



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR
DE LOJA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Tesis de grado, previa a la obtención
del título de Abogada en los Juzgados
y Tribunales de la República.**

TEMA:

El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el
Ecuador

AUTORA:

Aurea Martina Jimbo Manzanillas

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Darío Alcides Díaz Toledo

LOJA-ECUADOR

2011

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Todos los conceptos, criterios, comentarios, ideas y opiniones vertidos y que quedan de manifiesto a lo largo de todo el desarrollo del presente trabajo de investigación académica, son de única y exclusiva responsabilidad de la autora.

f).....

Aurea Martina Jimbo Manzanillas

AUTORIZACIÓN

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

Yo, Dr. Darío Alcides Díaz Toledo

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación académica realizado por la Señorita AUREA MARTINA JIMBO MANZANILLAS, sobre el tema: “El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador”; ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular De Loja, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

Loja, agosto del 2011.

f).....

Dr. Darío Alcides Díaz Toledo

DIRECTOR DE INVESTIGACION

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, Aurea Martina Jimbo Manzanillas, declaro conocer y aceptar la disposición del Artículo 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: **“Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”**.

f).....

Aurea Martina Jimbo Manzanillas

AGRADECIMIENTO

Quiero dejar constancia en el presente trabajo de tesis, mi sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, a la Escuela de Ciencias Jurídicas y a todos sus distinguidos catedráticos por la formación profesional impartida, y de forma muy especial mi gratitud al Dr. Dario Díaz, en calidad de Director de Tesis, dilecto maestro y amigo, quien con sus sapientes conocimientos y decidido apoyo y experiencia profesional hizo posible llevar a cabo y culminar de manera satisfactoria la presente tesis.

La Autora

DEDICATORIA

A Dios principio supremo de todas las cosas, por haberme iluminado todos y cada uno de los días de mi existencia terrenal.

A la memoria de mis abuelitos Francisco Manzanillas y Martina Jaramillo, que con su perseverancia me enseñaron que todo en la vida es posible; a mi querida madrecita Lic. Marcela Manzanillas quien ha sido el pilar fundamental y ejemplo de la persona luchadora en que me he convertido y ha sabido orientar mi vida con el infinito amor, cariño y confianza, a mis hermanos Norman, Liliana, Nathaly y Nayhelita quienes me demostraron en cada paso el camino al éxito y su apoyo incondicional, y que son los principales motivadores de la búsqueda para alcanzar mis metas, a mi más grande e infinito amor, querida y única hija Doménica, que es la razón de mi felicidad y valentía que promueve mi superación continua.

Aurea Martina Jimbo Manzanillas

ESQUEMA DE CONTENIDOS

TEMA: “El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador”

PRIMERA PARTE

REDACCIÓN DEL INFORME FINAL

- Introducción.
- Proyecto de Investigación.

CAPITULO I

“INICIOS Y PROCESO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DELITOS Y PENAS”

1.1 Principio de proporcionalidad

1.2. Antecedentes históricos

1.3. Consagración del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional

- 1.4. Posibilidades para encontrar la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad
- 1.5. Consolidación del principio de proporcionalidad
- 1.6. Formulación constitucional del principio de proporcionalidad como referente de su interpretación en derecho penal
- 1.7. Su paulatino reconocimiento por el tribunal constitucional
- 1.8. Como técnica de control de constitucionalidad de medidas de los poderes públicos impositiva o restrictiva de los derechos fundamentales
- 1.9. Como principio de proporcionalidad interpretativo y su negación como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador
- 1.10. La exigencia de la proporcionalidad en el enjuiciamiento de una medida Judicial
- 1.11. Interpretación del principio de proporcionalidad
- 1.12. Principio de proporcionalidad constitucional y principio de proporcionalidad penal
 - 1.12.1. El principio de proporcionalidad constitucional
 - 1.12.2. Principio de proporcionalidad Penal

CAPITULO II

“PROPORCIONALIDAD A LOS DELITOS Y PENAS”

- 2. Las penas deben ser proporcionales a los delitos
 - 2.1. La finalidad de la pena

- 2.1.1.** La tortura, el tormento debe abolirse
- 2.1.2.** Proporcionalidad de las penas
- 2.1.3.** La crueldad de las penas es inútil
- 2.1.4.** La pena de muerte no es útil ni necesaria
- 2.1.5.** Las penas deben ser las mismas para todos los ciudadanos
- 2.2.** La educación es el medio más eficaz para prevenir el delito
- 2.3.** Significado y alcance del principio de proporcionalidad en derecho Penal
- 2.4.** Consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena
- 2.5.** Principio de proporcionalidad, de mínima intervención penal, y ley Penal
- 2.6.** La caracterización como principio penal de la idea de proporcionalidad
- 2.7.** La ubicación constitucional del principio de proporcionalidad
- 2.8.** Delimitación respecto de principios de proporcionalidad penal y conceptos próximos

CAPITULO III

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN COMPARACION CON OTROS AMBITOS Y TEORIAS DE APLICACIÓN DE PENAS”

3.1 El principio de proporcionalidad frente a los principios de igualdad, culpabilidad y legalidad

3.2. El principio de proporcionalidad en su aplicación con otros ámbitos y en la ponderación de derechos en conflicto

3.3. La relatividad del principio de proporcionalidad

3.3.2 Teorías de la prevención especial

3.3.3 Objeciones a la teoría de la prevención general

3.4. Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena

3.5 Ilegitimidad de la resocialización coactiva

3.6. Teorías de la prevención general

3.6.1 Teoría de la prevención general positiva

3.6.2 Objeciones a la teoría de la prevención general

3.7. Proporcionalidad de la sanción penal

3.8. El principio de proporcionalidad en el ámbito de aplicación de las penas

3.9. Sistema de determinación de la pena en Ecuador

3.9.1. Determinación de la pena y culpabilidad

3.10. Bases del principio de proporcionalidad

3.11. El principio de proporcionalidad en la fase legislativa y en la fase judicial de la determinación de la pena: la distinción entre proporcionalidad abstracta y concreta

3.12. Contenido del principio de proporcionalidad

3.13. Elementos que conforman el principio de proporcionalidad

CAPITULO IV

“DEBERES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA EL INTERNO”

4. Medios de resocialización en la penitenciaría

4.1. Soluciones para evitar la privación de libertad

4.2. Medidas de seguridad

4.2.1. Naturaleza de las medidas de seguridad

4.2.2. Fundamento de las medidas de seguridad

4.2.3. Fines de las medidas de seguridad

4.2.4. Requisitos para aplicar una medida de seguridad

4.2.5. Tipos de medidas de seguridad

CAPITULO V

“FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL Y DIFERENCIAS EN DIVERSOS ÁMBITOS DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL A NIVEL INTERNACIONAL”

5.1. Fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad en otros países del ius puniendi. México

5.1.2 La idea de proporcionalidad en las fundamentaciones preventivas y retributivas de la pena

5.2. Criterios que determinan la gravedad de la intervención penal con el principio de proporcionalidad

CAPITULO VI

“IMPOSICION Y APLICACIÓN DE UNA PENA”

6. La pena proporcionada a la gravedad de la infracción cometida

6.1. De las personas responsables de las infracciones

6.2. Las penas en general

6.3. De la aplicación y modificación de las penas

6.4. Reglas de concurrencia de varias infracciones

6.5. La pena proporcionada a la gravedad de lo injusto: de su desvalor de acción y de resultado

6.6. La concepción del injusto y de la culpabilidad

CAPITULO VII

“CARENCIAS DE APLICACIÓN DE SENTENCIA EN EL ROL DEL JUEZ”

7. Ejemplo de la falta de facultades que tiene un juez al momento de imponer una sentencia

7.1 Análisis de la falta de facultades que tiene un juez al momento de imponer una sentencia

CAPITULO VIII

“TRABAJO INVESTIGATIVO JURÍDICO Y DE CAMPO”

8. Aplicación de Encuestas y Entrevistas

8.1. Resultado de las Entrevistas

CAPITULO IX

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

9. Conclusiones

9.1. Recomendaciones

BIBLIOGRAFIA

Índice de Contenidos

RESUMEN

La presente investigación trata de analizar el tipo de estrategias y criterios que adoptan los jueces al momento de imponer una sentencia. La administración de Justicia Constitucional en el Ecuador es una labor ardua, compleja y de extrema importancia. Se la ejecuta por intermedio del Tribunal Constitucional que es una institución esencial del moderno Estado Social de Derecho que le corresponde salvaguardar, vigilar y garantizar el principio de la supremacía constitucional en su integralidad, innegable es la trascendencia de la jurisdicción constitucional, como innegable es la necesidad de consolidar la cultura constitucional y la democracia para beneficio del país y la ciudadanía, ya que permite a los individuos asegurar su participación dentro del proceso o juicio con el derecho a ser escuchado, exponer sus criterios y demostrar conforme a derecho sus puntos de vista ante la administración de justicia y frente a estos órganos judiciales, evitar los riesgos de abuso o desordenamiento y desproporción de sentencia de la autoridad del estado.

Las razones e interpretaciones jurídicas constitucionales siempre encaminan a fortalecer la administración de justicia constitucional en nuestro país.

INTRODUCCION:

La Constitución nos garantiza, ampara y precautelan la libertad del derecho a la defensa que tiene una persona al momento de acudir a los órganos judiciales y conseguir de ellos un proceso justo, ágil, transparente e imparcial y sobre todo que conlleve a una sentencia justa y no desproporcional de acuerdo al delito cometido por el reo.

Permite a los individuos asegurar su participación dentro del proceso o juicio con el derecho a ser escuchado, exponer sus criterios y demostrar conforme a derecho sus puntos de vista ante la administración de justicia y frente a estos órganos judiciales, evitar los riesgos de abuso o desordenamiento y desproporción de sentencia de la autoridad del Estado.

En nuestro Código Penal Ecuatoriano en el Título IV en lo referente a las Penas, establece las Penas que son aplicables a las Infracciones.

