respetar el principio de culpabilidad. La forma como pretende el Estado evitar el cometimiento de delitos es castigando la tendencia o la inclinación que tiene el infractor para delinquir, no por lo que ha hecho sino por su predisposición a seguir haciéndolo hecho por el cual la duración de la pena va en función del tiempo que demore la rehabilitación del condenado.

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

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

2.- La pena va en función de la peligrosidad.

3.- Que esa tendencia pueda ser superada mediante procesos de rehabilitación penitenciaria.

Las funciones preventivas son de carácter general y especial.

2.9.3.1.- La Prevención General.

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. El representante de esta teoría es Feuerbach quien prevé que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Es una coacción psicológica que puede ser positiva y negativa.

2.9.3.1.1.- 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 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 y la finalidad de la misma es la reafirmación de la vigencia de la norma infringida por la desestabilización causada por el incumplimiento del infractor.

Roxin menciona que esta prevención general constituye una importante finalidad 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...”⁵⁴

Algunos autores, entre ellos a Gracia Martín, 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 de un juicio de antijuridicidad y culpabilidad previa valoración de la gravedad de la pena y la proporcionalidad de la misma. 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.

Roxin nos hace caer en cuenta 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

54. Roxin claus(2014). La Teoría del delito en la discusión actual. Editora Jurídica Grijley. Lima.Pag.78-79.

social más intensa realizada por los diferentes y cada vez más sofisticados medios electrónicos de vigilancia (satélites, cámaras, drones, internet, mensajes vía celulares, etc.). El peligro de esta tendencia es 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 cuanto libertad, cuanto esfera de privacidad estamos dispuestos a sacrificar a favor de una mejor protección frente a la criminalidad... gran parte de la población parece estar dispuesta a tolerar cada vez 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..."⁵⁵

De todas formas, 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.

Roxin, al igual que Kaufmann, atribuye tres distintos efectos a la prevención general:

a.- Una función informativa de lo que está prohibido y de lo que se tiene la obligación de acatar. Es decir, dando a conocer las reglas sociales básicas que no pueden violarse. Tiene un efecto informativo de aprendizaje de la norma penal.

b.- La misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad de controlar e imponer el orden jurídico. Esto se logra cuando el ciudadano constata como se hace justicia y se impone el Derecho en la práctica.

c.- La tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho. En otras palabras, produce un efecto de pacificación se sabe que el Estado efectiviza los mecanismos legales para la solución de los quebrantamientos a la ley. Constata que la justicia por mano propia o la impunidad están desterradas de las posibilidades de solución de las controversias.

55. Roxin claus. Ob.Cit. Pag. 81

2.9.3.1.1.1.- Crítica a la prevención general positiva

1.- 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 situaciones de verdadero terror estatal que autores como Roxin pretenden evitar.

2.- Como habíamos anotado, la construcción de la teoría del delito desde la pena implicaba el peligro de que no era necesario el presupuesto de hecho para que la pena actuara en forma autónoma. Efectivamente, si por un hecho cometido se infringe una norma penal entonces indefectiblemente se produce una desestabilización de la conciencia social de la norma para lo cual será necesario imponer una pena que cumple la función de restituir o estabilizar o reafirmar la vigencia de la norma infringida. 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.

3.- Acorde con la crítica de Gracia Martín⁵⁶, lo que importa 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.

56. Gracia Martín Luis, Ob. Cit. Pag. 224.

4.- 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.

2.9.3.1.2.- 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. Responde a una necesidad de intimidación, que hasta la actualidad no ha podido ser precisada o medida empíricamente, que comienza desde la publicación de la disposición penal en el registro oficial por medio del cual se enuncia a la sociedad la amenaza de imposición de una pena a quien incurra en determinados tipos de comportamiento.

El representante de esta teoría es Feuerbach y prevé que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esta amenaza debe concretarse a través de las amenazas penales y de la ejecución de las mismas. Lo destacable dentro de esta teoría no es la intimidación en si 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 por la revolución francesa. Es una coacción psicológica negativa que busca a través de la pura intimidación, con la amenaza de la pena, que los ciudadanos no cometan delitos.

2.9.3.1.2.1.- 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.

2.9.3.1.3.- Conclusión y crítica a las teorías de la prevención general.-

a.- Estas teorías de la prevención general de la pena conducen a prescindir del juicio de culpabilidad 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 quién o cómo lo cometió.

Estas teorías irrespetan la dignidad humana al imponerle una pena al ciudadano con el fin de producir temor o respeto por la norma infringida sin considerar el grado de culpabilidad del autor. Si existe necesidad de generar un temor grande en la colectividad la pena impuesta sobre el infractor será superior. Es la consagración de un derecho penal de autor completamente utilitarista.

2.9.3.2.- Teorías de la Prevención Especial de la pena.

El apareamiento de estas teorías obedece al nuevo paradigma del Estado intervencionista que se superpone al estado liberal mínimo de reducida vigilancia.

La prevención especial de la pena va dirigida hacia el delincuente condenado para que se intimide y renuncie a futuro volver a delinquir; 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 que desea vivir en sana convivencia con los demás. Con mucha autoridad concluye Jakobs que "...Cuando se

considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial...”⁵⁷.

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 Martín⁵⁸ 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 la inocuización del incorregible o inintimidable.

Von Liszt, citado por Jakobs⁵⁹, impulsor de la prevención especial, determina que ésta tienen los siguientes presupuestos:

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

2.- 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.

3.- Al delincuente ocasional, necesitado de correctivo, la pena constituye un recordatorio que le inhiba de ulteriores delitos.

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

5.- 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.

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

58. Gracia Martín Luis. Ob. Cit. Pag.243 a 248.

59. Jakobs Gunther. Ob. Cit. Pag.29.

Pero es Liszt en su intento de dotar al Derecho Penal de la investidura científica que era negada por los positivistas el que sostiene que la pena es una reacción instintiva del Estado y como tal carente de juicios de valor ético o moral, y para que sea algo científica y racional se relaciona con el Derecho por la idea del fin de la misma. La pena no puede ser administrada por la víctima porque sería un acto de venganza privada sin límites racionales ni éticos. La pena debe ser impuesta por el Estado como un acto racional sin que pierda su carácter instintivo.

Liszt cree que la medida de la pena está determinada no por el hecho pasado que ha sido cometido sino por el fin de la misma. La pena es una coacción impuesta en contra de la voluntad que deteriora o destruye los bienes jurídicos del autor del delito. Esta coacción debe ser impuesta por el Estado de manera racional y científica 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...”⁶⁰

En síntesis, para el Estado es perfectamente legítimo que mediante sus políticas internas trate de persuadir o convencer al condenado que no delinca porque el nivel de satisfacción por el delito cometido es siempre menor que la pena sufrida por la misma causa.

2.9.3.2.1.- Teoría 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 le dice 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

60. Donna Edgardo. Ob.Cit. pag.278.

persona que no tiene libre albedrío y que necesita tratamiento.

Sus postulados iniciales los encontramos en los trabajos de Lombroso, Ferri y Garófalo, principalmente.

2.9.3.2.2.- Teoría de la Prevención Especial Negativa.

La pena como mecanismo de prevención de infracciones no va dirigida a la colectividad sino a una persona determinada que es el infractor mismo. Es decir busca que quien sufra la pena no vuelva a delinquir. Esta teoría se la conoce como prevención individual.

Es decir, la imposición de la pena está orientada a que la misma sirva de escarmiento al mismo 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 de sustitución de las penas con las medidas de seguridad. En consecuencia, no estará privado de su libertad por el acto realizado sino por su condición de o peligroso sin importar que haya o no cometido un delito nuevo.

2.9.3.2.3.- Conclusiones y crítica a las teorías de la prevención especial de la pena.-

En la discusión mundial sobre la pena la teoría de la prevención especial

casi ha desaparecido desvalorando el hecho cierto que la ayuda y la rehabilitación del condenado es el más importante factor en el tratamiento preventivo en contra de la reincidencia. Esta sensación tiene su razón de ser en el desprestigio y en los serios cuestionamientos sobre su utilidad que ha tenido la privación de la libertad del condenado en los centros carcelarios.

Sin embargo no debemos olvidar que gracias a las teorías de la prevención especial la resocialización del delincuente ha sido incluida como política penitenciaria en casi todas las legislaciones del mundo, gracias a los positivistas. Sin ella no tendría razón de ser la pena condicional, las 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 Código Orgánico Integral Penal 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.) pero también es cierto que esto se debe al defecto de las medidas administrativas de los centros penitenciarios como tales y no por la medida de privación de la libertad..

El problema que podría cernirse en la aplicación de esta teoría de la prevención negativa son los anticipos de la barrera punitiva del Estado que se conseguirían al analizar la necesidad de la prevención del 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.

2.9.4.- Teorías Mixtas o Eclécticas de la Unión

Combina los principios de las teorías absolutas y de prevención cuyo resultado viene a ser la que se conoce como Teoría General Positiva Limitada. La pena vendría a ser legítima para esta teoría cuando busca reprimir (pena retributiva) y prevenir al mismo tiempo, es decir, la pena será legítima cuando es el mismo tiempo útil y justa. Útil porque realiza las funciones de

prevención general y especial, y justa porque debe ser proporcional al delito. Sin embargo este equilibrio puede verse afectado porque en determinado momento puede sacrificarse a la pena justa por una pena desproporcionada para que cause temor en la población con el fin de prevenir. En otras palabras, la pena superaría en demasía la pena justa.

Esta situación puede solucionarse aplicando la pena desde la óptica de la política criminal propuesta por Roxin, citado por Enrique Bacigalupo(1994)⁶¹. Esta solución determina 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 lo que se cumple la finalidad de prevención general y especial positiva.

Más allá de las críticas vertidas en párrafos anteriores podemos resumir que la pena absoluta o retributiva está impedida a renunciar a los criterios preventivos porque, como afirma Roxin, 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.

De igual forma, las teorías preventivas por si 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 esta 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 mas allá de la culpabilidad solo porque el Estado decide hacerlo como un mensaje de prevención a la sociedad. Sería inconstitucional y violaría principios del debido proceso, de culpabilidad y de legalidad.

La teoría mixta de la pena propuesta por Roxin, según sus propias palabras, consiste no en la simple yuxtaposición de las teorías absolutas y relativas sino en una relación dialéctica muy bien explicada por el autor alemán:

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

“...la pena apropiada según la culpabilidad solo puede ser impuesta en el marco de lo preventivamente indispensable. Esto quiere decir, en palabras sencillas, la pena debe quedar por debajo de la culpabilidad cuando esto sea preventivamente razonable, cuando p.ej. el cumplimiento de una pena correspondiente a la culpabilidad pudiera destruir la existencia civil del autor y lo desocializara, y si existiera por lo demás un pronóstico razonable de buena conducta, debería imponerse una pena leve que permita la condena condicional. Y es que cuando una pena leve puede cumplir con la finalidad preventiva de igual o mejor manera que una pena fuerte, que era la merecida, la pena que agote la medida de la culpabilidad carecería de legitimación a través de la necesidad social...”⁶².

2.9.5.- Teoría Consensual de la Pena

Para su precursor Carlos Nino la pena se legitima cuando es un medio necesario y efectivo de protección social y se la impone considerando las individualidades y particularidades de cada persona que es el condenado, de acuerdo al grado de afectación que puedan tener sobre su vida.

2.9.6.-Teorías Deslegitimantes de la Pena.

2.9.6.1.- 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 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 Zaffaroni⁶³ el concepto de pena se podría construir “... considerando a la pena como: (a) Una coerción. (b)Que impone una privación de derechos

62. Roxin Claus (2008). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, España. Pag. 36

63. Zaffaroni Eugenio (2005). Ob. Cit. Pag. 56..

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...”

2.9.6.2.- El Derecho Penal Mínimo.

Cuyo mentor es Luigi Ferrajoli en relación con su propuesta del Derecho Penal Mínimo en el que plantea 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 proceso lento y paulatino hasta que el mismo sistema penal se extinga. Ferrajoli⁶⁴ piensa que “...la duración máxima de la pena privativa 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...”. Las posibilidades de reincidencia de un condenado a una pena corta se traducirían en efectos disuasorios generados por el miedo de pasar otro periodo encerrado.

2.9.6.3.- 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

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

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 penal, pues estigmatiza, ya que un procesado o condenado 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.

2.10.- La Pena en el Código Orgánico Integral Penal

2.10.1.- Definición de pena.- El Art. 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 y anotados anteriormente, cuando analizamos la pena en general:

a.- La humanización de la pena.- La pena como una restricción de la libertad proviene del derecho penal liberal a partir de la revolución francesa de 1789. Este principio de humanización de la pena conlleva el destierro o el descarte de la imposición de las 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 expresión 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 respetando todos los derechos y garantías que les asisten a los condenados de acuerdo a lo previsto en el art. 4, 7, 8, 9,10 de la CRE y Art. 12 del COIP.

b.- Principio de legalidad de la pena.- Además esta pena privativa de libertad debe ser a consecuencia de un acto u omisión señalados como delitos por una ley previa. Expresión propia del principio de legalidad (Art.4 COIP) *nullum crimen nulla pena sino lege* previa que consagra la obligación que tiene el Estado de evitar las penas arbitrarias que no sean producto de un juicio penal en ausencia de los principios del debido proceso.

c.- 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 propios de un Estado constitucional de derechos que limitan las actuaciones arbitrarias del Estado en contra de ciudadanos considerados como enemigos de aquel.

d.- Principio de proporcionalidad de la pena.

La pena debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido, reza el Art. 76 numeral 6to. Este principio retribucionista 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 a la privación de la libertad de un delincuente.

Uno de las finalidades del proceso penal es la realización de la justicia, es decir, el establecimiento de un fallo justo por parte de los jueces y tribunales previo la ejecución de un proceso penal, y la imposición de una pena que para ejecutarse deberá estar previamente ejecutoriada. La pena como consecuencia jurídica de la culpabilidad es una tesis retribucionista coherente con el modelo constitucional.

e.- El derecho penal de acto presente en la pena.- El castigo por la infracción cometida por el sujeto activo, de acuerdo con el COIP, debe ser en respuesta a una acción y omisión punible. El Art. 76 numeral 3 de la CRE contiene 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 y el Art. 22 del COIP establece claramente que no se podrá sancionar o penar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales lo que constituye un claro indicativo de que la pena es una consecuencia del cometimiento de un acto delictivo y no responde a consideraciones personales del autor.

2.10.2.- Finalidad de la Pena en el COIP.

Habíamos manifestado en líneas anteriores que el carácter preventivo de la pena, como un sistema extendido de aplicación casi universal, tiene ciertos riesgos o peligros relacionados con la imposición de la pena por el Estado con fines de prevención general y especial. La pena prevista para sancionar los delitos cometidos puede en determinado momento no estar en función con la gravedad del mismo sino en la necesidad de disminuir la frecuencia de su cometimiento por razones de carácter político criminal.

Esta situación puede desbordar en la aplicación de penas arbitrarias y abusivas lesivas al principio de proporcionalidad y de otros derechos inherentes a los procesados requiriéndose que el Derecho Penal active sus mecanismos de protección y de contención al desbordamiento del poder punitivo del Estado.

Dentro de qué límites puede un Estado Social y Democrático de Derechos ejercer legítimamente su potestad punitiva, se pregunta Santiago Mir Puig⁶⁵. La respuesta de la dogmática penal conjuga la exigencia de afirmación de los principios que informan al Derecho Penal cuya intensidad de su observancia determinará el tipo de Estado y la inclusión o no de principios constitucionales inspiradores en su sistema penal. Estos límites están asociados al respeto y la observancia efectiva a importantes principios fundamentales como el de la dignidad humana, de la igualdad y participación ciudadana, en donde el ciudadano es el centro de su atención.