Por lo tanto el tema que voy a investigar es en base al Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas, porque los sujetos delictivos los mismos que deben ser sancionados de acuerdo a lo estipulado en la ley penal, pero siempre considerando las garantías constitucionales, establecidas en nuestra Constitución. El derecho que se ve afectado al aplicar una pena excesiva es la libertad, establecido en el Art. 66 de nuestra Carta Magna, por lo que las sentencias deben ser conforme a la magnitud del bien tutelado que se ve afectado, mas no a una simple especulación de los juzgados o Tribunales, por lo que la presente investigación tratamos de analizar cuál es la estrategia que generalmente adoptan los jueces al momento de imponer una sentencia y en base a qué criterio el juez impone una sentencia.

En nuestro Código Penal Ecuatoriano, determina que dentro de un proceso judicial de carácter penal, el Juez o Magistrado deben aplicar la norma en el sentido más favorable al reo, en caso de que existiera alguna duda al instante de pronunciar sentencia.

La normatividad jurídica secundaria, en el Código Penal señala en su Art. 4, parte pertinente, que en los casos de duda se la debe interpretar en el sentido más favorable al reo. El Juez o Magistrado simplemente debe distinguir sobre la existencia o no del delito, sobre la imputabilidad del encausado, examinar las circunstancias que pueden o no concluir en una infracción delictual diferente y luego determinar la pena.

Cabe manifestar a la disposición el verdadero contenido por parte del Juez o Magistrado, función que, en todo caso, es de carácter subjetivo que involucra factores muy importantes como: capacidad, conocimientos y experiencia que debe poseer el Juez o Magistrado. La excelentísima Corte Nacional de Justicia manifiesta que las disposiciones del Código Penal deben hacerse teniendo en cuenta: 1. Que, de acuerdo con el Art. 4, en caso de duda, se interpretará la Ley en el sentido más favorable al reo; 2. Que no obstante el principio universal de la inalterabilidad de una sentencia ejecutoriada, haciendo prevalecer la aplicación de la Ley más favorable al delincuente de acuerdo con el Art. 2 del Código Penal, se permite la alteración de la sentencia ejecutoriada, en beneficio del encausado, en los casos previstos en dicha disposición legal y 3. Que las limitaciones impuestas al acumulo de las penas, en el caso de pluralidad de delitos, favorecen al encausado y que la modificación de las sentencias ejecutoriadas no pueden tener otro objeto que el de beneficiarlo.

Existen dudas que se sustentan en la ignorancia de la Ley, de la Jurisprudencia y de los principios del Derecho, las que se ven en lo común de las personas, pues éstas no son otra cosa que la incertidumbre en que la persona se encuentra sobre la verdad de un hecho, de una proposición, de una aserción o de cualquier otra cosa, además de la cuestión que se propone para ventilar y resolver. Los Jueces o Magistrados no deben complicarse demasiado en sus dudas o caer en una perplejidad perpetua que les impida decidir con la celeridad del caso. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción se aplicará la menos rigurosa. Se establece dentro de nuestro sistema un máximo y un mínimo de sanción en las disposiciones de la ley penal y por tanto frente a una nueva ley pueden aparecer casos

que la nueva ley tenga pena mayor. Esto no le afecta al sentenciado ya que la pena debe estar fijada antes de la realización del acto punible. El caso de que la pena es menor en la nueva ley, el Juez pudo haber sentenciado al máximo o al mínimo fijado en la ley anterior, pero a base de la nueva Ley que suaviza la condena debe rebajarse así mismo al máximo o al mínimo en el mismo orden. En el evento de que se haya puesto una pena intermedia entre el máximo y el mínimo debe establecerse la parte proporcional de la rebaja a base del cálculo matemático. Si hay rebajas por haberse justificado circunstancias excusantes o atenuantes debe hacerse el mismo cálculo, pero con relación al mínimo de la pena establecida.

La administración de Justicia Constitucional en el Ecuador es una labor ardua, compleja y de extrema importancia. Se la ejecuta por intermedio del Corte Constitucional que es una institución esencial dentro del moderno Estado Constitucional de Derecho, puesto que le corresponde salvaguardar, vigilar y garantizar el principio de la supremacía constitucional en su integralidad y, por tanto, también los derechos humanos y libertades ciudadanas consagrados. Es innegable la trascendencia de la jurisdicción constitucional, como innegable es la necesidad de consolidar la cultura constitucional y la democracia para beneficio del país y la ciudadanía. En este sentido, todo cuanto se haga para ese loable objetivo tiene plena validez y justificación difundir las resoluciones de la Corte Constitucional entre los que estudiamos Derecho, los operadores jurídicos y la población significa coadyuvar en el estudio, análisis y comprensión de los contenidos de los fallos, de las razones e interpretaciones jurídico-constitucionales que, siempre, se encaminan a fortalecer la administración de justicia constitucional en nuestro país.

➤ **TEMA:**

“El Principio de Proporcionalidad entre Delitos y Penas en el Ecuador”

➤ **PROBLEMATIZACION**

Nuestro Código Penal Ecuatoriano en el Título IV en lo referente a las Penas, establece las Penas que son aplicables a las Infracciones.

Por lo tanto el tema ha investigar se basa en el Principio de Proporcionalidad entre delitos y penas, pero siempre considerando las garantías constitucionales, establecidas en nuestra Constitución. El derecho que se ve afectado al aplicar una pena excesiva es la libertad, establecido en el Art. 66 de nuestra Carta Magna, por lo que las sentencias deben ser conforme a la magnitud del bien tutelado que se ve afectado, mas no a una simple especulación de los juzgados o Tribunales, por lo que la presente investigación tratamos de analizar cuál es la estrategia que generalmente adoptan los jueces al momento de imponer una sentencia y en base a qué criterio el juez impone una sentencia.

➤ **JUSTIFICACION**

La Constitución es un instrumento legal que sustenta los principios y reglamentos, ya que sus disposiciones se acoplan a las leyes tanto penales entre otras, propone esquemas en el código Penal que se pueda acoplar a los mencionados principios constitucionales.

Es fundamental para poder desarrollar la desproporción de penas, lo cual es fundamental en cualquier juicio, para colocar a las partes en igualdad de condiciones de justicia de acuerdo al delito cometido, para que ella, de una manera imparcial, resuelva el litigio basada en fundamentos de hechos y derecho y así se evite la desproporción de penas en sentencias.

La constitución de derechos, necesaria para recalcar su importancia y el hecho de que la administración de justicia ya que impulsa proyectos de los principios del debido proceso de proporcionalidad en sentencias penales del Ecuador.

➤ **OBJETIVOS:**

❖ **Objetivos Generales**

- ✓ Analizar el Principio de Proporcionalidad de Penas y Sentencias, en las infracciones tipificadas en nuestro Código Penal Ecuatoriano.
- ✓ Analizar si se cumple el Principio de Proporcionalidad en materia Penal.

❖ **Objetivos Específicos**

- ✓ Analizar si la proporción de penas según el delito es equitativa
- ✓ Analizar las leyes adoptadas frente a esta clase de proporción de penas.

CAPITULO I

“INICIOS Y PROCESO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DELITOS Y PENAS”

1. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad también se denomina principio de prohibición del exceso que se proyecta tanto sobre la teórica pena que corresponde al delito como sobre la aplicación de su correcta imposición. La proporcionalidad exige valorar entre la gravedad de la pena y el fin perseguido por la ley penal, debiéndose atender en primer lugar a la gravedad de la infracción cometida, la pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. El principio de proporcionalidad suele estudiarse desde dos sentidos, el amplio y el estricto, pero este último se encuentra recogido dentro del primero. Por tanto, la proporcionalidad en sentido amplio engloba tres exigencias:

1. La exigencia de adecuación a fin: Implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena optima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

2. La exigencia de necesidad de pena: Si se impone una pena innecesaria se comete una injusticia grave, para que la pena sea necesaria tiene que darse tres requisitos: (los últimos dos dirigidas sobre todo al legislador, al juez solo en la medida en que tiene que individualizar)

a. La exigencia de menor injerencia posible o de intervención mínima: Es decir, la sanción que se imponga ha de ser la menos grave posible de las que tengamos a disposición. Este requisito ha de exigirse tanto en el momento de la culminación de la pena abstracta (o determinación en abstracto de la pena: 10 a 15 años) como en la fijación de la pena en concreto (11 años).

b. La exigencia de fragmentariedad: Lo que significa que al legislador penal no le compete castigar todos los delitos sino sólo aquellos que vayan contra bienes jurídicos susceptibles de protección penal y que solo se recurre al Derecho Penal frente a los ataques más graves e intolerables.

c. La exigencia de subsidiariedad: Quiere decir que el Derecho Penal solo ha de intervenir de manera residual, cuando se demuestre que el resto de mecanismos del ordenamiento.

3. La proporcionalidad en sentido estricto: Se exige básicamente al juez para que este realice un juicio de ponderación o valoración donde valore la carga o gravedad de la pena (la cual tiene que venir dada por determinados indicios: gravedad conducta, bien a proteger, etc.) y el fin que persigue con esa pena.

El principio de Proporcionalidad responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos. Encuentra su justificación en distintos preceptos de la Constitución, aunque no lo recoja expresamente: Donde se proclama los Derechos a la libertad, el de la dignidad de la persona, etc. Se configura el estatuto básico del ciudadano y, por tanto, sólo se pueden limitar en casos excepcionales. La proporcionalidad es una noción general, utilizada desde épocas.

remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento. La relación entre el medio y el fin, que constituye la base epistemológica de la proporcionalidad, se reveló ya como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica.

1.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Sobre la evolución del principio de proporcionalidad hasta nuestros días se ha señalado lo siguiente:

Los primeros desarrollos repercutieron en la cultura jurídica romana, en donde se ha mostrado, que el principio de proporcionalidad alcanzó una importancia capital en varios ámbitos del Derecho Privado, dándose a la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado y, desde entonces, no ha dejado de evolucionar y de expandirse a lo largo de todas las áreas del Derecho que regulan las relaciones entre el poder público y los particulares.