2.10.2.1.- La prevención general para la comisión de delitos.

Acoge el principio imperante en la actualidad en casi todos los sistemas penales del mundo. Es decir las penas en el COIP están determinadas por la función de prevención general (estímulo y amenaza a la sociedad) y prevención especial (estímulos y amenazas al infractor, Art. 8 del COIP). La injerencia estatal a través de la imposición de una pena debe legitimarse a través de la pretensión de proteger bienes jurídicos para la conservación de la convivencia social perturbada, por lo que la imposición de la pena sin fines sociales (solo

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

retributiva) no tendría sentido.

Pero el problema en la práctica es muy puntual. En Ecuador se ha demostrado que 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. Estos hechos demuestran que la prevención no ha respondido a las expectativas que el Estado ha puesto en ella. Los resultados preventivos sobre el individuo no han sido de abstención sino que el incremento del índice de reincidencia es igualmente alto.

La prohibición de la pena de muerte en nuestra legislación penal está conforme a los principios del Derecho Penal liberal. Aceptarla sería aceptar que el efecto intimidatorio de la misma produce prevención general del delito. La eliminación del delincuente no es sino una medida de inocuización respaldada por Liszt que abiertamente, según el contrato social, va en contra de los derechos fundamentales de la persona. La teoría retributiva de la pena sanciona al delincuente por lo que hizo y no porque la pena impuesta sirva de ejemplo atemorizador a la sociedad porque se estaría imponiendo una pena no por el acto o hecho infractor sino como un fin preventivo, lo que lleva inevitablemente a una reducción de las garantías fundamentales, que si es racional, podría aceptarse como un hecho inevitable.⁶⁶

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 para la teoría prevencionista porque caso contrario nos preguntaremos para qué se previene. En consecuencia la mejor forma de proteger los bienes jurídicos a futuro (ex post) de la sociedad es a través de la pena. 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 están consumados o realizados y el Derecho Penal actúa después.

66. Donna Edgardo. Ob. Cit. Pag. 326.

Para que la pena sea un medio efectivo de prevención del delito a futuro esta debe compatibilizarse con los otros principios limitadores del poder punitivo del Estado, como es 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...".⁶⁷

Varios autores, entre ellos Gracia Martín⁶⁸, 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 delinquirando pese a los esfuerzos rehabilitadores, que valga la ocasión decir, no han sido efectivos y por el contrario, me atrevería a asegurar, en nuestro sistema penitenciario han tenido un efecto adverso. En este sentido la pena solamente serviría para restaurar la vigencia de la norma penal alterada reafirmando su vigencia mediante la sanción.

2.10.2.2.- El desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena.

Se entiende que en el proceso de ejecución y cumplimiento de la pena el condenado será objeto de un proceso de rehabilitación orientado a su reinserción positiva en la sociedad, bajo los principios de contenidos en 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.

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

68. Gracia Martín Luis. Fundamentos del sistema del Derecho Penal. Ob. Cit. Págs. 214 a 218.

2.10.2.3.- La reparación del derecho a la víctima.

En el COIP se integra la reparación de la víctima a las consecuencias jurídicas del delito y se relaciona con el resarcimiento y compensación por el daño producido a consecuencia del delito, tomado del campo civil para ser aplicado a la materia penal.

¿Cuál es la relación de la institución de la reparación integral a la víctima con los fines del Derecho Penal, teniendo en cuenta que aquella es de carácter civil y privado? ¿Cómo transformar o adecuar la reparación a la víctima como una institución del Derecho Penal? ¿Cuál es la función de la reparación a la víctima en el proceso penal?

Según Luis Gracia Martín la dogmática penal ha contemplado cuatro usos penales a la reparación:

2.10.2.3.1.- La reparación a la víctima como una auténtica especie de pena.

Para que este caso se verifique la reparación deberá estar contemplada en el COIP como una especie de pena, no accesoria a otras especies, conjuntamente con las privativas de libertad y las penas pecuniarias, o que se contemple como pena en la redacción de cada tipo penal en la parte especial del COIP. De la revisión del Título II del cuerpo penal antes referido 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 específico. Tampoco figura como pena exclusiva de algún tipo de delito específico.

Al no incluirse a la reparación como un tipo de pena supondría la creación de serias contradicciones entre el interés de la víctima y la finalidad de la pena y del Derecho Penal. Una reparación menor a las pretensiones de la víctima produciría 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 igual a las pretensiones de la víctima con la gravedad de la culpabilidad 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 Art. 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 más⁶⁹.

2.10.2.3.2.- La reparación a la víctima como elemento sustitutivo o alternativo 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 sustituida por la reparación a la víctima para dejar sin efecto la primera. Esta posibilidad redundante y cae en los mismos defectos de la reparación como una pena vistos en el párrafo anterior.

2.10.2.3.3.- La reparación de la víctima como un nuevo fin de la pena independiente de los fines tradicionales (retribución, prevención, expiación, mixtas).

La utilidad de la imposición de la pena es una cuestión que en la actualidad nadie lo niega. La pena debe ser utilitaria 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.

69. Gracia Martín Luis. Fundamentos del Sistema del Derecho penal. Ob.cit. Págs. 286 - 289

2.10.2.3.4.- La reparación a la víctima como una sanción que ayuda a la 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 normacoloca 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..."⁷⁰.

Roxin 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 víctima 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..."⁷¹.

2.10.2.3.5.- Posición del COIP.

El Código Orgánico Integral Penal, Art. 622, numeral 6to ordena que los jueces deben calcular e incluir dentro de la sentencia el pago de las indemnizaciones por los daños sufridos por la víctima plenamente demostrados con los medios probatorios establecidos por la ley. El Art. 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.

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

71. Roxin Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura del delito .Ob. Cit. Pag.109

Efectivamente el Art. 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 y el daño ocasionado y sufrido por el afectado.

¿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 Art. 58 del COIP no la contempla ni siquiera como una pena accesoria y tampoco el Art. 72 del mismo cuerpo legal la incluye como una causal de extinción para que puede considerársela como un elemento sustitutivo de la misma.

Más bien la reparación en el COIP tiene dos utilidades:

1.- Como presupuesto obligatorio para la aplicación de la suspensión condicional de la pena prevista en el Art. 630 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.

2.- En segundo lugar, nuestra ley penal acoge a la reparación como una forma de extinguir la acción penal pública. En este caso el Art. 665 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 su prerrogativa desvalorizada por el acuerdo voluntario entre víctima y autor.

En ambos 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 Roxin, criterio contrariado por las argumentaciones de varios autores, entre ellos, Gracia Martín⁷².

2.10.2.4.- La garantía de que la pena no tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

La prevención del delito, sea general o especial, es uno de los mecanismos más efectivos para el cumplimiento de dos finalidades del Derecho 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?

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 Art. 52 inciso final del COIP que proscribe la inocuización como pena.

2.10.2.4.1.- 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 delinquir. La inocuización del delincuente en estado incorregible debe ser una medida de última ratio, en última instancia,

72. Gracia Martín Luis. Fundamentos del Sistema del Derecho penal. Ob.cit. Págs. 282 a 299.

de excepción dirigida a los delincuentes reiterativos en su conducta antisocial y a los sujetos peligrosos. Se neutraliza por medio de dos mecanismos: el aislamiento o la eliminación.

2.10.2.4.1.1 -El aislamiento.

Es la reclusión perpetua (dependiendo de su estado) del individuo peligroso en un centro de detención especial con la finalidad de evitar que siga cometiendo delitos.

2.10.2.4.1.2.- La eliminación

Es la privación de la vida del infractor como una medida que desaparece definitivamente todo peligro de que vuelva a cometer delitos.

Sin embargo, y pese a ser la inocuización una medida adoptada por la mayoría de las legislaciones penales, en nuestro ordenamiento jurídico penal no ha sido contemplada como una finalidad de la pena. Los delincuentes peligrosos desadaptados de la vida civilizada no tienen un tratamiento especial en el COIP, a lo sumo serán condenados en calidad de reincidentes con la aplicación de la pena máxima incrementada en un tercio, tal como ordena el art. 57, último inciso, del COIP.

Pero la prescripción que elimina totalmente la posibilidad de aplicar medidas de inocuización esta contemplada en el Art. 52 inciso segundo que determina que la pena en ningún caso tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

No obstante, lo que contempla el COIP en el art. 76 es la medida de seguridad contra las personas inimputables por trastornos mentales cuya 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 y que no será otro que un referente del tiempo de internamiento bajo vigilancia. De esta forma el COIP renuncia a la utilización de las medidas de seguridad como un medio de anu-

lación o inutilización de una persona por su sola peligrosidad, aun cuando no revista o no necesite de un tratamiento psicológico.

En conclusión, según el COIP bajo ningún presupuesto de hecho o de derecho el condenado será aislado o inocuizado de sus relaciones sociales a las que tiene derecho 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 a bien tuviere. El condenado tiene derecho a una vida social que vaya acorde con su derecho al libre desarrollo de su personalidad que implica una relación intersubjetiva con el resto de la comunidad carcelaria y con quienes externamente 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 art. 4 del COIP, incluso del derecho a negarse una rehabilitación impuesta por la administración penitenciaria.

2.10.2.5.- El COIP adopta la teoría de la prevención limitada o Mixta de la pena.

Cada Estado de acuerdo al momento histórico que registra otorga al Derecho Penal y a la pena la función que lo caracteriza. Derecho Penal y Estado son dos entes societales interdependientes. Por ejemplo en el derecho clásico liberal 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 al Estado que en base al principio de proporcionalidad y legalidad imponía la pena en función de la gravedad del delito.

En el estado social y democrático de Derecho el Derecho penal cumple la misión de proteger en forma efectiva a los ciudadanos asumiendo la pena como un mecanismo de prevención limitada por un conjunto de principios constitucionales y supranacionales constantes en los convenios internacionales de derechos humanos, como expresión concreta del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Penal.

Con este antecedente podemos afirmar que el sistema ecuatoriano adopta

la teoría retributiva mejorada o teoría preventiva limitada de la pena desarrollada por Roxin y explicada en los párrafos anteriores.

Algunos de los indicativos que configuran esta adopción de la retribución limitada son los siguientes:

1.- No toda lesión a bienes jurídicos se castiga desde el Derecho Penal, por ejemplo la prisión por deudas dinerarias. Lo justo y retributivo sería que se las incluya como delito dado que el hurto y el robo de pequeñas cuantías si están 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.

2.- 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.

3.- La inclusión de la suspensión de la pena de privación de la libertad en el Art. 630 del COIP refleja la preocupación por evitar el cometimiento de un mal mayor, con la imposición de la pena, 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.

4.- El Art. 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. Este es un claro postulado de la teoría de la prevención general positiva.

5.- 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 Art. 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 Arts. 695 al 700.

En conclusión, la normativa del COIP determina la amenaza de la pena por el cometimiento de 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).

CAPITULO III

3.- DERECHO PENAL SUBJETIVO

3.1.- El Ius Puniendi o el Derecho del Estado a castigar.

¿Por qué y con qué derecho el Estado se arroga el poder de enjuiciar, castigar y hasta condenar a muerte a 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?

De acuerdo con la teoría del contrato social, todos los ciudadanos renunciamos a una parte de nuestros derechos en beneficio del Estado para que éste se constituya en el único ente con la capacidad de desplegar todas las acciones traducidas en la restricción limitada de derechos a fin de que se definan un conjunto de conductas que la sociedad acepta como dañosas a los bienes jurídicos que atentan contra la vida de armonía y paz social.

Las conductas ilícitas llamadas delitos y sancionadas con una pena deben ser imputadas a todo miembro de la sociedad que viole el sistema normativo de prohibiciones. El Derecho penal vendría a ser el instrumento a través del cual el Estado establece un conjunto de sanciones frente a conductas que dañen o pongan en peligro intereses sociales importantes.

Esta delegación contractual pretende evitar que sea la natural tendencia de la venganza privada la que haga justicia por sus propias manos; o que sea la misma sociedad la que reaccione en forma desproporcionada frente al ilícito cometido y, como un círculo vicioso, altere la misma paz social que se quiere evitar.

El Ius Puniendi o poder que tiene el Estado para castigar las conductas delictivas, más allá, del peligro que significa su extralimitación, es una ne-

cesidad para el mantenimiento mínimo de un orden público y de una paz social. Ningún sistema social o político puede prescindir de un control social formalizado para reprimir los delitos. Tampoco podemos desconocer que todo sistema normativo precisa el poder coercitivo del Estado para sancionar las transgresiones al mismo so pena de que ese sistema jurídico no califique sino como un sistema cultural o moral, no jurídico.⁷³

Este hecho no significa aceptación de una carta en blanco para utilización del poder punitivo por el Estado ya que la falta de crítica y control ha degenerado la utilización de este poder para cometer las violaciones a derechos fundamentales que vienen a constituir el pilar estructural del modelo social actual. Es decir, no cuestionamos su existencia ni su utilidad sino la intensidad con la que se lo aplica y sabemos que la respuesta penal al delito por parte del Estado es por naturaleza violenta.

3.2.- Los fundamentos constitucionales del Derecho Penal ecuatoriano

Es un lugar común afirmar que el Derecho Penal siempre ha sido funcional al tipo de modelo político vigente en una sociedad. Si el gobierno es autoritario entonces tendremos un Derecho Penal violador de los derechos fundamentales de los ciudadanos; si tenemos un Estado o gobierno democrático no cabe duda que el Derecho Penal vigente en ese Estado 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 de un Derecho Penal para que ser considerado garantista o autoritario, 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. Para su legitimación interna la normativa del Derecho Penal debe tener incorporado en sus disposiciones los principios constitucionales y universales que controlen y limiten el poder punitivo del Estado.

73. Binder Alberto. Ob. Cit. Pag.33.

Entonces, consecuentes con esta apreciación constatamos que la dogmática penal en el Ecuador debió construirse pensando en esos límites al poder punitivo, límites impuestos por la misma Constitución, pensando en la protección de los bienes jurídicos del ciudadano

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.

3.2.1.- El Neo constitucionalismo y Estado Constitucional de Derechos

3.2.1.1. La Constitución como modelo axiológico.

El concepto de Constitución no es único sino que, dada la complejidad en la delimitación de sus finalidades, existen varias definiciones, entre la cuales nos adherimos a aquella que considera a la Constitución como modelo axiológico que le confiere una capacidad de valorativa interna muy fuerte que produce y genera otras normas igual de legítimas. Es decir, una constitución normativa de los derechos fundamentales. Isiquio Manuel Sánchez ⁷⁴, citando a Comanducci, expresa que este modelo axiológico de Constitución participa de alguna de las siguientes características:

1.- La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico. Todo el ordenamiento debe formarse bajo el lineamiento de la norma constitucional.

2.- La Constitución, a más de normas, tiene principios que constan expresamente en o que pueden deducirse de las normas constitucionales.

3.- La Constitución tienen una relación directa con el modelo democrático. No existe Constitución sin democracia y viceversa. La Constitución funciona como límite de la democracia entendida como regla de la mayoría.

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

4.- 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).

5.- El método de interpretación de las normas constitucionales es la ponderación. Se elimina el método de la subsunción.

3.2.1.2.- 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, que serán plenamente justiciables y no se podrá alegar falta de ley para su aplicación inmediata. Así lo determina el Art. 11 de la Constitución de la Republica. Los principios contemplados en la Constitución, positivados, 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 fundamental se realice en la mejor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas.⁷⁵

3.2.1.3.- 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 de manera más fidedigna la teoría de los derechos fundamentales desarrollada principalmente por pensadores como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, modelo que impregna a la Constitución de una serie de normas fundamentales modeladoras de todo el ordenamiento jurídico y de la vida estatal. Establece los principios rectores de la convivencia social y los mecanismos de solución y salida a los conflictos que se presenten.

75. 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. XXX .

Este modelo tiene las siguientes características, según Guastini⁷⁶:

a.- 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 colectivos (Art.11.7). Es lo que se conoce como antropocentrismo penal.

b.- El carácter rígido o blindado de la Constitución. Que se reforma mediante procedimientos diferentes al trámite ordinario reformativo de la norma secundaria. La rigidez proviene del grado de dificultad y complejidad para que exista un consenso general sobre una reforma. De esta forma se garantiza la seguridad jurídica y el control de la constitucionalidad en la Corte Constitucional y sobre la Asamblea Nacional. (Arts. 441 a 444 de la CRE) .

c).- La garantía jurisdiccional de la Constitución. La necesidad de preservar el estricto apego y fidelidad a los fines axiológicos de la Constitución exige que su normativa se aplicada o interpretada por jueces distintos de los comunes y alejados de conformidades políticas. En este sentido la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional (Art.1) 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(Art.429). Sus sentencias son precedentes jurisprudenciales generales y obligatorios. También ejerce control constitucional previo y vinculante en varios casos (Art.438 CRE).

d).- La fuerza vinculante de la Constitución. Guastini⁷⁷ introduce este elemento importante en el constitucionalismo moderno que se diferencia radicalmente del aprecio realmente relativo que tenían las normas constitucionales anteriores. En efecto, como dijimos antes 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

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

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

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 Art. 11.3 CRE

e) 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. (Art.425 de la CRE).

f) 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 de ingobernabilidad. Lo que se busca en el fondo es el control de los actos discrecionales de los poderes del Estado utilizando la Corte Constitucional los métodos de interpretación como la ponderación y legalidad constantes en los Arts. 1, 2,3 de la LOGJCC.

g.- 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 explícitas 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.

En conclusión, de acuerdo al modelo de Guastini la Constitución de la República del Ecuador del 2008 cumple con los parámetros exigidos para ser considerada dentro del modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

3.2.2. La Constitucionalización del Derecho en el Ecuador

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno progresivo y gradual que se supone es característica 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 Contravencional, Derecho Constitucional, entre todos los otros campos de las disciplinas sociales.

En el caso del Derecho Penal es innegable en el Ecuador que la Constitución del 2008 tiene declaradas múltiples reglas y principios tanto sustantivos como adjetivos que debe regir el ejercicio de los derechos fundamentales en materia penal, por ejemplo, los derechos protección del Art. 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 validez 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 Código Orgánico Integral Penal vigente, el mismo que en la Exposición de Motivos realizada por el legislador ratifica al COIP como un producto del proceso de constitucionalización del Derecho Penal.

3.2.3.- Constitución, los Principios y los Derechos Fundamentales

3.2.3.1.- Los principios.

La Constitución es axiológica porque, a través de los principios que los contiene, orienta y dirige el ordenamiento jurídico interno exigiendo su observancia obligatoria y su aplicación directa a todos los habitantes del país,

en especial a quienes se encuentran formando parte 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..."⁷⁸.

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.

Los principios tanto explícitos como los implícitos se materializan en la Constitución a través de los 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 factico 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.

3.2.3.2.- Los Derechos fundamentales y el Estado constitucional de derechos.

Los derechos fundamentales son todos aquellos que aseguran la construcción del proyecto de vida que emprenda una persona; trata de asegurar que su esfera de libertad y autonomía de vida pueda verificarse en la realidad. Con ello la dignidad humana se convierte en el centro de atención desde la

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

cual se interpretan las normas constitucionales, a fin de extender el círculo de protección de la misma a todos los ámbitos de la vida societal.

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.

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 (Art.11.3 CRE) y en caso de estarlo, incluso alguna norma constitucional, prevalecerán las pertenecientes a los instrumentos internacionales.

Siendo un Estado constitucional de derechos y Justicia la finalidad de su estructura es la potenciación y cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas integrantes de la sociedad ecuatoriana para la consecución del buen vivir, como sinónimo de bien común. El Estado social, tal como pregona la norma invocada, implica la participación activa del Estado en la solución de los graves problemas de desigualdad socio económico característicos de sociedades como la nuestra. 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 legítimo 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 el fundamento de 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.

3.2.4.- Estado constitucional de derechos y el Derecho Penal

La potestad punitiva del Estado está legitimada en un Estado constitucional de derechos y justicia por la natural tendencia que tiene el hombre por transgredir las prohibiciones impuestas por el ordenamiento jurídico. El Estado debe estar siempre listo para generar una respuesta violenta frente a la comisión de un delito que por si también es un acto violento en contra de los derechos de terceros y en contra del ordenamiento jurídico regente.

En un Estado de esta naturaleza la necesidad de salvaguardia de los derechos fundamentales, objetivados por los bienes jurídicos, implica la utilización de un sistema punitivo representado por el Derecho Penal que de por si representa un conjunto de compuertas destinadas a impedir o limitar la respuesta violenta del Estado como respuesta al delito. Pero también el Derecho Penal puede contener una normativa que desborde los límites de los límites impuestos al poder punitivo del Estado, por lo que se hace necesaria la presencia de un conjunto de garantías que evite este fenómeno originado en la respuesta del Derecho Penal(Poner límites a los límites).

Por esa razón, y tal como hemos afirmado, la constitucionalización del ordenamiento jurídico general y del Derecho Penal en particular no significa otra cosa que la obligatoria e imperativa fidelidad que debe guardar la legislación penal con la norma constitucional; con los valores, principios reglas y derechos fundamentales constitucionales. Si la vigorosa directriz del modelo societal fraguado en la Constitución gira alrededor del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de los sujetos evidentemente

que ese también será el objetivo y el norte del Derecho penal ecuatoriano.

Es decir, los jueces, fiscales y autoridades administrativas que participan en el proceso penal, el diseño de las conductas penalmente relevantes, los presupuestos de antijuridicidad, los sistemas de imputación y responsabilidad penal, al igual que la ejecución de la pena deben inspirarse en principios constitucionales en los que dignidad de la persona es el 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.

3.2.4.1.- La Constitución impone límites al poder punitivo del Estado.

Uno de las consecuencias más importantes y trascendentes de la Constitución ecuatoriana que plantea un modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia es la inclusión en su propia normativa de los límites al poder punitivo del Estado. Pero es una limitación que no nace y muere en la misma normativa, sino que por efecto de la constitucionalización debe ser desarrollado por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, entre ellos, por el Derecho Penal. Estos límites al poder punitivo que se encuentran previstos de manera expresa en el Art. 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 punitivo⁷⁹.

El poder punitivo del Estado se ejercita a través de la jurisdicción ordina-

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

ria compuesta por los órganos jurisdiccionales quienes de acuerdo con la ley y por determinación constitucional (Art. 178 CRE) son los encargados de administrar justicia. Para hacerlo 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, que vienen a ser derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos recogidos en el COIP.

3.3.- Los principios que limitan el poder punitivo en el Estado Constitucional de Derechos.

3.3.1.- Introducción histórica.

Sin quererlo la redacción del COIP recoge la permanente discusión, que ha entretenido durante decenas de años a los juristas y a la dogmática penal, sobre si la finalidad básica del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, o tiene la función de limitar el poder punitivo del Estado o tiene como misión la aplicación de las funciones de prevención general del delito.

No olvidemos que el Derecho Penal moderno nace precisamente como una reacción liberal, de la Ilustración, en contra de la justicia absolutista de la monarquía europea del siglo XVIII. Aparece como reacción al proceso inquisitivo orientado a racionalizar el uso del poder penal en los procesos en donde la verdad procesal era un asunto de dominio propio del monarca, sujeto a manipulaciones en función de sus intereses. Lo que el Derecho Penal moderno busca, a partir de entonces, es consolidar una serie de principios o límites que protejan la distorsión de la indagación penal en manos del sistema inquisitivo manejado por el poder absoluto.

En la actualidad este conjunto de principios o sistema de garantías, como

dice Ferrajoli, busca evitar las distorsiones del proceso penal y fortalecer los límites al poder punitivo del Estado. Son solo principios pertenecientes tanto al Derecho Penal como al proceso penal ideados en forma unificada dentro de este sistema de protección total.

El Derecho Penal es un producto histórico proveniente de las experiencias absolutistas y despóticas del régimen monárquico absoluto cuyo sistema inquisitivo actuaba fuera de todo tipo de consideraciones humanistas en contra de personas indefensas inmersas en un proceso de juzgamiento. El Derecho Penal no solo es producto del desarrollo conceptual de la dogmática penal, que ha jugado un papel trascendental en este proceso de fortalecimiento del Derecho Penal, sino que tiene una fuerte base empírica proveniente de la aplicación de la justicia penal en regímenes democráticos, absolutistas, autoritarios y despóticos.

Históricamente la reacción del Derecho Penal al sistema inquisitivo apuntó a la consolidación de instituciones que lo caracterizaron de manera determinante. Por ejemplo:

a.- Buscó cortar el acceso del poder penal al fuero interno de la persona. La historia esta abundantemente documentada sobre los millones de muertos por sus creencias religiosas, por sus posiciones políticas, que en ese entonces bastaban que sean contrarias a las que tenía el monarca para ser sujeto a penas capitales. El límite impuesto por la Ilustración a este control de los espíritus, como calificaba Binder a este proceso, es el principio de exterioridad. Las personas deben ser juzgadas por lo que hacen y no por lo que piensan (Derecho penal de acto). Con esto se evita que el Estado penalice los aspectos íntimos y privado de las personas que no causan daño a nadie porque están en la esfera interna de su psiquis. En la actualidad existe un peligro de regreso de estas nuevas fórmulas de penalidad especialmente a través de la tipificación de actitudes o formas de pensar, basadas en la peligrosidad o el potencial peligro que puede constituir una forma de pensar o actuar.

b.- Luego se impulsó la exigencia que ese acto externo por el cual una persona iba a ser juzgada haya previamente estado definido como delito por una ley anterior. El sistema inquisitivo no tenía una tabla de delitos sobre el cual las personas pudieren saber cuáles conductas son delictivas, y por lo tanto evitables, y cuales tienen una determinada pena. En la mayor parte de países

monárquicos los delitos y las penas eran considerados como tal mediante el parecer subjetivo del juez. No conocían por qué delito eran acusados ni qué pena recibirían por aquello. Esta arbitrariedad motivó el aparecimiento del principio de legalidad de las penas. No existe delito ni pena sin una ley anterior al hecho. La ley penal debía ser expedida por el poder legislativo como representantes de los pueblos elegidos por votación. Los delitos y las penas no podían ser tipificados por el poder ejecutivo o por el monarca, peor ser juzgados por sus representantes. El juzgamiento debía ser realizado por jueces pertenecientes al poder judicial independiente del Ejecutivo o del monarca por el temor a su arbitrariedad.

c.- Las penas en el régimen monárquico eran impuestas a quienes fueron autores del delito pero también les eran impuestas a otros que nada tenían que ver con esos hechos, como son los familiares, parientes y amigos, por la única condición de ser tales. El Derecho Penal liberal moderno puso un límite a esta arbitrariedad desarrollando el principio de la culpabilidad o responsabilidad personal mediante el cual únicamente las personas que participaron, con conciencia, voluntad, pudiendo hacerlo de otra forma, reciben una pena proporcional al daño causado (Principio de proporcionalidad de la pena).

Esta es la estructura básica del desarrollo del Derecho Penal liberal moderno desde el punto de vista funcional de limitador del poder punitivo. Pero posteriormente, ya ajeno a la influencia de la menarquia absoluta, el Derecho Penal desarrollo una serie de principios orientados no solo a limitar el poder punitivo del Estado sino a la protección de bienes jurídicos o a la necesidad de evitar la quiebra del derecho, que igualmente han sido recogidos por el Código Orgánico Integral Penal.

3.3.2.- Los principios limitadores en el COIP.

Hagamos las siguientes consideraciones:

1.- Si definimos al COIP como un conjunto integrado de saberes penales que tienen una finalidad jurídico – política fundamental que es la de normar o limitar el poder punitivo del Estado, entonces podemos concluir en primer lugar, que todo su contenido debe estar diseñado en función de este objetivo. Es decir no debe haber contradicciones entre su normativa y la finalidad pro-

puesta y debe encuadrarse dentro de un marco de racionalidad mínima.

2.- Si su función es limitar el poder punitivo el COIP debe contener un conjunto de herramientas idóneas para tal propósito con las cuales el legislador construyó este sistema, descartando unas herramientas y adoptando otras de acuerdo con su finalidad política. Evidentemente que los criterios sobre los cuales se realiza esta adopción son los principios limitadores del poder punitivo del Estado que operan desde los convenios internacionales de los derechos humanos y desde la Constitución, principios que como manifestamos antes no constituyen un catálogo cerrado sino que se adecuan al nivel de diseño garantista que el poder político planificó en el momento de elaborar el COIP.

Así, si la decisión es mantener y fortalecer a un Estado de Derecho en detrimento del Estado Policía implica que el legislador incorporará la mayor cantidad de principios que lo fortifiquen. Si la tendencia es contraria a este diseño, entonces el número y la calidad de los principios rectores igualmente serán mínimos. De todas formas, la mera existencia de pocos o muchos principios no garantiza la legitimidad del COIP sino su verdadera vigencia sociológica.

3.- Una cuestión básica en relación con todos estos principios penales limitadores del poder punitivo del Estado exigen su constancia dentro del marco positivo de la ley penal y cuyo texto en lo posible no contradigan lo dispuesto en la normativa internacional de los DD.HH. Recordemos que el Derecho Penal es un corolario del Derecho Constitucional lo que se justifica cuando se utiliza la frase sustentadora de la necesidad del COIP: constitucionalización del Código Penal.

3.3.2.1.-Principio de Intervención Mínima

Toda sociedad tiene un Derecho Penal como un estamento principal que asegura su convivencia pacífica y posibilita la autorrealización de sus miembros en condiciones de libertad y autonomía. Estas condiciones que permiten la convivencia social son los bienes jurídicos que vendrían a ser el objeto de la protección del Derecho Penal, pero no es el único mecanismo de protección sino uno de más de tantos otros, como por ejemplo el derecho civil, derecho administrativo o derecho laboral, que orientan las conductas de los

individuos hacia el respeto de los bienes jurídicos propios del ámbito de su incumbencia. La diferencia entre el injusto penal y el injusto civil, administrativo o laboral es una cuestión de gravedad al 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 primeramente puedan ser resueltos por otros medios como el Derecho Administrativo, el Derecho Contravencional, la Política Criminal. 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 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 integral de procesos penales sancionatorios sino especiales, solo reservado para los intervenir en última ratio, en última instancia, frente a los más importantes ataques a bienes jurídicos.

Este principio va dirigido a las prerrogativas del legislador como agente criminalizador⁸⁰ de conductas a través 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 la política criminal de un Estado determinado mirando la situación social concreta y específica pero siempre mirando la exigencia constitucional de la prohibición del exceso de punición, para que sea legi-

80. Roxin Claus(2008).Derecho Penal. Parte General. Tomo Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Ob. cit. Pag.65

tima.

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.

3.3.2.2.- Dignidad Humana y Titularidad de Derechos.

3.3.2.2.1.- La dignidad como base del ordenamiento jurídico.