Esta relación encuentra su justificación, al menos en el Derecho Público europeo, con la concepción contractualista y fundacional del Estado, así como con la Ilustración, que postulan que la potestad estatal para intervenir en la libertad sólo puede ejercerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer las exigencias derivadas.

El origen del principio de proporcionalidad se remonta a la Antigüedad, ya que en la obra de Platón las leyes podemos encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio, en la cual hace referencia a la pena y establece que ésta debe ser necesaria e infalible, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad.

El término necesaria se refiere de forma fundamental a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la Ley, la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin; con el término infalibilidad se

refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente.

El principio de proporcionalidad, en relación con el proceso penal, tuvo lugar en una resolución del deutscher Journalistentag, tomada en Bremen el 22 de agosto de 1875, en la que se solicitaba que las medidas coactivas dirigidas contra los periodistas que se negaran a declarar como testigos fueran proporcionadas a las penas previstas para los delitos perseguidos. Aquella resolución supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de trasladar al proceso penal el principio de proporcionalidad conocido ya en el Derecho Administrativo de Policía.

El segundo brote del principio de proporcionalidad, de eliminación de las torturas y de las penas y tratos crueles tiene lugar en las declaraciones internacionales que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Definitivamente, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Extranjero sobre el principio de proporcionalidad se ha elevado la eficacia de la jurisprudencia constitucional en el caso concreto a una altura jamás alcanzada, han sido reducidas las habilitaciones generales concedidas al Estado para la práctica de injerencias en la medida no deseable según las circunstancias particulares del caso concreto, y el legislador ha debido doblegarse a ello.

El principio de proporcionalidad ha desplegado su empleo en variadas ramas del derecho, pero es en el área constitucional el lugar en el cual se le ha entregado una mayor funcionalidad, debido a que en esta sede ha sido empleado como un instrumento de control de la actividad de los poderes del Estado, entendido éste como constitucional de Derecho. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso se integra como un método de control, para evitar las técnicas de desvío de poder, error manifiesto, y en especial para el balance entre costos y beneficios de aquellas actuaciones del Estado que implican una intervención en los derechos fundamentales, ya

que se ha considerado, en especial por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que este principio se deduce del contenido esencial de estos derechos.

Cuando una norma jurídica interviene un derecho fundamental, se entiende que esta intervención proviene de las atribuciones del poder legislativo, debido a que la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, no implica necesariamente la anulación del legislador en la regulación de los derechos fundamentales protegidos por la norma fundamental.

En consecuencia, se ha entendido que ante la actividad legislativa que interviene derechos fundamentales, este principio vincula y limita su arbitrio a la hora de restringir, limitar o privar a un sujeto de un determinado derecho.

Por lo dicho anteriormente, podemos concluir que este principio es de gran utilidad en el Derecho Penal, debido a que es la rama del ordenamiento jurídico que se encuentra más vinculada a la Constitución.

La razón principal se reduce a que la imposición de una norma punitiva implica siempre la intervención (restricción, suspensión o privación) del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, por lo que no es de extrañar la afirmación de que ésta es la que más afecta al individuo en cuanto a sus derechos.

A mayor abundamiento, el principio de proporcionalidad resulta bastante fructífero a la hora de regular la actividad del legislador penal, dado que hay autores que consideran que Derecho Penal en sí es violencia, ya que tanto los casos de los que se preocupa son violentos, como la forma en que éste los soluciona.

Por esta razón, esta rama del Derecho resulta ser el que llega más directamente a la opinión pública, y la que más impacto produce en ella, lo que como consecuencia produce una reacción adversa del legislador en favor de su aceptabilidad social, criminalizando nuevas conductas, aumentando la pena, e incluso adelantando el iter criminis de delitos que afectan a determinados de bienes, actos que en sí mismos no lo

lesionan ni ponen en peligro jurídicos -generalmente patrimoniales-, sancionando a su vez inmediato.

Es evidente que lo anterior implica la existencia de una exacerbación de la respuesta penal, y en consecuencia, un aumento indiscriminado de las penas, distorsionado en consecuencia la estructura dogmática de nuestro Código Penal, como así también, la de los principios político-criminales que lo regían, como el principio de proporcionalidad, lo que implica la inexistencia de un balance adecuado entre la fuerza punitiva del Estado y los derechos fundamentales de quienes cometen estos actos delictivos.

Ante esta realidad, el principio de proporcionalidad es un criterio idóneo para constituir un límite al legislador penal, dado que tiene un fértil terreno para desplegarse, y su autonomía como principio permite dar concreción a finalidades retributivas de la norma punitiva, convirtiéndose así en una de las directrices más importante en la racionalización del ejercicio del ius puniendi.

1.3 CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.

Se considera que no es necesaria la consagración de este principio, ya que se encontraría de modo transversal en el Derecho, e incluso, formaría parte de la estructura de los derechos fundamentales, no obstante lo anterior, existen juristas que abogan por la búsqueda de consagración legislativa, tendencias que se repiten en el Derecho Comparado, que pasó por una etapa similar a la actual de nuestro país, que fue avanzando hasta la consagración expresa del principio de proporcionalidad, otorgando mayor seguridad jurídica a quienes deben fallar acerca de la observancia de este principio. En nuestro país es vidente el reconocimiento expreso del principio de proporcionalidad a nivel constitucional en el Capítulo octavo, art. 76, numeral 6, donde se señala que:

Derecho y Constitución de la República Ecuador Capítulo octavo art 76, numeral 6 sobre Principio de Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad estaría consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española homólogo del art. 19.2 CFR. CEA, J. Derecho Constitucional chileno, tomo II Derechos, Deberes y Garantías, p. 113

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

Esto de suma importancia, ya que este principio es un límite efectivo en la labor legislativa- penal, que son indispensables las posibilidades y métodos existentes para la evidente probabilidad de este principio existente en la constitución.

1.4 POSIBILIDADES PARA ENCONTRAR LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cabe recalcar que para involucrarse a este campo de la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad, se inicia a partir del surgimiento del principio de juridicidad que no es otra cosa, que un concepto que determina las relaciones entre el Derecho y los poderes públicos, de tal forma que toda actuación de los poderes constituidos supone la existencia de normas jurídicas constitucionales que suele abarcar principios entre ellos el principio de proporcionalidad que los vinculan cuando actúan y de esta forma los someten al Derecho.

En este sentido, debe de ponerse de relieve que el principio de juridicidad expresa siempre y necesariamente una vinculación positiva, y no simplemente negativa. Para programar la densidad de la consagración normativa es necesario el carácter positivo del control judicial que no solo depende de la mayor o menor predisposición de los jueces, sino única y exclusivamente del legislador, indispensable para el contenido de las decisiones; es decir, de que el legislador ponga a disposición de aquéllos parámetros de control dotados de una estructura lógica normativa que haga viable el pleno control jurídico ¹³.

El principio de proporcionalidad estaría consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española homólogo del art. 19.2 CFR. CEA, J. Derecho Constitucional chileno, tomo II Derechos, Deberes y Garantías, p. 113

13 POR EJEMPLO: CEA, J. El sistema constitucional chileno, síntesis crítica, NOGUEIRA, H. Dogmática constitucional, ALDUNATE, E. Derechos Fundamentales.

la forma de cómo se articulan las fuentes del Derecho, especialmente la relación ley- Reglamento. La temática de las potestades normativas y su configuración ponen de relieve reglamento.

De ahí que resulte imprescindible buscar criterios de equilibrio y que están presentes las ideas jurídicas de los intérpretes constitucionales, con sus ideas políticas.

La Constitución Política, los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos impone el deber-obligación a los Estados, de incorporar en la legislación interna normas que permitan prohibir las violaciones del derecho a la vida, la integridad y libertad personales, etc., y que dispensen castigo a los responsables, lo cual no sólo incumbe al órgano legislativo, sino a toda la institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, los estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones.¹⁴

Frente a las violaciones de los derechos humanos el Estado debe garantizar a las víctimas un recurso efectivo que ofrezca resultados o respuestas adecuadas, lo que equivale a decir, ni más ni menos, que un remedio de justicia no equivale a hacer justicia. Dicho en otros términos: sólo se hace justicia y se obtiene eficacia del recurso efectivo cuando quienes han sufrido la violación de los derechos humanos, quienes han sido víctimas de los delitos cometidos obtienen verdad, justicia y reparación.

Estas consideraciones cobran mayor vigencia cuando entratándose de la "Ley de Justicia y Paz" se advierte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que

14 CFR. KÜNSEMÜLLER, C. Dogmática y político-criminal de los principios limitadores del "ius puniendi", pp.10-11
15 CFR. CEA, J. El sistema constitucional chileno, síntesis crítica. p. 113. Derecho Constitucional chileno, tomo II Derechos, Deberes y Garantías, p. 113.

ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos.

En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos - como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones.

El Tribunal reitera que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.¹⁴

A continuación se detallan las Posibilidades para encontrar la Consagración Normativa Constitucional del Principio de Proporcionalidad:

1. La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano. La ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito.

2. En la Convención Americana de Derechos Humanos, en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, habiéndose pronunciado expresamente al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha estimado a las penas desproporcionadas como una violación de esa Convención, entendiéndose además, que por medio de la norma de reenvío del de la Constitución Política de la República, se entendería esta Convención como parte de nuestro sistema jurídico en cuanto que la soberanía se encuentra limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana, lo que supone la racionalización y limitación del ius puniendi.

3. Nuestra jurisprudencia reconoce este principio como un derecho de protección, admitiéndose el reconocimiento de derechos implícitos por la jurisdicción.