Para complementar lo dicho anteriormente, con extraordinaria certeza 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 la definición de dignidad humana como un elemento constantemente mencionado, protegido y garantizado en todos los ordenamientos jurídicos penales.

Es el bien jurídico central de los sistemas constitucionales modernos aunque su definición ha sido objeto de varias discrepancias matizadas por las versiones de los investigadores jurídicos más prestigiosos.

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 albedrío traspasa todas y absolutamente todas las esferas de lo humano, tanto que, de lo afirmado por Seneca perfectamente podemos extraer lo que en la actualidad conectado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, denominamos “proyecto de vida”⁸¹.

81. Gómez Pavajeau Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del derecho penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. Pág. 305.1 .

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

Un ordenamiento jurídico legítimo y válido debe entender al hombre como un sujeto capaz de orientarse por sus percepciones, por los valores, por la verdad; que por ser alguien que piensa 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 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 moral⁸² con el efecto de una autolimitación de sus actuaciones frente y entre las otras personas.

Con mucho acierto Isiquio Manuel Sánchez Herrera (Pág. 29) 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

82. Gómez Pavajeau, Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. Pág. 96 – 97

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...”

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 Art. 11 numeral 7 y confirma la tesis adoptada por el constituyente, de que todos los derechos contenidos en la CRE y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se derivan de la necesidad de proteger la dignidad humana de los abusos del poder (Art. 1 del COIP), convirtiéndola de esta forma en un nuevo tipo de relación ciudadano y 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 principio⁸³.

3.3.2.2.2.- La dignidad humana y el COIP.

1.- Consecuente con esta línea de reflexión el COIP se estructura sobre la base del reconocimiento y respeto a la dignidad de todos los intervinientes del proceso penal en las diferentes facetas por las atraviesan quienes como partes

83. Luis Gracia Martín, 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 “-continúa- 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...”

procesales hacen presencia en el mismo. Son múltiples las referencias a la dignidad humana que se encuentran en el COIP cuya fuente originaria es el tratamiento garantista que la Constitución hace de la misma.

2.- El principio de culpabilidad implica la imposición de una pena que no sobrepase la culpabilidad porque de lo contrario estamos frente a una medida de utilización del condenado para fines de prevención general, como un ejemplo para quienes deciden delinquir, aspecto que lesiona el principio de dignidad humana por el cual la persona no debe ser un medio para fines del Estado, sino un fin en sí misma.

3.- La prohibición de la tortura y la tipificación de los delitos de tratos crueles o degradantes tiene su fundamento en la dignidad de la persona que se encuentra encarcelada o privada de su libertad.

4.- De igual manera podemos inferir del tratamiento a las medidas de seguridad limitada y a las restricciones del COIP que imponen al juez restricciones para la aplicación de las medidas cautelares de prisión preventiva, por ejemplo, porque atenta contra la dignidad del procesado.

5.- Pese a que en la exposición de motivos de la expedición del Código Orgánico Integral Penal el legislador apenas menciona la palabra dignidad humana, el contenido de esta normativa formalmente tiene como su fundamento final esta condición del ser humano. Así lo determina el Art. 4 del COIP cuando estipula que: "... Art. 4. Dignidad humana y titularidad de derechos.- Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento..."

6.- Otro aspecto del que se hace referencia tiene que ver con una de las instituciones más importantes que se introduce en el COIP, como es, la judicialización de la etapa de ejecución de la pena. Esta etapa en los códigos anteriores estuvo en manos de los funcionarios administrativos de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, institución encargada, en teoría

y en el papel, de la administración de los centros de privación de la libertad y que lo hacía con tal mala calidad en el cumplimiento de los objetivos de las políticas de rehabilitación de los reclusos que terminaron convirtiéndose en verdaderos centros reproductores de la delincuencia y un centro en donde se violaban todos los derechos humanos de las personas privadas de libertad, sin posibilidad alguna a que éstos acudan a un juez de garantías penitenciarias para que sean atendidas sus aspiraciones a condiciones de mínima dignidad de vida dentro de estos antros de miseria humana.

3.3.2.2.3.- 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 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 sin justa causa legal.

Este derecho está contemplado en la Constitución de la Republica, Art. 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.

3.3.2.3.- La tabla de principios, derechos y garantías procesales establecidas y definidas según el COIP.

3.3.2.3.1.- Principios procesales.

Ferrajoli escribe que la diferencia entre naciones civilizadas y países barbaros o subdesarrollados estriba en la manera de juzgar las infracciones penales.⁸⁴ 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 razón de ser 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 confianza en la obtención de la verdad procesal sin un mínimo de garantías, frente al modelo acusatorio que, por el contrario, desconfía del poder como fuente legítima de la verdad.

En la misma línea dice Ferrajoli 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..."⁸⁵ en donde el peligro para la sociedad residía 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 luego de un proceso controversial en que no se haya negado el derecho a la legítima defensa del condenado.

Los principios contemplados en el Art. 5 del COIP Desarrolladas son extensos ya que la mayoría no comportan como principios definidos y taxa-

84. Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Ob. Cit. Pág. 603.

85. Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Ob. Cit. Pág. 604.

tivos en la ley, sino que están implícitos en definiciones y procedimientos desarrollados a lo largo de su articulado. No agotan el marco garantista de la Constitución sino que los describe de manera explícita.

1.- 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.

2.- 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.

3.- 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.

4.- Principio 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.

5.- 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.

5.- 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 Republica, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7.- 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.

8.- Prohibición de la autoincriminación.

Ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra si misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

9.- Prohibición de 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.

10.- 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 juzgador competente con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.

11.- 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.

12.- Principio de Concentración.

El juzgador concentrara y realizara 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.

13.- 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.

14.- 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.

15.- Principio del impulso Procesal.

Corresponde a las partes procesales el impulso del proceso conforme con el sistema dispositivo.

16.- Principio de Publicidad.

Todo proceso penal es publico salvo los casos de excepción previstos en este Código.

17.- 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.

18.- 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.

19.- 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.

20.- 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.

21.- 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.

3.3.2.3.2.- Garantías en caso de privación de la libertad.

El COIP determina la existencia de una serie de garantías previstas en la Constitución orientada a la protección de las personas privadas de libertad, entre otras:

a.- En los delitos flagrantes las personas serán conducidas de inmediato ante el juzgador para la correspondiente audiencia la misma que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.

b.- En caso de contravenciones flagrantes, la audiencia se efectuará inmediatamente después de la aprehensión.

c.- Se verificara la edad de la persona procesada y en caso de duda se aplicará la presunción de minoría de edad hasta que sea desvirtuada por parte del fiscal dentro de la investigación.

d.- Ninguna persona privada de libertad podrá ser incomunicada, aislada o sometida a torturas, ni siquiera con fines investigativos.

1.- Derecho a la Integridad.

La persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual. Se respetara este derecho durante los traslados, registros, requisas y cualquier otra actividad.

Se prohíbe toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura o cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante. No podrá invocarse circunstancia alguna para justificar tales actos.

Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual.

2.- Derecho a la libertad de expresión.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a recibir información, dar opiniones y difundirlas por cualquier medio de expresión disponible en los centros de privación de libertad.

3.- Derecho al trabajo, educación, cultura y recreación. El Estado reconoce el derecho al trabajo, educación, cultura y recreación de las personas privadas de libertad y garantiza las condiciones para su ejercicio. El trabajo podrá desarrollarse mediante asociaciones con fines productivos y comercia-

les.

4.- Derecho a la privacidad personal y familiar.

La persona privada de libertad tiene derecho a que se respete su vida privada y la de su familia.

5.- Derecho a la protección de datos de carácter personal.

La persona privada de libertad tiene derecho a la protección de sus datos de carácter personal que incluye el acceso y uso de esta información.

6.- Derecho de asociación.

La persona privada de libertad tiene derecho a asociarse con fines lícitos y a nombrar sus representantes de conformidad con la constitución y la ley.

7.- Derecho al sufragio.

La persona privada de su libertad por medidas cautelares personales tiene derecho al sufragio. Se suspenderá para aquellas personas que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada.

8.- Derecho a la queja y peticiones.

La persona privada de libertad tiene derecho a presentar quejas y peticiones ante la autoridad competente del centro de privación de libertad al juez de garantías penitenciarias y a recibir respuestas claras y oportunas.

9.- Derecho a la información.

La persona privada de libertad al momento del ingreso a cualquier centro de privación de libertad tiene derecho a ser informada en su propia lengua acerca de sus derechos, las normas del establecimiento y los medios de los que dispone para formular peticiones y quejas. Esta información deberá ser publica, escrita y estar a disposición de las personas en todo momento.

10.- Derecho a la Salud.

La persona privada de la libertad tiene derecho a la salud preventiva, curativa y de rehabilitación, tanto física como mental, oportuna, especializada e integral. Para garantizar el ejercicio de este derecho se consideraran las condiciones específicas de cada grupo de la población privada de libertad.

En los centros de privación de libertad de mujeres, el departamento médico contara con personal femenino especializado. Los estudios, diagnósticos, tratamiento y medicamento serán gratuitos.

En caso de adicciones a sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan o de alcoholismo, tabaquismo, el Ministerio de Salud Publica brindará tratamiento de carácter terapéutico o de rehabilitación mediante consultas o sesiones, con el fin de lograr la deshabitación. La atención se realizará en los centros de privación de libertad a través de personal calificado para el efecto.

11.- Derecho a la alimentación.

La persona privada de libertad tiene derecho a una nutrición adecuada en cuanto a calidad y cantidad, en lugares apropiados para el efecto. Tendrá derecho al acceso a agua potable en todo momento.

12.- Relaciones familiares y sociales.

La persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social. Deberá estar ubicado en centros de privación de libertad cercanos a su familia, a menos que manifieste su voluntad contraía o que, por razones de seguridad debidamente justificadas o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural.

13.- Derecho a la comunicación y visitas.

Sin perjuicio de las restricciones propias de los regímenes de seguridad, la persona privada de libertad tiene derecho a comunicarse y recibir visitas de

sus familiares y amigos, defensora o defensor público o privado y a la visita íntima de su pareja, en lugares y condiciones que garanticen su privacidad, la seguridad de las personas y del centro de privación de libertad.

El ejercicio de este derecho debe darse en igualdad de condiciones, sin importar su nacionalidad, sexo, preferencia sexual o identidad de género.

La persona privada de libertad de nacionalidad extranjera podrá comunicarse con representantes diplomáticos o consulares de su país.

El derecho a la visita de familiares o amigos no se considerara un privilegio ni se utilizara como sanción la pérdida del mismo, salvo en aquellos casos en que el contacto represente un riesgo para la persona privada de libertad o para el visitante. La autoridad competente del centro de privación de libertad reportará al juez de garantías penitenciarias los casos de riesgo.

14.- Derecho a la libertad inmediata.

La persona privada de libertad cuando cumpla la condena, reciba amnistía o indulto o se revoque la medida cautelar, será liberada inmediatamente, siendo necesario para ello únicamente la presentación de la orden de excarcelación emitida por la autoridad competente. Los servidores públicos que demoren el cumplimiento de esta disposición serán removidos de sus cargos, previo sumario administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

15.- Derecho a la proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias.

Las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos.

3.3.2.4.- Principios fundamentales del Derecho Penal Ecuatoriano.

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 no prescriben 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 penal⁸⁶ porque cualquier sistema que los recoja podría ser considerado teóricamente como un sistema garantista tanto en el aspecto penal como procesal penal.

Esta 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..."⁸⁷

86. 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) Principio de materialidad o de exterioridad del acto; 6) Principio de culpabilidad o responsabilidad personal; 7) Principio de jurisdiccionalidad 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 verificación; 10) Principio de contradicción o de la defensa.

87. Ferrajoli Luigi. Derecho y razón. Ob. Cit. Pág. 106.

Estos principios derivados en derechos fundamentales que se expresan en la ley y la Constitución como bienes jurídicos, protegidos son los siguientes:

3.3.2.4.1.- El Principio de Legalidad Penal

(Nullum crimen, nulla poena sine lege)⁸⁸. El principio de legalidad proviene de la Ilustración y de la revolución francesa en autores 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 este régimen absoluto el poder de definir lo que constituye un delito y el tratamiento de la pena correspondía al monarca y sus representantes estrategia legal para aplicar el sistema penal a su total arbitrio. La estrategia de los revolucionarios franceses fue desplazar el poder de definir delitos y penas hacia el Parlamento como órgano representante del pueblo, parlamento que se expresaba a través del único medio facultado para imponer la voluntad soberana de los ciudadanos: la ley.

La fijación de las infracciones y su penalidad por parte de los parlamentos garantizaba una ley discutida públicamente y con mayor transparencia y no se trataba simplemente de una mera formalidad vestida de legalidad sino de un principio político derivado del principio liberal de la división de poderes, como lo afirma Binder.⁸⁹ El principio de división de poderes implica que si el Parlamento define por medio de la ley al delito y a la pena lo hace dentro de 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 no sino formulas sintéticas en las que constan los límites que surgen

88. 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 inglesa 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.

89. Binder Alberto. Ob. Cit. Pág. 130.

del principio de legalidad para describir con precisión absoluta la conducta prohibida o mandada bajo la amenaza de una pena.⁹⁰

Esta legalidad penal no es sino la previsibilidad cierta de que la aplicación de la norma penal se realizara en función de lo que prescribe estrictamente la ley penal y no según el criterio arbitrario o discrecional del juez o de la autoridad administrativa, lo que significa un no al derecho consuetudinario (excepto en la justicia indígena 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 que hacer uso correcto de la ley en función de la defensa de sus derechos.

Este principio funciona como:

3.3.2.4.1.1.- Una garantía Criminal.

Exige que el delito se halle determinado por la ley. El Art.18 del COIP define al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable. El Art. 19 diferencia al delito de la contravención. Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días.

3.3.2.4.1.2.- Una garantía Penal.

Requiere que la ley señale la pena que corresponda al delito. La Constitución de la República establece en el Art. 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.

90. Binder Alberto. Ob. Cit. Pag.131.

3.3.2.4.1.3.- Una garantía de Jurisdiccional.

Exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y previa un debido proceso establecido con antelación. El Art. 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 Art. 76.

En igual sentido el Art. 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 Art. 203 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.

3.3.2.4.1.4.- 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 Art. 77 numeral 11 de la CRE prescribe que la jueza o juez aplicara de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, contempladas en la ley. El numeral 12 del mismo Art. 77 ordena que las personas declaradas culpables y sancionadas con penas privativas de libertad por sentencia condenatoria y ejecutoriada permanecerán en centros de rehabilitación social. Finalmente el COIP en el libro Tercero correspondiente a la Ejecución de la Pena, Arts. 666 a 730, desarrollan una normativa amplia y garantista estructurada sobre la base de los principios constitucionales enunciados en la CRE en los Arts. 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 (Art. 669 del COIP y Art. 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 en condiciones inhumanas.

3.3.2.4.2- Principio de Legalidad de los delitos y de las penas.

Hassemer citado por Donna⁹¹ establece que los instrumentos del Derecho Penal son restringidos no solamente por principios y posiciones jurídicas sino también mediante el lenguaje jurídico-penal y que, a diferencia de otras ramas, el Derecho Penal tiene el deber y la obligación de expresarse de una manera determinada. Estas exigencias hacen que el principio de legalidad tenga 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 sabiamente lo dice Roxin, “...un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal...”⁹²

3.3.2.4.2.1.- Lex Certa (Ley clara y precisa):

Por medio del principio de legalidad se impone al legislador la obligación de determinar con la mayor claridad y precisión tanto el presupuesto de la norma 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 muy cierto que el legislador deba utilizar términos genéricos y abarcativos ante 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 Roxin lo califica como el “Mandato de Certeza” y otros

91. Donna Edgardo. Ob. Cit. Pág.364.

92. Roxin Claus, Ob. Cit. Pág.137.

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 debe estar redactados con un lenguaje claro y preciso. Por ejemplo: matar, robar, etc. Los tipos penales no deben contener términos ambiguos que pueden desembocar en una arbitrariedad. Ejemplo: Art. 248 del COIP que tipifica los delitos en contra del patrimonio genético utiliza frases como “...quien acceda a recursos genéticos del patrimonio nacional...”; o la frase “...componente intangible asociado...”, “...bienes del patrimonio cultural del Estado...”, igualmente los Art. 238, 239 del COIP, utilizan términos de manera ambigua porque no se sabe el contenido de este calificativo, ni el significado preciso de los mismos lo que evidentemente afecta al fin preventivo de la ley penal.

El ciudadano cuando no entiende la prescripción o el tipo penal, por los términos oscuros e incomprensibles que utiliza, 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 al ciudadano para que no realice 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 se conciente de las consecuencias penales si incurre en conductas prohibidas por la ley, sino que va en función de facilitar a los jueces 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...”⁹³

93. Sancinetti Marcelo (2014).Casos de Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. Pag.89.

3.3.2.4.2.- Lex Stricta (Ley Estricta):

Va dirigida exclusivamente a los jueces conminándolos a 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..."⁹⁴.

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..."⁹⁵

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 Art. 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..."

94. Sancinetti Marcelo. Ob. Cit. Pag.88.

95. García Caveró Percy (2012). Derecho Penal. Parte General. Jurista Editores. Lima. Pag. 166.

3.3.2.4.2.3.- Lex Scripta(Ley Escrita).

La ley formal es la única fuente del Derecho Penal estando prohibido fundamentar la punibilidad en la costumbre, excepto en el derecho indígena. Esta denominada reserva legal deja a que la ley sea la única forma de crear delitos y establecer las sanciones. Aunque no se descarta si la aplicación de la costumbre es in bonam partem (en beneficio del reo) éste criterio de la ley escrita es válido para la justicia ordinaria en el Ecuador.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 171 le otorga poder jurisdiccional a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con base a sus tradiciones ancestrales y a su derecho propio, que no es otra cosa que la remisión al juzgamiento de las infracciones y a 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 constitucional de la Corte Constitucional, solo superadas estas exigencias la costumbre es fuente directa del Derecho Penal en esta justicia extraordinaria.

En consecuencia, como lo mencionamos anteriormente, solo 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

El Art. 17 y el art. 5 numeral 1 del COIP contienen este principio al establecer que los delitos, las penas y los procedimientos para el juzgamiento de los infractores estarán previamente definidos en la ley, concreta y exclusivamente en el COIP, salvo amenaza de invalidez jurídica.

Además debemos recordar que no solo se debe asegurar que los delitos y las penas estén determinados por las leyes sino que éstas deban ser expedidas por los órganos determinados para el efecto y con las formalidades requeridas para este fin. El Art. 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.

3.3.2.4.2.4.- Lex Previa (Prohibición de la retroactividad de la ley penal):

Prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su pena. Es una garantía de protección a la seguridad jurídica. Pero la retroactividad de la ley penal solo es admisible 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 Art. 76 numeral 5 del CRE y el Art. 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 de favorabilidad al reo.

3.3.2.4.3.-Principio de Culpabilidad

3.3.2.4.3.1.- La Prohibición de la Responsabilidad Objetiva.

El principio de culpabilidad es la respuesta normativa que el Estado proporcionara a quien haya cometido un delito. En épocas anteriores, solo la mera constatación objetiva del resultado dañoso bastaba para que la sociedad o la víctima le impusieran los castigos más severos no solo al autor del delito sino a terceras personas como sus parientes y hasta amigos, hasta extremos como deslizar la responsabilidad para terceros que en nada habían participado del ilícito, como los habitantes del pueblo en el que vivía. Luego con el desarrollo de la civilización el Estado asume el derecho exclusivo de imponer los 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 "...el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que esta se manifieste como responsabilidad 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...⁹⁶.

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 en la ex – Unión Soviética por el hecho de ser disidentes del modelo comunista, tragedia similar al holocausto judío realizado por los nazis, 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.

Paralelamente Percy García Caveró sintetiza este principio afirmando 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...”⁹⁷.

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 legítima reacción a una conducta típica, antijurídica y culpable previamente verificada (Ver en el COIP, Título I, de la Infracción Penal en General).

96. Binder Alberto. Ob. Cit. Pág.241.

97. García Caveró Percy. Ob. Cit. Pág. 172.

3.3.2.4.3.2.- Presupuestos del Principio de Culpabilidad.

Jescheck⁹⁸ compendia los aspectos fundamentales del principio de culpabilidad en los siguientes puntos:

3.3.2.4.3.2.1.- 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 párrafo anterior.

3.3.2.4.3.2.2.- La pena no debe sobrepasar la medida de la 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 Art. 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.

3.3.2.4.3.2.3.- El principio de culpabilidad evita que la necesidad de prevención 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 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

98. Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 24-27

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 pueda cometer el condenado después de que cumpla la pena impuesta, es 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.

3.3.2.4.3.3.- 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. Este principio concuerda con el Art. 54, numeral 3 del COIP en donde exige a los juzgadores que la pena debe ser individualizada, cuando son varios los partícipes del delito, en función del grado de participación de cada una de ellos.

3.3.2.4.3.4.- Principio de responsabilidad por el hecho o por el acto cometido.

No puede culparse por la personalidad del autor, ni debe juzgarse por la peligrosidad del mismo. El Art. 22., inciso segundo del COIP recoge la esencia de este principio: “...No se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales...”.

El conflicto penal es una relación interpersonal y el Estado debe tener una política de solución a ese problema entre personas que han comprometido gravemente un bien jurídico. El nivel de conflictividad lo determina la sociedad y no el Estado, porque puede darse la contradictoria verdad de que existan conflictos irrelevantes para el interés de la sociedad pero graves para el interés interno del Estado. Por tanto la pena no puede tener como función preservar la autoridad o el grado de sumisión al Estado porque no se castigaría la producción de daño alguno sino la simple desobediencia a la ley impuesta por el Estado.

3.3.2.4.3.5.- 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. (Art. 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 un opción la comisión o no de ese delito.

3.3.2.4.3.6.- Conclusión: Aspectos contradictorios al principio de culpabilidad

1.- Si de acuerdo al 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.

2.- 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 cometi-

da 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 penalmente relevante por la que está siendo juzgada. Vulnere el principio de culpabilidad porque se sustenta en el modo de vida del procesado.

Percy García Caveró 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 válido en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan 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...”⁹⁹

3.3.2.5.-Principio de Lesividad.

El carácter instrumental del Derecho Penal significa grosso modo que este derecho debe servir de instrumento para fines exclusivamente sociales, para solucionar los problemas causados y generados por las personas infractoras de la norma penal. No debe servir como un fin en sí mismo, es decir, como

un medio que utiliza el Estado para para cuidar falsos principios como la autoridad pública, la revolución, el interés general, la moralidad social, el orden público, porque simplemente se trata de objetivos y finalidades ajenas al Estado como sociedad organizada para beneficio de la gente. Estas no son necesidades sociales de convivencia sino simplemente razones de Estado para fortalecer su poder y su autoridad.¹⁰⁰

3.3.2.5.1.- El bien jurídico como objeto de protección de la ley penal.

La intervención violenta del poder punitivo del Estado debe ser efectuada a consecuencia de la necesidad de solucionar un conflicto con la existencia de una lesión o puesta en peligro al bien jurídico protegido. Esta afirmación 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, y así debería serlo, 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.¹⁰¹

3.3.2.5.2.- Definición de Bien Jurídico.

Como bien lo afirma Santiago Mir Puig¹⁰² la defunción 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. Se sustenta esta definición, en los legítimos intereses que una persona necesita para una vida digna en sociedad, aspiración que debe estar garantizada jurídicamente por

99. García Caverio Percy. Ob. Cit. Pág. 173

100. Binder Alberto. Ob. Cit. Pág.160.

101. Ver el numeral 2, inciso cuarto de la Exposición de Motivos en el Código Orgánico Integral Penal. R.O.180 del 10-02-2014.

102. Mir Puig Santiago. Ob. Cit. Pág. 121

el Estado.¹⁰³

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 que 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 como sustento de 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.¹⁰⁴

La adopción de esta concepción del bien jurídico nos conduce a la obligación de respetar los siguientes límites para que sea legítimamente aplicado dentro del contexto del Estado constitucional y democrático de derechos.¹⁰⁵

1.- Se parte del presupuesto de que en cada sociedad existen conflictos de toda naturaleza que afectan poco o gravemente la paz y el orden social.

2.- El Estado debe intervenir en los conflictos en los que exista una víctima. El conflicto penal es interpersonal. Si no existe víctima el Estado no puede intervenir.

3.- Si interviene el Estado debe hacerlo solo en los conflictos sociales graves, porque en muchas ocasiones la intervención del Estado en un conflicto resulta más lesiva que el conflicto mismo. Debe dar oportunidad para que sean otras instancias u otros ámbitos jurídicos los que puedan solucionar. O simplemente dejar que se diluya el conflicto dentro de la dinámica de la propia sociedad.

3.- El Estado debe seleccionar los conflictos graves en los que decide in-

103. Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pag.59.

104. 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.

105. El COIP apenas alude cuatro veces a la frase "bien jurídico".

tervenir. 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.

4.- El Estado no puede quedar en la simple amenaza de la aplicación del poder punitivo frente a un delito en concreto porque simplemente se transformaría en un Derecho Penal simbólico que no cumple ninguna finalidad.

5.- Debe priorizar efectivamente el interés de la víctima. No utilizarla para disfrazar el interés estatal en contra del interés social.¹⁰⁶

3.3.2.5.3.- Los riesgos, el resultado y el peligro concreto.

3.3.2.5.3.1.- El riesgo

La sociedad contemporánea se caracteriza por ser una sociedad de riesgo¹⁰⁷ 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 tiene 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..."¹⁰⁸

106. Binder Alberto. Ob. Cit. Pag. 159 – 164.

107. Ver en Beck Ulrich: La responsabilidad organizada. http://www.ccoo.es/arcadia/arc_01_bec.html.

108. Brandariz García José (2014). El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea. Editorial Dykinson .Madrid.

En tal virtud, ante la exigencia social que el Derecho Penal encuentre soluciones para los peligros que genera la sociedad de riesgos se opta por la creación de nuevos tipos de delitos, como los medio ambientales y otros con grandes potencialidades de causar graves estragos mundiales por ejemplo, en los que el eje nuclear del daño demostrable y verificable se desplaza hacia la tipificación de conductas peligrosas para la integridad de 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 esta sociedad de riesgo o peligro 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, sin olvidar los profundos cuestionamientos por el atentado a los principios fundamentales que inspiran un Estado constitucional de derechos. Entre los institutos penales creados por esa necesidad se encuentra el proceso de adelantamiento de la intervención penal a momentos previos a la lesión.

Sabemos que el riesgo o peligro sobre los bienes jurídicos no es algo perceptible por los sentidos, es inmaterial y constituyen solamente una mera posibilidad de que ocurra tal daño. Pero el Derecho penal debe actuar 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 este caso. Es inadmisibles que se castigue acciones u omisiones que no tienen posibilidad alguna de generar un riesgo a un bien jurídico, aun en contra de la creencia del autor.

Paz María de la Cuesta Aguado nos 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 crite-

rio de la “peligrosidad” de la conducta para el bien jurídico protegido...”¹⁰⁹

Según la misma autora, este adelantamiento de la barrera de protección se produce en tres vías:

a.- Tipificación de delitos de peligro cada vez más alejados de la posibilidad de causen alguna lesión o se ponga en peligro real.

b.- 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.

c.- Creación de bienes jurídicos macro sociales y colectivos muy difusos.

3.3.2.5.3.2.- En relación con el Resultado

El principio de lesividad entendido como un límite al poder punitivo del Estado implica 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 ¹¹⁰, sobre el resultado, hace las siguientes consideraciones:

a.- El resultado debe ser diferente de la acción o de la omisión misma. Por ello no caben los delitos de simple actividad, como la tenencia de drogas, o de armas. O produce un resultado dañoso o existe una tentativa. No existen términos medios porque se violaría el principio de lesividad.

b.- 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.

c.- El resultado no puede ser inmaterial. Es decir, aunque sea no corpóreo,

109. 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.

110. Binder Alberto. Ob. Cit. Pág. 166.

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..."¹¹¹

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.

3.3.2.5.3.3.- Los delitos de peligro abstracto

Lo primero que se nos ocurre 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 criminales 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 considerado como aquellas conductas peligrosas que no lesionan ni ponen en peligro bien jurídico alguno y que el legislador las incluye en el código penal 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.

111. Binder alberto. Ob. Cit.Pag. 167.

En efecto, el paradigma en los delitos de resultado es la constatación de la lesión o daño al bien jurídico, el paradigma en boga de los delitos de peligro es la constatación de la creación o el incremento del riesgo no permitido jurídicamente.¹¹²

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:

- a) Que la conducta prohibida sea redactada o escrita de manera perfectamente entendible;
- b) Que se refieran a la protección de un bien jurídico legítimo;
- c) Que no viole el principio de culpabilidad.

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 tipifica 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 a los demás.

3.3.2.6.- Principio de Proporcionalidad.

Es un 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

112. García Caveró Percy. Ob. Cit. Pag.131.

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.¹¹³

Santiago Mir Puig¹¹⁴ 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 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 imponer tipificar delitos e penas con la finalidad de proteger intereses directos e indirectos de los ciudadanos o en el papel de prevención sobre posibles daños a los mismos.

Algunos autores destacan tres sub principios derivados en los que se concretiza:

3.3.2.6.1.- Principio de Idoneidad.- Tiene que ver con la capacidad de la pena para conseguir el fin propuesto por el Derecho Penal, entre estos, la protección de los bienes jurídicos de las personas.

3.3.2.6.2.-Principio de necesidad.- Quiere decir que no existen otras medidas de protección necesarias y menos graves 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.

3.3.2.6.3.-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

113. Ferrajoli Luigi. Ob. Cit. Pág. 398.

114. Ir Puig Santiago (2010). Constitución y Principios del Derecho Penal. Editorial Tiran lo Blanch Valencia. Pág. 74.

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.

- 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. Por el principio de humanidad de las penas en nuestras sociedades cada vez se aplica menos la pena de muerte, las torturas o los trabajos forzados. La privación de la libertad es la pena generalizada, pero si consideramos al Derecho Penal como de última ratio, entonces se debe procurar penas alternativas como la multa, comiso, servicios comunitarios, etc. Para los casos en los que el daño a los bienes jurídicos ha sido mínimo

3.3.2.7.- 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 (Constitución y Convenios internacionales sobre DD.HH.). Estos principios constitucionales son presupuestos limitadores a la respuesta del poder punitivo del Estado frente a una conducta ilícita cometida por un individuo.

En este sentido el referente para saber si la respuesta violenta del Estado es legítima o no acudimos al principio de proporcionalidad que debe estar re-

flejado en la ley creada por el legislador y aplicado por el juez al momento de juzgar un caso concreto, sobre la base de lo que establece el Art. 76 numeral 7 de la CRE que en forma imperativa ordena que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Este principio de proporcionalidad de la respuesta punitiva afectando a los 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)

3.3.2.7.1. 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:

1.- 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 de las personas y para limitar el poder punitivo del Estado. Este punto es fácilmente verificable analizando la exposición de motivos constantes en el Registro Oficial N.180 del 10 de febrero del 2014 por el que se expide el COIP; en los arts. 28, 29, 77, 441 y otros del COIP que aluden a la protección de los bienes jurídicos; y el Art. 1 del COIP en donde la finalidad principal del COIP, según el legislador penal, es la limitar el poder punitivo del Estado. Por tanto el fin de la pena podría decirse que es legítimo.