4. También dentro de las bases de la institucionalidad, de la Constitución Política, por medio de los principios de libertad e igualdad, la primacía de la persona humana, servicialidad del Estado y el Bien Común como su finalidad, por lo tanto, para que una

pena sea coherente con este núcleo duro de la Constitución y sea ética y jurídicamente aceptable debe respetar:

a) La dignidad de la persona, es decir, no debe emplear a la persona como un medio para lograr un fin, desconociéndole a esta su carácter de fin en sí misma,

b) No puede tener por efecto excluir, al menos definitivamente, a una persona de los bienes que la sociedad le permite adquirir, ya que de este modo se excluiría el Bien Común, que incluye a todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Lo que en consecuencia hace inconstitucional cualquier tesis propia del derecho penal del enemigo,

c) Por último, que la restricción o privación del algún derecho fundamental, que afecte en alguna medida, la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, debe ser vista como un mal necesario, reservada sólo para los casos más graves de atentados contra los bienes jurídicos protegidos.

Deben existir penas diferenciadas para delitos de diversa gravedad (contra la vida - contra la propiedad) además se encontraría dentro de la prohibición de aplicar diferencias arbitrarias. En cuanto a la prohibición de todo apremio ilegítimo, que no sólo se refiere a la sujeción y cumplimiento de una norma jurídica, sino que también, la conformidad de dicha norma con: El valor de la dignidad de la persona, y la justicia, es decir, requiere que un apremio sea impuesto proporcionado a la consecución de una finalidad lícita, secuela de una decisión de autoridad competente en un proceso justo.¹⁵

14 CFR. KÜNSEMÜLLER, C. Dogmática y político-criminal de los principios limitadores del "ius puniendi", pp.10-11
15 CFR. CEA, J. El sistema constitucional chileno, síntesis crítica. p. 113. Derecho Constitucional chileno, tomo II Derechos, Deberes y Garantías, p. 113.

1.5 CONSOLIDACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La consolidación del principio de proporcionalidad se inicio primeramente a partir de los derechos fundamentales de ahí que se desprende la supervisión de la práctica que se adquirió importantes técnicas interpretativas como lo es la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.

El principio de proporcionalidad trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

La idea es de difundir entre los interesados una serie de herramientas hermenéuticas que son necesarias para lograr la adecuada protección de los derechos fundamentales.

Hasta hace unos años los encargados de aplicar en la práctica el catálogo de derechos fundamentales se enfrentaban a la enorme dificultad de los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron distintos países de la región. Esa dificultad hoy en día ya no existe en términos generales, o al menos no con la fuerza que tuvo en el pasado. Actualmente los problemas son otros. Alguno de ellos tiene que ver con la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales. Esto es lo que produce, por ejemplo, sentencias de los más altos tribunales que contienen errores de interpretación, o recomendaciones y observaciones de organismos públicos no jurisdiccionales encargados de proteger los derechos que adolecen de los pertinentes razonamientos jurídicos.

En este contexto, es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio, etcétera.

Además, los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con valores que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el aplicador constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre tomada por él mismo.

A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

Nuestro país Ecuador ha sido un país protagonista en materia de cambios constitucionales a nivel de América Latina. La sociedad ecuatoriana, y también sus autoridades, han participado en un intenso debate sobre su futuro constitucional. De esa manera, nos han obligado a todos los constitucionalistas de la región a dirigir nuestra mirada a sus avances, así como a repensar nuestros propios destinos constitucionales.

Esperamos enriquecer de alguna manera esa experiencia tan intensamente vivida por los ecuatorianos. Ojalá que sea un motivo más para mantener vivo el diálogo latinoamericano sobre los temas centrales del constitucionalismo.

Durante décadas la lucha en favor de los derechos fundamentales tuvo por objetivo deberes. Luego fue creada la lograr su reconocimiento constitucional. Primero no se hablaba de derechos, sino de categoría de los derechos naturales, que eran una suerte de pretensiones morales, todavía no recogidas en textos jurídicos.

Finalmente, luego de siglos de luchas y enfrentamientos, se pudo llegar a la etapa de la positivación de los derechos, lo que supone un cambio radical en la concepción de la persona humana y del entendimiento moral de la vida.

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Bill of Rights de la Constitución estadounidense de 1787 son los dos documentos señeros en esa etapa), se van expandiendo en las décadas sucesivas. La última estación dentro de esa historia fantástica es la que se produce en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la que se expiden textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

Se trata de una tendencia que se agudiza a partir de los años 70 del siglo XX y que da lugar a Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

A partir de la consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo. No se trata ahora de abogar por su constitucionalización, sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad, objeto de estudio de los distintos trabajos que integran la presente obra colectiva.

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si se acepta que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.

Lo que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente límite de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. Las constituciones de América Latina, siguiendo la tendencia que ya se apuntaba sobre el carácter fuertemente materializado de las cartas supremas de nuestros días, contienen todas ellas un amplio catálogo de derechos fundamentales. Pero su aplicación práctica ha dejado y sigue dejando mucho que desear.

1.6 FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO REFERENTE DE SU INTERPRETACIÓN EN DERECHO PENAL

La formulación inicial del principio de proporcionalidad se encuentra en el ámbito del Derecho Penal en el que prontamente adquirió relevancia de forma particular en relación con la determinación de la pena. En referencia a la proporcionalidad en el orden punitivo en su obra de los delitos y las penas en la que propugnaba que la pena proporcional a la culpabilidad era la única pena útil. Igualmente se reconoce este principio en la declaración de derechos del hombre y del ciudadano que proclamaba que la ley no debía establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias.

La nueva concepción liberal del Estado y de la actividad de policía que surge en el siglo XIX, caracterizada por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales mediante el reconocimiento de una serie de derechos que limitan la intervención del Estado en el ejercicio de su potestad de policía, determina un claro desarrollo del principio. De manera que la actividad de policía no se concibe como un poder ilimitado, sino que se van configurando una serie de normas y principios de los que deriva que las intervenciones policiales solo son ilícitas en la medida que son

imprescindibles y adecuados a los fines que persiguen. La regla de proporcionalidad se configura como una medida natural de la potestad de policía adquiriendo la importancia de un verdadero límite jurídico.

El principio de proporcionalidad se deriva que la intervención policial debe guardar proporción con el mal que se trate de evitar, y que la autoridad debe elegir aquellos medios que menos daño produzca a los derechos e intereses de los individuos, finalmente con el poder de policía que la limitación individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria y que la intervención gubernativa ha de ser siempre proporcionada a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es por tanto esta concepción de la actividad de policía la finalidad de proteger al individuo frente a las posibles intervenciones excesivas del Estado y de reducir su actuación a lo estrictamente necesario, la que da lugar a que con cada vez más frecuencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia no sin discrepancias, recurran a este principio, inicialmente en relación con las manifestaciones de la actividad administrativa vinculadas con el ejercicio de las potestades sancionadoras en materia de orden público y seguridad para pasar posteriormente a utilizarse respecto las demás intervenciones administrativas que inciden en la esfera de libertad de los particulares.

Actualmente el principio de proporcionalidad ha experimentado un auge extraordinario, y su utilización se ha generalizado en casi todas las esferas jurídicas en particular, en el derecho administrativo, en el que se ha convertido en un principio rector fundamental que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa sobre el ámbito de libertad de los ciudadanos y además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discrecionales

En algunos ordenamientos extranjeros reconocen expresamente este principio, cuya existencia deriva del propio

derecho constitucional. En otros ordenamientos no se reconoce de manera expresa su existencia si bien la jurisprudencia utiliza con frecuencia la proporcionalidad en el enjuiciamiento del eventual exceso de las medidas de policía.

La proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el convenio de derechos humanos y libertades fundamentales en la medida que las injerencias a las libertades que consagra solo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en los apartados de los convenios. Y el tribunal de derechos humanos en su jurisprudencia ha operado con frecuencia con la proporcionalidad para el control de las intervenciones de los estados miembros, en la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales que reconoce la convención. En los tribunales extranjeros se ha manifestado que los Estados miembros tienen un margen de libertad para elegir las medidas y restricciones que juzguen necesarias, y se ha limitado a comprobar si en cada caso se respetan las exigencias derivadas de la proporcionalidad. En concreto ha examinado si la intervención estatal persigue algún fin legitimado en la convención y además si la medida restrictiva es necesaria útil y proporcionada.

En los tribunales europeos se aplica el principio de proporcionalidad en la protección de los derechos y libertades garantizados en el convenio determinando a su vez una clara influencia a los tribunales nacionales que tienen encomendada la salvaguarda de los derechos y libertades públicas. La formulación actual de este principio ha sido construida en gran medida por Tribunales Constitucionales, aunque también ha sido objeto de un importante desarrollo por Tribunales Constitucionales americanos, el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque este último en menor medida. De este modo, y basado en los avances existentes en la materia, podemos señalar que el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Cada uno de estos subprincipios establece el cumplimiento de diversas exigencias en toda intervención en los derechos fundamentales, de modo que para establecer la proporcionalidad de un precepto resulta necesario realizar el examen de constitucionalidad en el orden ya enunciado.

1.7 SU PAULATINO RECONOCIMIENTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha venido precisando y definiendo este principio de proporcionalidad de manera paulatina. La lógica de la proporcionalidad, ha estado presente en las decisiones del Tribunal, si bien ha aplicado este principio de proporcionalidad de manera desigual si se toma como paradigma el que se utiliza en derecho extranjero. En efecto el tribunal constitucional en ocasiones utiliza este concepto en su sentido más restringido y fragmentario posteriormente lo teoriza y explicita en qué consiste este principio del que se enjuician respectivamente una medida del poder ejecutivo del poder legislativo.

1.8 COMO TÉCNICA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE MEDIDAS DE LOS PODERES PÚBLICOS IMPEDITIVAS O RESTRINGIDAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El tribunal ha utilizado por primera vez el concepto de proporcionalidad en su sentido más amplio, acudiendo a los tres subprincipios que lo conforman, para controlar constitucionalidad de una resolución de las delegaciones que prohibieron una concentración convocada por sindicatos. En esta resolución se rechazaba la solicitud de la entidad sindical posteriormente recurrente en amparo por cuanto la celebración de la manifestación vendría a ocasionar una grave alteración en el tráfico de una ciudad, por colapsarse ciertas vías de intensa circulación rodada.