2.- En segundo lugar se debe verificarse que la intervención penal del Estado con esta restricción de derechos es la adecuada para lograr las finalidades analizadas en el punto anterior. Se puede verificar que teniendo el Derecho Penal 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.

3.3.2.7.2.- 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:

1.- 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).

2.- Cuando el bien jurídico afectado sea muy importante. (Principio de fragmentariedad del Derecho Penal).

En ambos casos el COIP en el Art. 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 penal del Estado sea el último recurso cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales (Principios de subsidiariedad y principio de fragmentariedad).

3.3.2.7.3.- El principio de proporcionalidad en sentido estricto (Ponderación).

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.¹¹⁵

El Art. 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 u mecanismo limitador adverso a la discrecionalidad de jueces y administradores de justicia. El Art. 53 del COIP establece limites más precisos para el juez penal quien no

115. En este punto resulta improcedente o demasiado forzado aplicar la fórmula matemática de Alexy y es preferible otro tipo de análisis que puede llevar al mismo resultado.

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 Art. 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 esta 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.

3.3.2.6.5.- La proporcionalidad y las medidas de seguridad.

En relación con las medidas de seguridad el Art. 76 del COIP le confiere el carácter de definidas (con un tiempo de duración limitado) a diferencia del Código Penal que dejo de estar en vigencia. Este Código de 1938 contemplaba el carácter indefinido del internamiento en un hospital psiquiátrico que se les daba 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 Art. 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.¹¹⁶

3.3.2.7.- El Principio del Injusto Personal.

Es muy frecuente encontrarse 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 por los actos cometidos por uno de sus miembros. Las persecuciones religiosas, políticas y raciales, los genocidios sobre determinada población religiosa, continuaron produciéndose hasta nuestros días a pretexto de retaliaciones por las actuaciones de alguno de sus miembros.

116. 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 informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración..."

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, incluso 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.

3.3.2.8.- 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, 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..."¹¹⁷

En el COIP el Principio de Exterioridad se encuentra en el Art. 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:¹¹⁸

a.- 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, maniaca, 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 otra clase social que cometen los mismos delitos pero que no son clientes frecuentes del sistema penal.

En otras palabras, no se puede imponer una sanción a alguien por sus características biológicas, económicas, culturales y psicológicas.

b.- 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 o al cumplimiento del derecho.

117. Binde Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Editorial Ad-doc. Buenos Aires. pág. 117.

118. Resumen de las ideas de Binder. Introducción al Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 117.

c.- 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 muchas 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.

d.- 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 no puede afectar la imposición de la pena la tenencia de un pasado policial, 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.

e.- El acto o hecho delictivo no es valorado en la misma dimensión que las otras características del individuo. El hecho cometido apenas es una parte de la estructura de un sujeto como ser el factor determinante de su ubicación en categorías prejuiciadas y atacadas por parte del 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 enjuiciados penalmente.

CAPITULO IV

4.- FUENTES 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 clasifican las fuentes 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.

Si partimos de que las fuentes penales son todos aquellos mecanismos jurídicos desde los cuales se manifiesta el Derecho Penal. Es decir, son todas 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.

4.1.- La Ley como fuente del Derecho Penal

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 como tal, dentro del sistema de justicia ordinaria previsto en el art.182 de la Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 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 art. 1 del COIP entre las finalidades del mismo consta el de 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 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 una pena. Solo el COIP tiene esta prerrogativa de cuya inobservancia la norma o el tipo penal sería nulo e ineficaz para producir el efecto que pretende. El COIP es la única fuente de derecho directa, excepto las sanciones contempladas en el Código de la Niñez y de la Adolescencia. Este precepto está contenido en el Art. 17 del COIP: "...Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia...".

La exclusividad de la ley como fuente directa del Derecho Penal en nuestro sistema es ratificada por el Art. 5 del COIP cuando hace alusión del 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 propone cuatro características esenciales que debe tener la ley penal:

a.- Exclusividad.-- Única fuente de creación de los delitos y de las sanciones.

b.- Obligatoriedad.- La ley debe ser acatada por todos los ciudadanos, particulares o funcionarios públicos.

c.- 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.

d.- Igualitaria. Las penas y la imputación deben ser aplicadas a todos por igual salvo las diferencias racionales en razón del autor determinado y las circunstancias en las que cometió el delito.

e.- Constitucional.- Cuando una ley es contraria a la ley y a la Constitución carece de eficacia jurídica.

.2.- La costumbre como fuente del Derecho Penal.

¿La costumbre es fuente del Derecho Penal?. Para la justicia ordinaria definitivamente no es fuente. No obstante, el sistema de justicia indígena previsto en el Art. 171 de la Constitución de la República fue incorporado como un 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 de todas las instituciones que regentan la vida social y política del país incluida dentro a la justicia.

Implica el reconocimiento de pueblos y nacionalidades indígenas para que se rijan por sistemas normativos propios de organización social con la implicancia de la prerrogativa de someterse a un sistema de administración de justicia 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 art. 171 de la CRE "... Jurisdicción Indígena.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.

La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria...”

Sin embargo existen otras fuentes que excepcionalmente alimentan al Derecho Penal.

4.3.- La Jurisprudencia de la Corte Constitucional

De acuerdo a lo establecido por el Art. 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.

Este punto es ratificado por el Art. 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, otorgando la potestad a la Corte para alejarse de sus precedentes anteriores.

4.4.- La 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 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 art. 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 Art. 185, ibídem, y Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, serán consideradas jurisprudencia de obligatorio cumplimiento por parte de todos los jueces.

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 sistema garantista de la nueva carta magna. 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...”,(Art. 2 numeral 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional)

4.5.- 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 del derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

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 el pensamiento finalista que deberá orientar la decisión de los jueces. En materia procesal penal se invoca el mismo procedimiento, según lo estatuye el art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial

4.6.- Los Tratados Internacionales

Para que la normativa constante en un convenio o instrumento internacional sea fuente 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 formado por los convenios internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por el Ecuador 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 en el momento en que la Constitución la incorpora en sus preceptos con el consiguiente efecto jerárquico que tienen los principios constitucionales. 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 constituyéndose en fuentes directas del Derecho Penal.

CAPITULO V

5.- LA LEY PENAL Y LA INTERPRETACION

5.1.- 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

5.1.1. Ley penal formal.-

La Ley Penal formal hace alusión a la forma cómo se expide para verificar si es legítima o no. En este sentido la Ley Penal es la manifestación del Poder Legislativo a través de un procedimiento constitucionalmente previsto por escrito y revestido por las demás formalidades necesarias. Única fuente directa del Derecho Penal (Principio de Reserva Legal), aunque en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de reserva legal es relativo porque otorga a la costumbre la calidad de fuente directa del derecho penal para la aplicación de la justicia indígena.(Principio de Mera Legalidad).

5.1.2.- La ley penal material.-

Cumple todas las formalidades y su contenido debe estar acorde con la Constitución y los Instrumentos de los Derechos Humanos. El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano consagra la vigencia de la ley formal y ley material. Efectivamente el Art. 4 del COIP prescribe que los intervinientes en los procesos penales son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la Republica y los instrumentos internacionales.

La misma Constitución de la República del Ecuador, en el art. 424, inciso primero, establece que las normas y los actos deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, caso contrario carecerán de efica-

cia jurídica. (Principio de estricta legalidad).

Por medio de este principio se verifica que la ley no solo cumpla con las formalidades de expedición de la misma sino que su contenido no sea violatorio de los derechos de los ciudadanos ni que contengan supuestas conductas delictivas que no sean delitos; igualmente observa que no contemplen penas desproporcionadas en relación al daño causado, ni obligaciones abusivas y arbitrarias impuestas por el poder punitivo del Estado en detrimento de los derechos fundamentales.

5.2.- La Interpretación de la ley penal

Para la resolución de los casos concretos en materia penal el juez de garantías penales se encuentra imposibilitado de aplicar la ley en forma automática. 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 juez para analizar la ley penal y desentrañarla para posteriormente verificar la posibilidad de aplicarla al caso concreto que se encuentra bajo su conocimiento.

La interpretación se ha convertido en una teoría formal precisamente porque se ha descartado de plano que sea hecha de acuerdo a los criterios jurídicos políticos propios del carácter discrecional del juez. Muy por el contrario, ha existido un tratamiento que transcurre históricamente entre los diferentes métodos aceptados por la dogmática penal y aplicado por los jueces en sus casos particulares.

Claro que la interpretación, en un momento dado, no se limita como una actividad exclusiva de los jueces sino que es una obligación de otras instancias que se encuentran inmersas en el sistema jurídico imperante, como son los legisladores, los magistrados a través de sus fallos en las Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional.

Conceptualmente, la interpretación es la indagación que hace el juez del verdadero sentido y alcance la norma jurídica en relación con el caso por ella juzgado. La interpretación "... significa comprender y hacer comprensible el

sentido jurídico¹¹⁹ de un texto...”, como bien lo dice Jescheck.

Antes se sostenía que la interpretación debía exclusivamente averiguar la intención del legislador que creó la norma. En la actualidad se ha posicionado 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 porque es imposible averiguar 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 verdadera tarea de los abogados y de los jueces es descubrir el verdadero significado de la redacción literal y gramatical que el legislador empleó en redactar la ley. La norma jurídica positiva, escrita y existente en los instrumentos legales penales positivos se constituye en el objeto de la interpretación que deben realizar los dispensadores de justicia en un contexto resolutorio de un caso concreto.

La calidad de la justicia depende del grado de percepción acertada que tenga el juez sobre las verdaderas intenciones del legislador cuando expidió la norma penal, percepción de la que depende la observancia de los derechos fundamentales de las personas inmersas en un proceso penal y en el marco contextual de una época determinada. La interpretación jurídica es la tarea de concordación entre la ley y las nuevas exigencias que demanda una sociedad que ha evolucionado y se ha transformado por los nuevos avances de la ciencia y la tecnología, lo que a su vez, ha dado lugar al apareamiento de nuevas formas de criminalidad.

Como todo idioma el castellano o español al ser utilizado como el 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, sea a consecuencia de los cambios de percepción por el paso del tiempo o por empleos reiterados y frecuentes de un determinado significado que se contradice con el inicial.

119. Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 165

En síntesis, la actividad de la interpretación de la ley es un proceso de comprensión de la ley cuando ésta no puede proporcionar la solución a un caso concreto sometido a resolución del juez.¹²⁰ El paso dialéctico entre la teoriedad 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..."¹²¹ con el objetivo de construir un sistema en el que prime la seguridad jurídica. Esto evidentemente implica que la esencia misma de la interpretación es buscar el mayor grado de fidelidad y futura verificación de la ley.

5.2.1.- Clases de Interpretación.

Desentrañar el verdadero sentido de la ley requiere la utilización de una serie de mecanismos de interpretación que han sido 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 norma Penal 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:

5.2.1.1.- De acuerdo a su Origen la interpretación puede ser:

a.- Interpretación auténtica.- Es la dada por el propio legislador bien completándolo con otro precepto contenido en el mismo cuerpo legal o bien por otra ley posterior promulgada con el fin de aclarar la misma.

b.- La interpretación Judicial.- Es la que realizan los propios órganos judi-

120. García Caveró Percy. Ob. Cit. Pág. 283.

121. Jescheck Hans. Ob. Cit. Pág. 161.

ciales, o sea los jueces, en el momento en que van a resolver los casos que están en su conocimiento.

c.- La interpretación doctrinal.- Es aquella que realizan los pensadores jurídicos luego de un trabajo de análisis y reflexión y que generalmente constan en sus trabajos científicos.

5.2.1.2.- interpretación de acuerdo a los medios que se utilizan en la Interpretación

5.2.1.2.1.- 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 tenía de los jueces¹²². Roxin¹²³ 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. No podían interpretar la ley porque simplemente no eran legisladores ni creadores de la ley, los jueces no eran provenientes 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.

122. 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 sería, 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.

123. Roxin Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Pag. 147.

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 haciendo obligatorio el uso por parte del juez de ese significado.

Ferro Torres Guillermo¹²⁴ 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 facticio 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..."

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

124. 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.

del juez que necesariamente deberá someterse a estos cuatro aspectos analizados conjuntamente para que tenga validez¹²⁵:

1.- El sentido literal del texto de la norma buscando el sentido más próximo o parecido de aquel que es objeto de interpretación.

2.- La concepción del legislador histórico que elaboró la ley.

3.- El contexto sistemático-legal en el que se ubica la norma que se interpreta.

4.- La finalidad con la que fue creada o expedida esa ley.

Los otros sistemas de interpretación que se integran con la interpretación literal son.

5.2.1.2.2.- Interpretación Sistemática

Es aquella que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros conceptos, buscando relaciones de coherencia con todo el ordenamiento jurídico para sacar sus conclusiones. Se busca distinguir con claridad el papel que la norma que se interpreta tiene en el sistema jurídico y si este papel es afín o no a la finalidad de todo el sistema.

Por ejemplo, el Art. 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 Art. 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, expro-

125. Roxin Claus. Ob. Cit. Pag.49

piación, venta) que establece para los bienes culturales nuestra carta magna.

5.2.1.2.3.- 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.

5.2.1.2.4.- Interpretación Teleológica.- O denominado también el método de Interpretación constitucional. Busca el fin que la norma jurídica persigue. Comienza averiguando el bien jurídico 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 interpreta.

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..."¹²⁶.

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 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.

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

126 Jescheck Hans. Ob. Cit. Pag. 167

analizarse primero las palabras en forma literal. 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.

5.2.1.3.- Interpretación por sus Resultados.

5.2.1.3.1.- Interpretación Declarativa.- Se produce cuando se da perfecta correspondencia entre la voluntad y la letra de la ley. Por ejemplo el término arrendatario.

5.2.1.3.2.- Interpretación Restrictiva.- Se produce cuando la voluntad de la ley es distinta de lo que la ley 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.

5.2.1.3.3.- Interpretación Extensiva.- Se da cuando el significado íntimo de la norma es más amplio que el tenor literal y en este caso hay que atribuir a las palabras un significado que rebasa su más amplio significado. Esta interpretación amplía el alcance y sentido de la norma, pero sin caer en un campo demasiado extenso como para que caiga en la analogía.

5.2.1.3.4.- La Interpretación In dubio Pro reo.- La interpretación de la norma penal será en beneficio o en el sentido más favorable al procesad. El artículo 76, numeral 5 de la constitución consagra este principio de interpretación.

5.2.1.4.- Problemas de la interpretación de las leyes penales.

Los problemas de las leyes penales se deben a la actividad de la interpretación de la ley misma.

5.2.1.4.1.- 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 im-

prenta hace que se diferencien. Entonces el texto válido es aquel que se aprobó y no el que su publicó. De aplicarse el publicado, los efectos de una norma distinta no se verifican por cuanto vendría a ser una ley no aprobada.

5.2.1.4.2.- 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 reformativa asea expedida.

5.2.1.5.- 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 necesitado de que la ley 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 vigencia del Estado democrático de derechos.

Analizaremos brevemente los métodos de interpretación adoptados por el Código Orgánico Integral Penal vigente.

Efectivamente el Art. 13 prescribe que las normas del COIP deberán interpretarse de conformidad con los siguientes métodos¹²⁷.

5.2.1.5.1.- Interpretación Constitucional

La denominamos también la interpretación del bloque de constitucionalidad (Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos) que no es sino la interpretación teleológica que ya analizamos. 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 que tienen las personas. Esto implica el respeto 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 que si bien 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. Esto 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 superar el escollo que significa una ley mal redactada, o muy abierta,

127. 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 República 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 de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos..."

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 de ir más allá del contenido de la ley penal. Con sobra de razón Binder¹²⁸ afirma 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 este redactado en términos que no violen claramente los límites protectores de los principios y garantías constitucionales. Siempre teniendo como antecedente el problema surgido de la ley literalmente considerada.

5.2.1.5.2.- El método de interpretación literal o gramatical, que se encuentra desarrollado en los párrafos anteriores y es aquella que el juez debe utilizar en primer lugar, incluso antes de la interpretación constitucional.

5.2.1.5.3.- Prohibición del sistema de interpretación por Analogía

Este principio interpretativo es el más problemático y del que más cuidado debemos tener si queremos garantizar en algo los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, el COIP descarta la adopción del sistema interpretativo de la analogía pero solo en los siguientes casos:

a.- Cuando crea infracciones penales;

b.- Cuando amplía los límites de los presupuestos legales que permitan la

128. Binder alberto. Ob.Cit. Pag. 229.

aplicación de una sanción o medida cautelar;

c.- Para establecer excepciones o restricciones de derechos.

A este respecto realizamos las siguientes acotaciones:

Este artículo implícitamente acepta la existencia de la Analogía in malam partem y la Analogía in bonam partem

5.2.1.5.3.1.- Prohibición de la Analogía in malam partem.

1.- Lo que intenta el legislador es establecer un conjunto de restricciones a la tendencia natural de los jueces de interpretar la ley bajo el apremio de combatir la impunidad en la sanción de determinadas conductas supuestamente delictivas. Esta analogía consiste en aplicar la ley a casos no supuestos en ella pero muy similares a los que describe la ley en claro perjuicio de los derechos del procesado.

2.- 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.

3.- 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 Art. 199 que tipifica el delito de abigeato. Este delito, de acuerdo con el tipo penal, sanciona a la persona que se apodera de ganado caballar, lanar, vacuno porcino con una pena de uno a tres años. Si se interpreta literalmente el Art.

199 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 esta situación pero el juez no puede proceder como si fuera un legislador a quien se le ocurrió incluir en el Art. 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 tiene que ver con el derecho de impugnación de la sanción que tiene todo procesado por cuyo ejercicio el juez superior no podrá empeorar la situación del recurrente (Art. 77 numeral 14). La norma constitucional es clara pero los jueces de lo penal aplican el art. 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 Art. 5 numeral 7 del COIP.

4.- Sea cual fuere el compromiso político de los jueces, éstos no puede 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 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 en ejercicio de su legítimo derecho.

5.2.1.5.3.2.- Permisi3n de la Analogía in bonam partem.

Es la interpretaci3n que no perjudica al procesado sino que la beneficia aunque peque del mismo vicio de la analogía in malam partem porque igual-

mente presupone supuestos que no contempla la ley. ¿Cómo se soluciona este problema?

El principio de ultima ratio, por medio del cual el Estado utiliza violentamente y en forma excepcional y legítima el poder punitivo frente a un quebrantamiento de la ley, es una realidad que se evidencia en la actividad tipificadora del legislador al redactar tipos penales como último recurso. También lo aplican los jueces en sus resoluciones cuando minimizan la aplicación de esa violencia solo para casos extremos. Pero los jueces no pueden crear por sí 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 no es sino 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 intervención de ultima ratio del Derecho Penal.

Por ejemplo, según el Art. 372 del COIP el juez puede imponer al infractor de tránsito 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 Art. 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..

CAPITULO VI

6.- ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA LEY PENAL

El ámbito de validez temporal y espacial de la ley girado 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 por 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.

Los problemas generados por el tiempo y el espacio en el que se ejecuta un hecho delictivo pueden ser superados, no de manera independiente por la legislación nacional exclusivamente, 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 ha construido una serie de principios y normas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los estados miembros de la comunidad internacional, orientados a solucionar problemas que puedan acarrear impunidades inadmisibles por la sociedad. Problemas como los derechos de las personas frente a infracciones cometidas en territorio nacional o extranjero, por nacionales o extranjeros, enjuiciados o no. Ya no se pueden imponer las 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.

6.1.- Ámbito Temporal de la Ley Penal.

Las leyes penales, como todo producto humano, es relativa en el tiempo. Es decir, puede cambiar antes, durante y después de cometido el delito. Este cambio se produce desde una reforma que modifica el tipo penal y la pena hasta la total eliminación del delito y de la pena. 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 por medio de una reforma legal posterior.

La respuesta a estas interrogantes tiene mucho que ver con la aplicabilidad del principio de legalidad inserto como norma constitucional por el que se garantiza la aplicación de la conocida máxima jurídica de que no existe delito ni se puede imponer una pena sin ley penal previa.

Como consecuencia directa destacase la imposibilidad de la aplicación de las leyes penales en forma retroactiva al momento en que se cometió el ilícito, aunque se puede aplicarla 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 a las necesidades de la vida social que en forma paralela al ordenamiento jurídico que dinámicamente experimenta cambios y resultados. Este proceso de creación de nuevas leyes se produce bajo tres supuestos distintos:

- 1.- Cuando se expide una ley que crea nuevos tipos penales que antes no eran típicas.
- 2.- Cuando una ley nueva deja de considerar delictiva una conducta delictiva (que deja de ser punible)
- 3.- Cuando una ley nueva varía/modifica la pena o la medida de seguridad de una conducta que es 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:

6.1.1.- El principio general de Irretroactividad de la Ley Penal

La ley penal rige desde la fecha de vigencia hacia adelante, hacia el futuro. La nueva ley debe regir para los casos que posterior a su entrada en vigencia se den y no para los casos que ya sucedieron con anterioridad a la fecha de su promulgación.

Este principio es un derivado del principio de legalidad en virtud del cual las leyes penales alcanzan a juzgar 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 Art. 76 numeral 3ero, y se aplica en relación tanto del presupuesto de hecho y en cuento a la pena, así como a otras cuestiones accesorias del mismo(aspectos sociales, laborales, administrativos).

Para la aplicación de este principio es importante saber el tiempo de comisión del delito. La doctrina ha considerado que el delito se comete en el momento de la ejecución de la acción y, en el momento en que debía realizarse la acción (omisión) o en el momento del resultado no impedido. Solo las leyes procesales pueden ser retroactivas.

El Art. 16 del COIP determina la existencia de tres reglas que rigen el ámbito temporal de aplicación de la ley penal:

1.- Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de la comisión.

2.- 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.

3.- Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad,

crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena, así lo determina el Art. 16 numeral 4 del COIP en concordancia con el Art. 233 de la Constitución de la República.

6.1.2.- Excepciones al principio de Irretroactividad de la ley.

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. Porque es justo mantener una pena que ya no es necesaria para los fines de la prevención general de la pena.

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..."¹²⁹.

El principio de la irretroactividad de la ley aplicable a todos los ámbitos, incluido el penal, está contemplada además, bajo el principio de favorabilidad, en el Art. 76 numeral 5to de la CRE y el Art. 5 numeral 2 del COIP. Establecen que en caso de conflicto entre dos leyes que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicara la menos rigurosa, aun cuando su promul-

129. Donna Edgardo. Ob. Cit. Pag. 410.

gación sea posterior a la infracción, y que en caso de duda se aplicara la más favorable al reo.

6.1.3.- Problemas en la aplicación del Principio de Irretroactividad.

Si bien es cierto que en los dos primeros supuestos arriba mencionados el principio de irretroactividad de la ley no presenta complicaciones no es menos cierto que en el caso de la modificación de los mínimos y máximos de la pena puede afectar el computo en los casos en los cuales debe sumarse estos límites para la aplicación de la pena. En esta situación se aplicara la ley más favorable.

Un segundo problema que potencialmente encontremos en nuestra legislación es la alusión que hacen los Art. 76 numeral 5to de la CRE y el Art. 5 numeral 2 del COIP a la aplicación 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 (Art. 76 del COIP) al ser impuesta con independencia de la culpabilidad del infractor, igual de 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.

6.2.- Ámbito espacial de la ley penal

Por el principio de soberanía que tienen los países la potestad punitiva del Estado no debe ejercerse fuera del ámbito territorial del mismo, dentro del límite impuesto por lo que el orden jurídico considera 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.

Conscientes de la característica de intensa movilidad que tienen los delincuentes en traspasar fácilmente las fronteras de los países en los que cometieron el delito y frente a la delincuencia internacional organizada en varios países cuyas actividades ilegales tienen efectos dañosos en varios territorios estatales, urge la necesidad de establecer reglas de cooperación entre los estados a fin de que las autoridades de cada uno de ellos puedan ejercer su potestad para juzgar y castigar ciertos delitos cometidos dentro del espacio soberano de los mismos.

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 aceptado el principio general de que el Estado competente para juzgar estos delitos es el Estado del lugar en donde se cometió el delito. Sin embargo este principio de territorialidad tienen 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 en la que mucho tiene que ver la nacionalidad del delincuente y en la protección de intereses supranacionales.

Comencemos revisando el principio general de territorialidad.

6.2.1.- 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 princi-

pio es el más aplicado por las legislaciones de muchos países.

6.2.2.- Principios Extraterritoriales.- Son excepciones al principio de territorialidad por medios de los cuales en forma excepcional se consiente 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.

6.2.2.1.-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.

6.2.2.2.-Principio de Defensa.- Es aplicable la ley del país cuyos intereses son atacados por el delito sin tomar en cuenta el lugar del mismo ni la nacionalidad de los delincuentes. Este principio es cada vez más aplicado a nivel internacional. (Por ejemplo el caso del ex dictador Pinochet).

6.2.2.3.- 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 que tiene el 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 sería en este sentido solicitar que se apliquen las garantías y derechos constantes en el derecho internacional de los derechos humanos.

6.2.3.- La Validez Espacial en la legislación penal ecuatoriana

El Art. 14 del COIP define el ámbito espacial de aplicación de su normativa la misma que se aplicara a los siguientes casos:

6.2.3.1.- Principio de Territorialidad.

Normado por el Art. 14 numeral 1ero y Art. 400 numeral 1 del COIP y dicen que es competente la ley penal ecuatoriana para juzgar toda infracción cometida dentro del territorio nacional. Esta disposición no hace sino recoger y aplicar 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 art. 4 de la Constitución el espacio continental y marítimo, las islas adyacentes, el mar territorial, el Archipiélago de 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 por 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 Art. 4 de la Constitución de la Republica serán sometidos a las leyes y a los jueces penales del Ecuador.

6.2.3.2.- Principio Extraterritorial.

Para evitar amplios márgenes de impunidad que se producen a consecuencia de los conflictos diplomáticos y legislativos en la resolución de las infracciones ejecutadas en territorio extranjero, se permite que sea nuestra jurisdicción penal la que se encargue de juzgar delitos cometidos fuera de las fronteras o territorio ecuatoriano.

Los casos en los cuales la ley penal ecuatoriana será aplicada cuando las infracciones son cometidas fuera del ámbito territorial son los siguientes:

a.- Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción (Principio de Defensa)

b.- 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)

c.- 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).

d.- 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).

e.- Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código. (Principio de jurisdicción universal)

3.- Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matrícula 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)

4.- Las infracciones cometidas por los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad. (Principio de nacionalidad)

5.- 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 Art. 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.

6.2.3.3.- Principio de Universalidad.- Esta contemplado por el Art. 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 regen convenios recíprocos de extradición.

6.2.3.4.- 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:

6.2.3.4.1.-Doctrina de iniciación del acto.- Se aplica la ley del lugar en donde se produjo la acción o conducta delictiva.

6.2.3.4.2.-Doctrina del resultado final.- 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...".

6.2.3.4.3.- Doctrina de la equivalencia.- Para garantizar la efectiva aplica-

ción 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 por las autoridades judiciales ecuatorianas.

6.3.- 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 cualquier tipo de discriminación 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 aplicaran a todas las personas nacionales y extranjeras 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 para el desarrollo normal de la convivencia armónica entre los miembros de la misma sociedad y frente a las relaciones con los otros países. No se trata de privilegios que se reconocen a las personas sino situaciones de excepción que deben darse por la estructura misma de la sociedad. No se trata de tratos privilegiados a determinadas personas sino de tratos diferenciados en función de la función pública o cargo que representan a fin de evitar ciertas injerencias que desnaturalizarían la estructura social y jurídica de un Estado.

Estas prerrogativas penales, como se denomina al trato diferenciado que la ley penal otorgan a ciertas personas, tienen ciertas características, como por ejemplo:

1.-Deben estar contemplado taxativamente en la ley o en los tratados internacionales suscritos por el país.

2.- Obedece a la garantía 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, sin distraerse inútilmente en la defensa de acusaciones que generalmente no tienen fundamento.

3.- 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.

6.3.1.- 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 de su actuación demarcados por la Constitución, la ley o los tratados internacionales.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano distingue esta prerrogativa en diferentes ámbitos de la vida pública. Así tenemos:

6.3.1.1.- Inviolabilidad Diplomática.

Significa la no aplicación casi absoluta de la ley penal de un país a determinadas personas, ejemplo: al rey en las monarquías constitucionales. La inviolabilidad, como dejamos anotado antes, tiene la implicancia de que estos sujetos no responden penalmente de los actos pese a existir elementos probatorios que los impliquen directamente en la comisión de uno o varios delitos. La ley penal ecuatoriana no llega a reprimir los ilícitos cometidos por ciertas personas especiales debido a que la inviolabilidad responde a la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeña el sujeto activo, no es un privilegio para la persona sino para la majestad del cargo que ostenta.

En el Ecuador gozan de inmunidad las siguientes personas, sobre las que no es aplicable la ley penal ecuatoriana. El Art. 400 ultimo inciso del COIP textualmente detalla que se exceptuarán con arreglo a las convenciones y a los instrumentos internacionales ratificados por la República del Ecuador, 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 las 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 sino por la legislación penal del país al que pertenecen. Esta tratativa proviene de los acuerdos internacionales firmados y ratificados por el Ecuador en los cuales por la aplicación del principio de reciprocidad el Jefe de Estado y su comitiva, cuerpo diplomático y consular, entre otros, le darán un trato reciproco de inmunidad en el evento de encontrarse en situaciones similares.

6.3.1.2.- Inviolabilidad Parlamentaria.

El Art. 128 de la Constitución de la Republica determina 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.

Esta prescripción constitucional no hace sino recoger lo que la doctrina y otras cartas fundamentales han procesado dentro del ámbito de protección jurídica de la actividad parlamentaria. En esta perspectiva podemos realizar las siguientes observaciones a esta disposición:

1.- La inviolabilidad parlamentaria se extiende únicamente a las actuaciones que realice el legislador dentro del ejercicio de sus funciones, siendo las principales el legislar y fiscalizar de acuerdo al Art. 120 de la CRE.

2.- Busca proteger a los legisladores de las consecuencias que puedan tener sus expresiones que en forma libre y voluntaria realice dentro del marco de sus actividades constitucionales. La libertad de pensamiento y de opinión deben ser una atribución innata de quienes actúan a nombre del pueblo que los eligió, incluso si sus expresiones son injuriosas, calumniosas u ofensivas, las que lejos de las connotaciones penales 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 se vean intimidadas ni cohibidas por las amenazas de enjuiciamientos penales realizadas por los otros poderes del Estado, especialmente el poder Ejecutivo.