El tribunal constitucional estima que para decidir si tal acuerdo gubernativo infringía el derecho fundamental de reunión se debía realizar el correspondiente juicio de proporcionalidad y para ello analiza la concurrencia de los tres elementos que

configuran este principio. Así se refiere en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia, que la medida de prohibición debía ser sometida a un juicio de proporcionalidad ya que solamente será constitucionalmente legítima si no existen otros medios para preservar el orden público sin un sacrificio tan importante del derecho de reunión. Por tanto señala el tribunal que para reconocer si tal medida restrictiva supera el juicio de proporcionalidad exigible, procede constatar si se cumplen las tres condiciones o requisitos expuestos. Si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, si además es necesaria en el sentido de que no existía otra más moderada para el fin perseguido y, por último si la misma es ponderada en sentido estricto es decir, equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. El tribunal tras estimar que la medida de prohibición permitía alcanzar el fin perseguido, la protección del orden público y la integridad de las personas y los bienes, es decir superado el test de idoneidad, pasa a analizar si la restricción era necesaria, concretamente, si la adopción de esta medida impeditiva del derecho era imprescindible por no existir otra, o si cabía optar por otras alternativas menos drásticas e igualmente eficaces para la preservación del orden público. Tomando en consideración las concretas circunstancias fácticas concurrentes, concluye que en aquel supuesto no era exigible a la autoridad gubernativa la propuesta de otras medidas menos restrictivas del derecho de reunión, si bien a modo de reflexión afirma que en estos casos la autoridad gubernativa antes de prohibir la concentración deberá ser especialmente diligente a la hora de proponer o arbitrar los medios necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de reunión en el lugar y hora programados por los promotores.

1.9 COMO PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD INTERPRETATIVO Y SU NEGACION COMO CANÓN DE CONSTITUCIONALIDAD AUTÓNOMO FRENTE AL LEGISLADOR.

El tribunal aborda y se denuncia expresamente sobre el valor y significado constitucional del principio de proporcionalidad frente al legislador en cuanto la pena prevista en este precepto para los objetos de conciencia al servicio militar que rehúsan

cumplir la prestación social sustitoria puede suponer un sacrificio desproporcionado de los derechos de libertad personal y a la libertad ideológica.

En el fundamento jurídico de resoluciones se hacen una serie de importantes precisiones y se afirma al respecto:

a. Que la proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda realizarse de manera aislada respecto a otros principios constitucionales, es decir si se quiere decir así, un principio que cabe inferir de determinados constitucionales y como preceptos tal opera esencialmente como un principio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales, desde la perspectiva del control constitucional, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no.

Ni se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados, solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabra declarar inconstitucionalidad.

b. También se afirma que el ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. Numerosas sentencias han declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la constitución garantiza.

c. Por último se recuerda que en ocasiones se ha hecho referencia a la proporcionalidad como principio derivado del valor de la justicia del principio del Estado de derecho del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona y que se ha aludido al mismo en el contexto de la incidencia de la actuación

de los poderes públicos en el ámbito de los concretos y determinados derechos de los ciudadanos.

Tras efectuar estas consideraciones, el tribunal examina si el precepto cuestionado cumple los tres elementos que conforman este principio. La idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Al no existir elementos que permitan dudar de la idoneidad de la medida y refiere tras, reiterar el amplio margen de libertad del que goza el legislador que el control constitucional sobre la existencia o no de medidas menos gravosas pero de la misma eficacia, tienen un alcance y una intensidad muy limitadas pues se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la constitucionalidad garantiza, de modo que si solo a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarios para alcanzar los fines de protección análogos resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades perseguidas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico.

Y concluye que la norma cuestionada no incurre en el exceso vulnerador del principio de proporcionalidad de la pena, pues con independencia del juicio de oportunidad, no cabe sostener que la medida atente contra ciertos artículos, en cuanto desproporcionada por innecesaria. Seguidamente se examina la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre el delito y la entidad de la pena, esto es, el tercer elemento de la proporcionalidad, limitando el enjuiciamiento a la concurrencia o no de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma, y estima que no se aprecia un desequilibrio entre el medio y el fin que podría situar la norma al margen de la Constitución.

1.10 LA EXIGENCIA DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ENJUICIAMIENTO DE UNA MEDIDA JUDICIAL.

En el Tribunal examina una resolución de un Juzgado de Instrucción que en el curso de una investigación penal, acordaba la práctica de una intervención corporal y consiguiente pericial sobre el cabello del recurrente en amparo, y ello con objeto de determinar si era consumidor o adicto al consumo de sustancias estupefacientes.

Para ello se requería al demandante de amparo a que accediera a que el médico forense procediera a cortarle cabellos diferentes de la cabeza y la totalidad del vello de que su negativa podía suponer la comisión de las axilas, con el apercibimiento de que su negativa podía suponer la comisión de un delito de desobediencia a la autoridad judicial. Para resolver sobre la constitucionalidad de tal medida judicial, y una vez constatada que la intervención corporal y correspondiente pericial afectaba a los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, el tribunal examina si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación objetiva y razonable y para ello acude al concepto de la proporcionalidad.

En los fundamentos jurídicos, la Sala analiza la medida impugnada desde la perspectiva de la proporcionalidad y considera que la intervención corporal acordada por el juez, no cumplía la exigencia de necesidad requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios que debe presidir la adopción de medidas limitadas de derechos fundamentales. Y razona al respecto que una medida de instrucción penal restrictiva de los derechos fundamentales habrá de reputarse necesaria cuando de su resultado pueda depender el ius puniendi, lo que tan solo acontecerá cuando su puesta en práctica permita acreditar, desde un punto de vista objetivo, la existencia de alguno o algunos de los hechos constitutivos del tipo delictivo objeto de investigación y desde el subjetivo la participación del imputado en los mismos.

La finalidad que se perseguía con la intervención corporal impugnada no era acreditar los hechos constitutivos de infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario insusceptible por sí desvirtuar la presunción constitucional de inocencia por lo que no es posible admitir que la medida fuera necesaria a los fines de aseguramiento del ius

puniendi ni, por tanto acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de sacrificios. Y afirma el Tribunal un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstruir la prueba de los hechos que integran el proceso penal.

Por otra parte refiere el Tribunal que, aun admitiendo que la medida impugnada pudiera ser, abstractamente considerada, una medida necesaria para la investigación penal, no por ello las resoluciones recurridas resultarían enteramente acordes con la exigencia constitucional de proporcionalidad, pues para la determinación de si una medida restrictiva de derechos fundamentales es o no constitucionalmente proporcionada se deben tener en cuenta todas las circunstancias particulares que concurren en el caso, así como la forma en que ha de llevarse a la práctica la medida limitativa, todo ello con el fin de no ocasionar al sujeto pasivo las limitaciones en sus derechos fundamentales que las estrictamente imprescindibles en el caso concreto.

Se concluye que las resoluciones impugnadas, tanto al ordenar que el informe pericial se remonte al tiempo desde que el solicitante de amparo pudiera ser consumidor, como al referirse a cualquier tipo de sustancia estupefaciente, incurren en una notable desproporción entre el alcance que otorgan a la medida de intervención corporal y los resultados que se pretenden obtener con su adopción constitucional, si bien a pesar de ello no ha explicitado en qué consiste este principio hasta que en las citadas formulan una construcción del principio de proporcionalidad, que hasta ese momento venía siendo utilizado de manera restrictiva y fragmentaria.

Resulta importante que el Tribunal Constitucional haya precisado y expresado en qué consiste la proporcionalidad, y su concreto contenido en sus tres proyecciones utilización como precisión conceptual en la resolución conforme a las pautas y criterios conforme el Derecho Extranjero y su valor Constitucional.

La proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico eficaz, tanto en el control de los poderes discrecionales de la Administración en las medidas administrativas restrictivas o impeditivas de derechos fundamentales, como un elemento en la ponderación de bienes y derechos constitucionalmente protegidos.

En definitiva, cabe esperar que la línea jurisprudencia iniciada permita su aplicación y su utilización como precisión en que se hallen involucrados bienes y derechos constitucionales.

1.11 INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Atado a la razonabilidad, como medio de interdicción de la arbitrariedad estatal, en un proceso que tenía por objeto definir la posible violación de derechos fundamentales de dos alumnas de un colegio, la Corte Constitucional dijo que la razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho. Por lo tanto, si bien es cierto que el Reglamento del plantel educativo es base fundamental orientadora de la disciplina del Colegio, pues sin él no sería posible mantener un nivel de organización, es cierto también que las normas allí contenidas deben ajustarse o mejor interpretarse acorde con las circunstancias particulares de los menores. Integrando el principio de proporcionalidad con el contenido del Estado social de Derecho, al examinar la violación de derechos fundamentales frente a las decisiones discrecionales de las autoridades administrativas, la Corte Constitucional señala que dentro de un Estado Social de Derecho, el contenido de toda decisión discrecional de las autoridades administrativas, de carácter general o particular, debe corresponder, en primer término a la ley, ajustarse a los fines de la norma que la autoriza, ser proporcional a los hechos que le sirven de causa o motivo y

responder a la idea de la justicia material. Tal ocasión que la razonabilidad hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad. La racionalidad, en cambio, expresa el ejercicio de la razón como regla y medidas de los actos humanos. Es, simplemente, producto de la esencia racional del ser humano, es posible afirmar que no es improbable que se presente la eventualidad de que un trato desigual racional el supuesto de hecho, el trato desigual y la finalidad sean coherentes entre sí- no sea razonable, porque la finalidad perseguida no es constitucionalmente admisible, como tampoco cabe desechar que unos supuestos de hecho distintos con una estructura razonable sea objeto de una diferenciación irracional.