3.- La discusión sobre si esta inviolabilidad legislativa protege a los legisladores aun cuando sus opiniones las realicen fuera del ámbito del ejercicio de sus funciones, precisa primeramente definir qué se entiende por el vocablo “ámbito” utilizado por la ley.

El ámbito comprende no solo las actuaciones que realice en el Plenario, en el seno de las comisiones o reuniones realizadas dentro del espacio 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 es 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 q 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...”.¹³⁰.

6.3.1.3.- Inviolabilidad del Defensor del Pueblo.

El Art. 5 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo¹³¹ prescribe que el Defensor del Pueblo gozará del mismo sistema 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.

6.3.2.- Las Inmunidades.

Las inmunidades son impedimentos legales y constitucionales que impiden que una persona pueda ser detenida o arrestada inmediatamente y/o procesada por el cometimiento 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...”.¹³² Sin que esto signifique que no se deban 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:

6.3.2.1.- La Inmunidad Parlamentaria.

Antes debemos advertir que no podemos confundir la inviolabilidad parlamentaria con la inmunidad parlamentarias que si bien es cierto están entremezcladas en el Art. 128 de la CRE ambas se diferencian por aspectos radicalmente diversos.

130. Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 176.

131. 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..

132. Muñoz Conde Francisco. Ob. Cit. Pág. 171.

1.- La inmunidad parlamentaria esta expresada en el Art. 128 cuando expresa que 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 se refiere a ninguna 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.

2.- En el caso de delito flagrante, si el motivo por el que se le priva de la libertad es el cometimiento de un delito ajeno al ejercicio de sus funciones, entonces no se requerirá la autorización de la Asamblea Nacional para que se inicie el proceso penal. Por ejemplo podría tratarse el caso de un asesinato o una violación que en situación de flagrancia fue encontrado el asambleísta. En estos casos no se requiere la autorización de la Asamblea porque evidentemente son situaciones ajenas al ejercicio de sus funciones de legislador, aunque personalmente pienso que debería ser lo contrario.

Debería requerir autorización de la Asamblea para que sea éste órgano quien dilucide si la conducta del asambleísta está relacionada con el ejercicio de sus funciones. Caso contrario se dejaría al libre arbitrio del juez o fiscal de primer nivel el determinar si el asambleísta estaba o no en el ejercicio de sus funciones parlamentarias, asunto de sumamente delicado y de vital importancia para el correcto funcionamiento de los poderes del Estado.

3.- Ahora, si se trata de un delito flagrante relacionado con el ejercicio de sus funciones entonces, de acuerdo con el Art. 128 de la CRE, sí requiere autorización de la Asamblea Nacional para iniciarle un proceso penal, al menos así lo deja entrever el artículo de marras. Lo contradictorio es que este tipo de delitos sean o no sean flagrantes no pueden ser motivo de un proceso penal ni así cuente con autorización del órgano legislativo porque se trata de un caso de Inviolabilidad.

Ni siquiera podrían los legisladores ser objeto de aprehensión alguna. Por ejemplo cuando un legislador para adquirir información que consta en actas o documentos reservados de la Asamblea Nacional relacionada con un proyecto de ley, que constan en digital en la computadora de otro miembro de la Asamblea, decide acceder ilegalmente a esos archivos privados para obtener datos ¿podremos decir que es un delito cometido por motivo del ejercicio de

la función que realiza?. Creo que la respuesta es afirmativa. El mismo Art. 128 menciona que no será civil ni penalmente responsable por las opiniones que emitan, ni por las decisiones o actos que realicen en el ejercicio de sus funciones. Cuando la CRE habla de actos o decisiones que no acarrearán responsabilidad penal se están refiriendo al cometimiento de conductas tipificadas en la ley como delitos. Cometer un acto que no está tipificado por la ley como delito, sobra decir, no requiere de una protección de la Constitución en los términos del Art. 128.

Por tanto, la frase "... excepto en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones..." debería decir "...en los casos que no se encuentren relacionados con el ejercicio de sus funciones...". Aspecto que el legislador los solucionaría aplicando a esta regla una interpretación teleológica orientada a salvaguardar el ejercicio libre y autónomo de los representantes del pueblo.

4.- Si se trata de una sentencia ejecutoriada la detención sería legal porque debe tratarse de la imposición de una pena privativa de libertad sobre un delito cometido fuera de los actos permitidos para el ejercicio legítimo de sus funciones, sea que lo haya cometido antes de su posesión como legislador o después de ella.

5.- Si no se trata de un delito flagrante, los delitos por los cuales el legislador puede ser enjuiciado son aquellos que no son relacionados con el ejercicio de sus funciones, aunque en forma por demás contradictoria, confusa y peligrosa, el Art. 128 manifiesta que en este caso no se requiere autorización de la Asamblea. Entonces la pregunta lógica que nos ocurre realizar es que de acuerdo al artículo 128 de la CRE ¿en qué casos se requiere autorización previa de la Asamblea Nacional para iniciar una causa penal en contra de un asambleísta? La respuesta atendiendo su actual redacción sería: ¡Ninguna!

6.- La inmunidad parlamentaria protege el enjuiciamiento de los asambleístas o legisladores 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 acusa-

ción. Hacer lo contrario, como confusamente prescribe el art. 128 de la CRE, atenta la verdadera naturaleza del régimen de la inmunidad parlamentaria.

6.3.2.2.- 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 legítimo del Presidente de la Republica.

1.- El Art. 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 las tres terceras partes de la Asamblea Nacional y previo el examen de admisibilidad emitida por la Corte Constitucional. Las consecuencias del juicio político brinda la posibilidad de que sean censurados y destituidos de sus cargos. Lo destacable de esta disposición es que solamente en el caso de que exista censura política la Asamblea Nacional puede ordenar que se inicie un proceso penal ante el juez competente, en este caso la Corte Nacional de Justicia.

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.

2.- ¿Qué pasa cuando el Presidente o Vicepresidente de la Republica ha cometido otro tipo de delitos distintos a los descritos en el Art. 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 Art. 120 numeral 10 de la CRE, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes autorizara 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 Art. 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 lo que dice u opina, ni por lo que hace en ejercicio de su función, debido probablemente a que sus funciones son extremadamente más amplias y poderosas que la de los asambleístas.

6.3.2.3.- La inmunidad a los funcionarios públicos por los delitos derivados de la Ley de Contratación Pública.

La fiscalía General del Estado está impedida de iniciar un proceso penal en contra de funcionarios y contratistas derivados de las irregularidades encontradas en los procesos de contratación pública, si previamente no existe un informe de presunción de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, tal como estipula el Art. 581 del COIP, textualmente prescribe que para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito constituye presupuesto de procedibilidad la existencia de un informe de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. Requisito que podría considerarse razonable dada la tendencia a utilizar la justicia para politizar la contratación pública como mecanismo de retardo y boicot a obras que se están ejecutando, causando un perjuicio enorme al terminar anticipadamente un contrato o con la suspensión de la obra sin que se llegue a ningún resultado judicial concreto por la insuperable dosis de malicia que adornan las actuaciones políticas en la contratación pública.

6.3.3.- El Fuero

El Art. 184 numeral 3ero de la Constitución de la Republica nos 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 las personas que gozan de inmunidad a quienes la ley penal no se les puede aplicar o debe ceñirse estrictamente a una serie de procedimientos políticos que podrían considerarse como prejudiciales, 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 por los jueces comunes o de primer nivel sino por jueces superiores.

Existen diferentes clases de fuero:

6.3.3.1.-Fuero del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

El Art. 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.

6.3.3.2.- Fuero de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

El Art. 192 del código Orgánico de la Función Judicial, en atención a lo dispuesto por la Constitución de la Republica , 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 Secretarías 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.

6.3.3.3.- Fuero de las Salas de las Cortes Provinciales

El Art. 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 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. 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

6.4.- Ámbito material de la ley penal.

Toda la tabla de principios insertados en la Constitución de la Republica y que tiene que ver con el desarrollo 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 por ejemplo:

- Art. 11.3 sobre la aplicación directa y sin condiciones o la exigencia de otros requisitos que no estén establecidos en la ley.

- Art. 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 aplicara un sanción no prevista en la ley.

- Art.76.4 Las pruebas obtenidas con violación a la ley y la constitución no tendrán validez o eficacia probatoria.

- Art.76.6 La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales.

- Art.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.

6.4.1.- El Principio de Reserva Legal.

Significa que solo la ley debe 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 al Art. 424 de la CRE, son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias y otros 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, respetuoso del sistema de división de poderes estructurado sobre un conjunto de garantías que limiten y regulen la potencial arbitrariedad que caracteriza al Estado libre de control efectivo.

6.4.1.1.- La importancia del 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 a 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 impone un Derecho Penal liberal son propias 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.

6.4.1.2.- El COIP y el principio de reserva legal penal.

Como analizamos anteriormente, el Art. 84 de la Constitución de la República consagra el principio de reserva legal por el que la ley penal expedida formalmente por la Asamblea Nacional tipifica qué conductas son delitos.

El Artículo 17 del COIP amplía el marco de reserva legal al establecer el principio de exclusividad típica por el cual se consideraran únicamente infracciones penales las tipificadas en este código. Si las acciones u omisiones punibles o procedimiento penales se encuentran previstos en otras normas del ordenamiento jurídico no tendrán validez jurídica alguna salvo en materia contenido en el código de la Niñez y de la Adolescencia.

El carácter integral del COIP tienen 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.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arboleda Ripoli. (2005). Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Bacigalupo Enrique (1994). Manual de Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá.
2. Alexi Robert (2012). La Teoría de los Derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- 3.- 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.
- 4.- 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.
- 5.- Bacigalupo, s., & Lizcano, J. (2013). La responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid: Cyan, Proyectos Editoriales.
- 6.- 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.
- 7.- Bajo Fernández, M. (2005). La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico. En L. M. reyba, Nuevas tendencias del derecho penal economico y de la empresa (págs. 19 - 57). Lima: ARA Ediciones.
- 8.- Binder Alberto (2004). Introducción al Derecho Penal. Editorial. Ad-hoc. Buenos Aires.
- 9.- Brandariz García José (2014). El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea. Editorial Dykinson .Madrid
- 10.- Cabanellas Guillermo (2007). Diccionario Jurídico Elemental .Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires.
- 11.- Ciappi Silvio (2010). La nueva penalidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- 12.- Donna Edgardo (2006). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos – Teoría de la ley penal. Editores Rubizal-Culzoni. Buenos Aires.

- 13.- Dworking Ronald (2007). Los derechos en serio. Editorial Ariel. Barcelona.
- 14.- Carrasquilla Fernández Juan (2002). Derecho Penal Liberal de hoy. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá.
- 15.- Ferrajoli Luigi (2009). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid.
- 16.- Ferro Torres Guillermo (2011). Lección 7: Interpretación de la ley penal. En *Leciones de Derecho Penal. Parte General*. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- 17.- García Cavero Percy (2012). Derecho Penal. Parte General. Jurista Editores. Lima.
- 18.- García Falconi Ramiro (2014). Código Orgánico integral Penal comentado. Segunda Edición. Quito. Latitud Cero Editores.
- 19.- García Falconi Ramiro (2011). El bien jurídico y su recepción por el derecho penal económico. En *Derecho Penal Central*. Revista n.1, año 1. Ediciones RODIN, Quito.
- 20.- Gómez Pavajeau. Carlos (2014). Aspectos liberales y sociales del Derecho Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá.
- 21.- Gracia Martín, Luis.(2011). Fundamentos del Sistema de Derecho Penal. Introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo. Editorial Jurídica Cevallos. Quito.
- 22.- Gracia Martín, Luis.(2003). Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. Editorial Icaria. Barcelona.
- 23.- Guastini Ricardo (2001). Estudios de Teoría constitucional. Primera Edición. Ediciones Fontamara. México DF.
- 24.- Hassemer Winfried(2009). Seguridad por intermedio del Derecho Penal. En *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires.
- 25.- Hruschka Joachim (2009). Imputación y Derecho Penal. Editorial Aranzadi S.S. Montevideo.
- 26.- Sánchez Isiquio(2014). Derecho Penal Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

- 27.- 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.
- 28.- Jakobs Gunther(2007).Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. Madrid.
- 29.- Jescheck Hans y otros (2014). Tratado de Derecho Penal. Parte General. Editorial Comares. Quinta Edición. Granada.
- 30.- Kublen Lothar(2006). Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.
- 31.- Mejía Quintana Oscar (1996).Justicia y Democracia consensual. Ediciones Uniandes. Bogotá.
- 32.- Meini Mendez Iván(2014). En “Derecho Penal y Procesal Penal. Delitos del crimen organizado .Editora y Librería Jurídica Grijley. Lima.
- 33.- Mir Puig (2014). Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Octava Edición. Barcelona.
- 34.- Mir Puig Santiago (2003). Derecho Penal Parte General. Editorial Tecfoto. Quinta Edición. Barcelona.
- 35.- Muñoz Conde, Francisco (2007).Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- 36.- Neumman Ulfrid(2006). El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. En Límites al Derecho Penal, varios autores, Editorial Atelier. Barcelona.
- 37.- Pulido Carlos Bernal(2012) Estudio Introductorio a la obra de Robert Alexy Teoría de los derechos fundamentales, Centros de Estudios Políticos y constitucionales. Madrid..
- 38.- Reyes Echan día. Editorial Legis. Bogotá. Colombia.
- 39.- Román A. Pacheco M(2015). Teoría del delito en el Ecuador. Editores El Fórum. Quito.
- 40.- Roxin Claus(2014). La Teoría del delito en la discusión actual. Editora Jurídica Grijley. Lima.

- 41.- Roxin Claus (2008). Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid. España.
- 42.- 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.
- 43.- 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.
- 44.- 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.
- 45.- Sánchez Isiquio Manuel (2014). Derecho Penal Constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- 46.- Sancinetti Marcelo (2014).Casos de Derecho Penal. Parte General. Editorial Hammurabi. Buenos Aires.
- 47.- Silva Sánchez Jesús (1999). La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Editorial Civitas. Madrid.
- 48.- 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.
- 49.- Vives Antón Tomas (2014). Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales. Segunda Editora Tiran lo Blanch. Valencia.
- 50.- Welzel Hans (2015). Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.
- 51.- 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.
- 52.- Zaffaroni Eugenio (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial EDIAR. Buenos Aires.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SIB-UCB

SU VENTA ES PENADA POR LA LEY



Mauricio Enrique Pacheco

Lcdo. en Ciencias Jurídicas.
Pontificia Universidad Católica
del Ecuador. PUCE.

Dr. en Jurisprudencia
U. Internacional del Ecuador UIDE

Magister en Ciencias Jurídicas
de la Administración de Justicia
Universidad Central del Ecuador

Magister en Educación Superior
Mención en Ciencias Jurídicas
Universidad Central del Ecuador.

Diploma Superior en Sociología
Facultad latinoamericana de
Ciencias Sociales. FLACSO

Especialización en Derecho Penal (c)
Universidad Andina Simon Bolivar

Candidato a PhD
Universidad de Salamanca- España

Profesor Auxiliar a Tiempo Completo
Derecho Penal y Derecho Procesal.
Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador.

Ex Fiscal de Pichincha.
Fiscalía General del Estado.

ISBN 978-9942-21-589-5



9 789942 215895



EDITORIAL JURÍDICA "EL FORUM"

La Isla N29-66 y Las Casas
Tlfs.: (02)2550 943 / 0998 043 275
email: elforum1editores@yahoo.es
D.M. Quito - Ecuador