El principio de proporcionalidad también ha sido examinado a la luz del derecho a la igualdad (de oportunidades), cuando unos minusválidos, por vía de tutela, reclamaron el respeto a sus derechos fundamentales: El traslado de los discapacitados a la tribuna se presenta como una medida inútil e inapropiada para brindar seguridad a todos los participantes.

Ella no reporta una mayor seguridad para nadie en particular sino que, por el contrario, aumenta los riesgos para un sector específico de los participantes, llamado precisamente a recibir un trato especial. Además de la ineptitud de la medida empleada para garantizar seguridad, tampoco se encuentra demostrado que ésta sea necesaria o indispensable. La decisión de traslado de los patentes es notoriamente desproporcionada respecto del fin buscado. El peligro claro y actual a que se somete a este grupo humano a cuyos miembros se les ofrece como alternativa el acceso por una rampa que no cumple las especificaciones técnicas de seguridad, aunado a la permanencia en un lugar donde los riesgos se ven aumentados significativamente respecto de los existentes en otro, comporta un daño eventual mayor al presunto beneficio que se pretende alcanzar en materia de seguridad. La actuación acusada configura una violación del

derecho a la igualdad de oportunidades, ya que con ellas se discrimina, sin justificación objetiva y razonable, a los peticionarios respecto de los demás espectadores cuando se les somete a mayores esfuerzos y riesgos para acceder al goce de un derecho constitucional. El principio de proporcionalidad penal, califica a esta actividad como de discrecionalidad jurídicamente vinculada, ya que el juzgador con un margen más o menos amplio de libertad recorre el marco previamente establecido por el legislador, orientado por los principios que emanan de las declaraciones expresas legales, o bien de los fines del Derecho Penal y la pena en general.

1.12 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL

1.12.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONSTITUCIONAL

En nuestra constitución en el capítulo octavo de derechos de protección del art. 6, la ley establece la proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza, el principio de proporcionalidad se considera como un principio del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, puesto que el Principio de Proporcionalidad Constitucional, responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, para ello se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos.³⁸

El principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido, en sentido amplio, como un supra concepto de un examen que incluye a los subprincipios

Constitución de la República del Ecuador sobre el Principio de Proporcionalidad Capítulo octavo art. 76 pp. 53.

Ruben Sánchez Gil pág. 20

38Cianciardo, op., nota 3, p. 31 Véase STC 11/1981, F. J. 7.

39Cfr. Bernal Pulido, op. Cit., nota 7, pag. 538

de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la Corte Constitucional. La mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado. El principio de proporcionalidad es reconocido implícitamente en las constituciones como la justicia y libertad, dignidad de las personas y derechos inviolables y arbitrariedad de los poderes públicos.

La mayoría de la doctrina cuando analiza los límites al ius puniendi el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, sólo se refiere a este principio en sentido estricto.

En la jurisprudencia, éste principio ha estado vinculado con el principio de legalidad.

El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa.

Otra variante del principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente, que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.

1.12.2. Principio de proporcionalidad Penal

Ya desde la Ilustración y la Revolución Francesa se ha reclamado que la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias.

Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.³⁰

El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena

Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 2 :1-21, 2008.

³⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, 1997, Dogmática constitucional, Editorial Universidad de Talca, p.184.

Se entiende, que la grave intromisión y afectación en los derechos fundamentales de las personas que representan las penas y medidas de seguridad, han de estar sujetas al mismo principio que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado; y que este es el principio de proporcionalidad.

Por ello, el principio de proporcionalidad obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de la tutela y la consecuencia jurídica.

Es decir que las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado. En este sentido, el establecimiento de las penas está sometida al más estricto control de necesidad y proporcionalidad.

Un Derecho Penal Democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tengan los hechos que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico.

Por ejemplo, hoy no sería admisible, conminar con pena de muerte a un ladrón callejero, o a un delincuente que comete abigeato. Dado que no existiría ninguna proporcionalidad entre la pena impuesta y el objeto tutelado por la norma penal. Por ello, todo debe estar construido y fundamentalmente la pena, de manera racional y lógica;

Por ejemplo, la lesión al bien jurídico de la vida, mediante el homicidio, deberá tener un grado de intensidad penal más fuerte que un robo, así sea agravado.

Por lo tanto, lo primero que hay que ponderar respecto al principio de proporcionalidad es: si la intervención del derecho penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico; si la materia es propia del derecho penal o ésta materia puede ser protegida por otras ramas del derecho como el derecho civil, administrativo, municipal, etc. y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado.³⁶

La función de prevención general del derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el

³⁶ Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones, cit. nota n°7, p. 65 y ss. En el mismo sentido, Garrido Montt, Mario, 2003, Derecho Penal, Parte general. Tomo II. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 198

único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito.

Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva a sus derechos por parte del Estado.

El principio de proporcionalidad penal, se encuentra expresamente recogido en nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Así tenemos algunas indicaciones de lo importante de sus articulados en el que se manifiesta que:

Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes.

No existe pena de muerte, queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción, o cualquier forma de violencia física o moral.

Está prohibida la pena de infamia, la muerte civil y el confinamiento.

La máxima sanción penal será veinte y cinco años de privación de libertad, sin derecho a indulto.

El principio de proporcionalidad guarda estrecha relación con el valor libertad, principio de dignidad y justicia, toda vez que una pena que sea inminentemente desproporcionada, irrumpiría con la libertad y dignidad de la persona, consecuentemente sería injusta.

De lo expresado se colige que estos principios estudiados como: el principio de legalidad, el principio de certeza o taxatividad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, y el principio de proporcionalidad penal, entre otros; se encuentran en la base de la construcción de un derecho penal democrático en el marco del Estado Constitucional de Derecho; de ahí que, cuando el Estado respete y plasme estos principios configurados en normas penales, podemos hablar de un derecho penal respetuoso del individuo y de su dignidad.⁴⁶

⁴⁶ Mir Puig, Santiago, "Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", cit. nota n° 38, p

CAPITULO II

“PROPORCIONALIDAD A LOS DELITOS Y PENAS”

2 .LAS PENAS DEBEN SER PROPORCIONALES A LOS DELITOS

Sería ilógico pensar, que todos los delitos deben ser castigados de la misma manera; los delitos deben ser castigados, conforme la magnitud del bien tutelado que violaron o pusieron en peligro, señalamiento que claramente realiza Beccaria en el capítulo XXIII de su tratado, al asegurar que la escala a utilizarse en el establecimiento de la magnitud de la pena a imponerse, debe estar compuesta invariablemente de los deseos e impulsos que motivaron a la persona a cometer el delito y el fin que se perseguía realmente al momento de cometer este, es decir, las penas deben ser establecidas conforme al grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida.

2.1. LA FINALIDAD DE LA PENA:

La finalidad real de las penas, debe ser el no permitir que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este "reo", para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar. "El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo".

Politoff, Sergio, 1998, "Fines de la pena y racionalidad en su imposición." *Ius et Praxis*. Año 4, N°2, pp. 1-16

Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal", en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón / coord.*, por Juan Ignacio Echano Basaldúa, Ed. Universidad de Deusto, pp. 349-366

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible, la pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso aparece como responsable de una infracción del Derecho y a causa de dicha infracción.

El Código Penal Ecuatoriano implanta un sistema que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente.

Si el sujeto es imputable se aplica la pena y, si el sujeto adolece de algún trastorno casual de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad.

Sin embargo sobre el cual es la naturaleza de la pena o porque o para que se impone es cuestión de amplios debates que se han dado a través de la historia del derecho penal, desbordando incluso los límites jurídicos, para convertirse en un tema de interés general para otras ciencias.

La sanción nace debido a que, las relaciones entre los miembros de la sociedad no siempre son pacíficas, en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural.

Es necesaria la intervención de un orden jurídico violento como lo es el Derecho Penal que luego de haber señalado como delitos ciertas conductas proscritas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medida de seguridad. No es otra cosa que un medio de control social que emplea la violencia sometida a ciertas normas jurídicas y constitucionales.

Todo sistema social incluso toda relación humana, necesita los instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros, todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social.

En este contexto aparece la sanción como medio de control que es aplicado a los que atentan los intereses establecidos por la sociedad o el orden social.

El Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal, torturas, azotes, mutilaciones, o las penas inhumanas como la de la picota, el rollo del sentenciado, y ha reemplazado este tipo de penas, por la vibración de la libertad como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas.

En el Derecho Penal moderno, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el estado es el único que utiliza las penas como un medio de control social legítimo. Es un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal. La pena es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social.

Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona, en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre su libertad, pero esto solo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada comportamiento del individuo.

2.1.1. La tortura, el tormento debe abolirse

Con relación a tan delicado tema, Beccaria manifiesta que el tormento es una de las peores prácticas que se puede realizar, dentro del sistema de justicia, pues carece de todo valor probatorio. Si un ser humano es sometido a una serie de torturas

descomunales, seguramente terminara diciendo lo que su verdugo espera que diga, razón por la que este método retrograda, no tiene ningún motivo que justifique su existencia dentro de la procuración de justicia. Una extraña consecuencia, que necesariamente se sigue del uso de la tortura, es que al inocente se lo pone en peor

condición que al reo; pues si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder, ya que, o confiesa el delito y se lo condena, o si se lo declara inocente, y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el culpable tiene una posibilidad a su favor, toda vez que si resiste con firmeza la tortura, debe ser absuelto como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor en otra menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder, y el culpable puede ganar.

2.1.2. Prontitud de las Penas

Cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. Es necesario fijar plazos breves pero suficientes para la presentación de las pruebas en defensa del reo y para la aplicación de la pena. Beccaria justifica este principio en que: la pena no es otra cosa que la consecuencia del delito y aplazar su aplicación, no representa otra cosa que la separación cada vez más errónea de estos dos conceptos, íntimamente ligados, tanto en la teoría como en la práctica. El acusado de ser sentenciado con una tardía innecesaria, entraría en una etapa de tortura psicológica, al estar inmerso en la incertidumbre sobre la pena a la que se hará acreedor, a lo que se suma la necesidad de no dar tiempo a que el inculcado o alguna persona que este en confabulación, pueda modificar o destruir los elementos que servirán para decretarle la culpabilidad.

2.1.3. La crueldad de las penas es inútil

En el capítulo XV se hace referencia a la suavidad de las penas y sostiene que la pena debe ser proporcional al delito y debe desterrarse de ella, cualquier rastro de atrocidad, ya que de lo contrario, este hecho representa en primer lugar para el posible infractor, un estimulante que lo invita a desafiarla, obviamente con miras a jamás tener que probar su eficacia y en segundo una especie de escuela del delito, donde el legislador guía al delincuente, mostrándole todas las puertas que existen para violentar el estado de derecho. "Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente la vigilancia de los magistrados y la severidad del juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud, deben ir acompañada de una legislación suave.

2.1.4. La pena de muerte no es útil ni necesaria

Quien se mueva en la temática de que la pena ejemplar es la mejor solución en la prevención del delito, dirá que la pena de muerte es lo necesariamente justa, al tener que el homicida, de algún modo, hacer la reparación del daño, con la privación de su derecho a vivir, pero la realidad, es que la imposición de una pena de tal magnitud, en nada garantiza el fin de estos delitos. Beccaria señala: "no es la intensidad de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo del hombre, sino la duración; pues nuestra sensibilidad se mueve más fácil permanentemente por mínimas, pero reiteradas impresiones, que por un impulso fuerte, pero pasajero... No es el terrible pero pasajero espectáculo de la muerte de un criminal, sino el largo y continuado ejemplo de un hombre privado de libertad, que convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad que ofendió, lo que constituye el freno más poderoso contra los delitos".

Como lo señala el autor, la pena de muerte representa dos cosas: primero una lucha de todo un pueblo en contra de un individuo y segundo la incapacidad de un sistema jurídico, que no encuentra otra solución mejor a esta situación. Cabe preguntarse, quién es lo suficientemente infalible como para dictaminar una sentencia que quite la vida a

una persona. Qué ser humano tiene cualidades similares a las de una divinidad. La pena de muerte se enfrenta a un gran dilema y es: qué sucede en caso de que luego de que es ejecutada, se pruebe que la persona condenada a muerte era inocente. La vida de esa persona inocente no puede devolverse.

2.1.5. Las penas deben ser las mismas para todos los ciudadanos

Una ley es justa cuando todos los súbditos, al igual que el soberano, están sujetos al cumplimiento de la misma y no de manera contraria como algunos aseguran, al señalar

Rossi Masella, Blas (1961). Historia del Derecho Tomo III. Montevideo. Editorial "El Derecho".

Beccaria, Cesare (1990). De los delitos y de las penas. Bogotá. Editorial Temis

lo justo de la pena, radica en el grado de afectación que representa para el reo.

2.2. LA EDUCACIÓN ES EL MEDIO MÁS EFICAZ PARA PREVENIR EL DELITO

Quien se preocupe por la excelsa educación de sus gobernados, recibiera a cambio además de una sociedad libre del analfabetismo, una sociedad respetuosa de las leyes, capaz de generar sus propias fuentes de riqueza y por tanto, ocupada en la forma de avanzar cada vez más y no en la forma de cometer delitos, sin tener que ser sancionado por estas acciones. Los postulados de Beccaria fueron un gran avance en materia humanitaria y fijaron principios basados en el razonamiento científico que fueron recogidos por la mayor parte de las legislaciones posteriores.

2.3. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL.

En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena como en el de su aplicación judicial.¹⁵

Cabe precisar que el principio de proporcionalidad se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del ius puniendi.

Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal. Pero a pesar de ello, sin dejar de advertir que en el contenido del principio en

¹⁵ Así en Quintero Olivares, Gonzalo, 1982, "Acto, resultado y proporcionalidad". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXXV, Fase. II, Mayo- Agosto, pp. 381-408.

¹⁶ Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena: Etcheberry, Alfredo, 1997, *Derecho penal*, Parte general. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial jurídica de Chile, p. 35

estudio se entrecruzan consideraciones empíricas con criterios eminentemente valorativos, se concuerda con que la idea de proporcionalidad se inspira en consideraciones político criminales más que en determinadas líneas de pensamiento filosófico ya que, al surgir desde las bases constitucionales, el principio en examen se erige en una de las directrices que el Estado debe observar al momento de criminalizar y castigar conductas.¹⁸

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena.¹⁹

Para ilustrar esto, y sólo a modo de ejemplo, vale decir que dicho principio exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, etc. Pero también se invoca para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los infractores adolescentes en relación con el que corresponde a los sujetos adultos.

El principio de igualdad trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal.²⁰

No se trata, de destacar la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito, operatividad que puede observarse nítidamente en el ámbito del análisis del injusto típico o en el de la valoración de la antijuricidad material del comportamiento, sino de plantear el problema de su aplicación en un ámbito donde aún los criterios de actuación son difusos y escasamente precisados por la doctrina y la jurisprudencia.²²

¹⁷ De La Mata Barranco, Norberto J, 2007, El principio de proporcionalidad penal, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1-331, p. 89.

¹⁸ Prittwitz, El Derecho penal alemán, cit. nota n° 7, p.439.

¹⁹ Silva Sanchez, Jesús María, 2007, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo." En *Indret, Revista para el Análisis del Derecho* N°2, En: <http://www.indret.com>, [visitado el 06/03/08] p.1-15.

²⁰ Quintero Olivares, "Acto, resultado y proporcionalidad", cit. nota n°15, p. 384.

²¹ De La Mata, El principio de proporcionalidad penal, cit. nota n°17, p. 131 y ss.

²² De La Mata, El principio de proporcionalidad penal, cit. nota n°17, p. 133

2.4. CONSIDERACIONES ACERCA DE SU CONCRETIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Frente a la constante tensión entre arbitrio judicial y tasación legal en el proceso de individualización de la pena, y a la ausencia de una sólida teoría que la oriente, nace la necesidad de depurar los criterios que sean idóneos para recoger aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, desde un enfoque eminentemente retrospectivo.¹ Aquí el principio de proporcionalidad tiene un fértil terreno para desplegarse, y su incipiente autonomía le otorga la virtualidad de dar concreción a las finalidades retributivas de la norma penal, y de esa forma constituirse en unas de las más relevantes directrices de racionalización en el ejercicio del ius puniendi.²

Nuestra reflexión sobre la idea de castigo difícilmente puede dejar de advertir que en su seno las ideas de venganza y aflicción vienen dadas como inmanentes.³

Esta es una de las razones por la cual, aun hoy, la institución de la pena pública se sigue explicando convincentemente con aquellas teorías que mantienen, en mayor o menor grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena.⁴

Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia.⁵

¹ Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la moral*. Versión disponible en internet:

[http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía de la moral \(completo\).pdf](http://www.pensament.com/filoxarxa/filoxarxa/pdf/Nietzsche,Friedrich-Genealogía de la moral (completo).pdf), [visitado el 05/03/08]; Matus, Jean Pierre, 2007, "Recensión: Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft (ZStW), Tomo 119 (2007), fascículos 1 y 2." *Polit. Crim.* n°4, R3, p. 1-5.

² Novoa Monreal, Eduardo, Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Tercera Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 272.

³ Von Hirsch, Andrew, 1993, *Censurar y castigar*. Traducción de Larrauri, Elena. Madrid: Editorial Trotta, pp. 179, p. 31.

⁴ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, 1995, *La retribución penal*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda. pp. 64, p.l.

⁵ Jimenez de Asúa. Luis, 1950, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, p. 244.

De este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como el alma de la pena. Estas consideraciones vienen adquiriendo ropajes jurídicos con antecedentes religiosos que proyectando una noción de equitativa retribución por el delito cometido vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada.

Háyase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius puniendi.⁶

Estas someras consideraciones de carácter preliminar, vale señalar que actualmente, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales.⁷

De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado.⁸

Por otro lado, al invocar la prevención especial y el examen de la futura peligrosidad del individuo, el fundamento de la pena o de las medidas de seguridad sufre una inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria de la norma erosionando el principio de

⁶ Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, 2005, Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Buenos Aires Argentina: Ediar, p. 73.

⁷ En sentido crítico entre nosotros observan este fenómeno Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. 2006, Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 52 y 53

⁸ En realidad donde más se ha discutido la idea de proporcionalidad es en el ámbito de las medidas de seguridad. Silva Sánchez, Aproximación, cit. nota n°7, p. 260.

⁹ El fenómeno de la actual inclinación del sistema penal hacia criterios de peligrosidad puede examinarse en: Silva Sánchez, Jesús-María, 2001

culpabilidad por el hecho, para alcanzar incluso la concretización de la mera inocuidad de la persona que va a ser castigada.⁹

Hayan constatado una nueva huida al retribucionismo como único modo de soslayar la excesiva intervención del Derecho Penal, ya que finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido.¹⁰

Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho. Se pretende con estos planteamientos que la dignidad del ser humano se vea así reforzadamente protegida a través de la observancia del imperativo, no instrumentalización humana.¹³

Frente a este panorama y sin soslayar la consideración al desarrollo y evolución de los variados constructos doctrinales acerca de la naturaleza, sentido y fin de la pena, y que ya han sido ampliamente expuestos por la doctrina en adelante, se examinará el principio de proporcionalidad en uno de aquellos ámbitos donde puede tener un mayor rendimiento, como lo es en el proceso de individualización judicial de la pena, excluyendo de este trabajo, algunas otras cuestiones interesantes que sólo a modo de ejemplo podría invocarse el de su operatividad en el ámbito de las medidas de seguridad.

¹⁰ Novoa Monreal, Curso de Derecho Penal, cit. nota n° 2, p. 272; quien además se encarga de contrarrestar las críticas dirigidas al carácter talional de la retribución, en el sentido de invocar una "equivalencia puramente jurídica".

¹¹ Mir Puig, Santiago, 2005, Derecho Penal Parte General, Barcelona: 7ma Ed. Editorial Reppertor, p. 87 y ss.

¹² Choclán Montalvo, José Antonio, 1997, Individualización judicial de la pena. Madrid: Editorial Colex, p. 59.

¹³ Sólo a modo de ejemplo: Silva Sánchez, Aproximación, cit. nota n° 7, p.179 y ss.

En general, se tratará en lo sucesivo el problema de la virtualidad del principio en examen para acoger en su seno criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático, al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal. Específicamente, y luego de hacer un esbozo de su significado y alcance, se abordará el problema de su consagración constitucional, así como la relación con el principio de culpabilidad, y las posibilidades de su concreción en el ámbito de la individualización y aplicación de las penas en el ordenamiento jurídico.¹⁴

La imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales.

Pero en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental. Puede ocurrir que el límite no se plasme únicamente en la negación de la garantía fundamental a una determinada conducta (por ejemplo, el insulto no está garantizado por la libertad de expresión) y que requiera ser concretado en su alcance y los medios específicos de su aplicación al derecho, la autorización judicial de una entrada y registro domiciliario o la práctica de una prueba consistente en una intervención corporal como arrancar un cabello o tomar una muestra de saliva o de sangre.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad porque es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco.

¹⁴ Sobre la idea de sistematicidad en el sistema jurídico penal entendida como una cualidad en cuyo presupuesto descansan ciertas "condiciones de racionalidad" véase Hruschka, Joachim, 2003, "Imputación y Derecho penal. ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal?" En: Estudios sobre la teoría de la imputación. Edición a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi. pp. 251 y ss, p. 259.

A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función (negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho) sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. La finalidad última del principio de proporcionalidades, obviamente, evitar que el Poder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.

La exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

2.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL, Y LEY PENAL.

Hay que abordar la problemática del control de constitucionalidad de las leyes penales desde sus principales enfoques jurídicos:

La Teoría del Derecho, la Teoría de los Derechos Fundamentales y el Derecho Penal. A mayor abundamiento, podemos estructurarla en tres partes: la primera de ellas pone de manifiesto la consolidación del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa de control constitucional de las leyes; la segunda aborda el tratamiento otorgado a dicho principio por la doctrina penal; y la tercera, desarrolla la aplicación del juicio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, en el control de constitucionalidad de las leyes penales desde la perspectiva de “prohibición de exceso”.

Hay que tomar las herramientas suministradas por la teoría de los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación jurídica de para desarrollar su propuesta

de modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales, que se articula en torno a tres elementos: una teoría acerca de la estructura normativa de los derechos fundamentales asentada en mandatos de optimización; una teoría amplia acerca del contenido protegido por tales derechos y otra externa acerca de sus límites; y finalmente, el desarrollo de una estructura argumentativa a través del principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, destinado a establecer el contenido definitivo protegido por los derechos fundamentales. Se debe tomar como referencia, la utilización del principio de proporcionalidad como herramienta argumentativa en el control de constitucionalidad de las leyes penales: a partir de una concepción de la Constitución como un orden marco o abierto, el juicio de proporcionalidad resulta un mecanismo idóneo para hacer frente a la tensión entre democracia y derecho que subyace de los estados constitucionales. En este sentido, se debe destacar el tremendo esfuerzo que se realiza para establecer unos criterios de diferenciación entre la validez, la pertenencia a un mundo constitucionalmente posible y la legitimación externa de la ley penal, criterios que deben servir como presupuestos a los límites del juicio de constitucionalidad.

El principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, ofrece una estructura argumentativa allí donde existen varias alternativas de interpretación, mediante un procedimiento que permite tomar todos los argumentos materiales a favor y en contra de la norma adscrita, que servirá como premisa mayor del juicio de constitucionalidad.¹¹²

Tomando un concepto amplio del principio de proporcionalidad y de mínima intervención penal, hay que articular su aplicación en el juicio de constitucionalidad en cinco etapas: Las dos primeras a una disposición de derecho fundamental y examen de

Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 23, año 2009, págs. 1-10

¹¹²Por todos, De la Mata Barranco (2007) 157;115 Lascuraín (1998) 167;116 STC de España 55 /1996, de 28 de marzo;117 Bernal Pulido (2005) 748;118 En el mismo sentido, Lascuraín (1998) 167;119 Lascuraín (1998) 168;Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 23, año 2009, págs. 1-10

la legitimidad del fin perseguido por la actividad legislativa que permiten entablar la colisión entre razones normativas en contra y a favor de la norma enjuiciada; y las tres fases restantes constituyen la aplicación del principio de proporcionalidad propiamente como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ponemos de manifiesto que el principio de proporcionalidad permite el establecimiento de distintos grados de intensidad en el control de constitucionalidad.

Justamente, en los casos de control intenso la competencia del legislador decrece y, en consecuencia, se amplía la competencia revisora del Tribunal Constitucional, o la Corte Constitucional. Este tipo de control encuentra su natural ámbito de aplicación en el Derecho Penal, puesto que supone la intervención estatal más intensa en los derechos fundamentales y donde menos seguras son las premisas empíricas que avalan su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad.

Otro aspecto que debemos destacar es la función sistematizadora del principio de proporcionalidad (en sentido amplio) de los principales límites materiales al poder punitivo desde hace tiempo forjado por la cultura jurídica penal. Así, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se encuadra dentro de las razones normativas en contra o favor de una intervención penal legislativa, el principio de lesividad de la conducta en el sub principio de idoneidad, y el principio de intervención mínima en el sub principio de necesidad.

No obstante, esta concepción del principio de proporcionalidad suscita roces con el legislador. Así, la inclusión del principio de correspondencia con la realidad en el juicio de constitucionalidad a través del sub principio idoneidad supone una de las propuestas más problemáticas de la presente reflexión: el juicio de idoneidad debe abordar, entre otras cuestiones, el espinoso problema de la eficacia del Derecho Penal para cumplir su finalidad preventiva. Ahora bien, a pesar de la tensión que produce la inclusión de elementos fácticos en el juicio de constitucionalidad, una concepción material y

garantista de la constitución reclama un criterio de interpretación que exija un mayor grado de certeza a las premisas que sustentan la medida legislativa cuanto más intensa es la intervención en derechos fundamentales.

Quizá una nueva perspectiva que podría añadirse es el estudio del control de constitucionalidad desde los presupuestos de las teorías negativas de la pena. Así, la Corte Constitucional, formaría parte de aquellas agencias judiciales que no tendrían como finalidad validar unos fines que en buena medida son desconocidos y los conocidos son altamente complejos y mutables y a veces delictivos. Desde esta concepción de los fines de la pena, las leyes penales constituyen una vulneración a los derechos fundamentales que no repara, ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.

El control de constitucionalidad de las leyes penales no tendría por tarea verificar la constitucionalidad del poder punitivo sino directamente limitar y contenerlo. De esta manera, lo que se exige a la Corte Constitucional a través de sus fallos es ampliar su poder decisorio dentro de lo constitucionalmente posible, y en especial, respecto de los límites y principios penales materiales. El contrato que justifica la sanción penal es hipotético sólo hipotéticamente autoriza a castigar. El castigo está justificado moralmente si y sólo si se cumplen los principios que definen un orden justo, si el orden es injusto, y especialmente para aquellas personas que más injustamente son tratadas por ese orden, entonces no está justificado el castigo.

¹¹²Por todos, De la Mata Barranco (2007) 157;115 Lascuráin (1998) 167;116 STC de España 55 /1996, de 28 de marzo;117 Bernal Pulido (2005) 748;118 En el mismo sentido, Lascuráin (1998) 167;119 Lascuráin (1998) 168;Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 23, año 2009, págs. 1

2.6. LA CARACTERIZACIÓN COMO PRINCIPIO PENAL DE LA IDEA DE PROPORCIONALIDAD

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculado a las reglas dogmáticas de imputación, sino también una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena esto es, en principios político criminales. Como de ejemplo, vale decir que dicho principio exige que la actuación dolosa se califique como más grave que la imprudente, que la reacción penal a la tentativa sea de menor entidad que la aplicada a la consumación, etc.

Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena quien invoca el balance de valores que debe tener en cuenta el legislador en el momento de la conminación penal, para que se pueda cumplir eficazmente dicha finalidad.

Lo que se pone en dicha balanza es por un lado, el aprecio que siente el legislador por los valores que quiere proteger, y por el otro, el aprecio que el eventual delincuente siente por los bienes de los cuales se le amenaza con privarlo.

Dicho balance, debe operar a favor del individuo en obediencia al ideal jurídico es que la pena llene en el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo de mal para el delincuente. Solamente así se logra un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana.

La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. Para argumentar el distinto tratamiento penal dirigido a los infractores adolescentes en relación con el que corresponde a los sujetos adultos.

En fin, sin tener el mismo contenido del principio de igualdad se trata de aplicar desigualmente un tratamiento a lo desigual en el marco de una valoración material y político criminal.

En fin, no se trata aquí, de destacar la funcionalidad del principio de proporcionalidad en el análisis del delito, operatividad que puede observarse nítidamente en el ámbito del análisis del injusto típico o en el de la valoración de la antijuricidad material del comportamiento, cuestión que excede la pretensión de este breve trabajo, sino de plantear el problema de su aplicación en un ámbito donde aún los criterios de actuación son difusos y escasamente precisados por la doctrina y la jurisprudencia.

2.7- LA UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad sirve en un conflicto entre normas constitucionales, una que exige o promueve la concreta intervención legislativa en los derechos fundamentales y otra que la prohíbe, para definir en el caso concreto las fronteras de sus respectivos ámbitos de aplicación y establecer si su sentido normativo se extiende o no a él. Precisa el significado de las disposiciones constitucionales a las que se adscriben ambas normas, es decir a la interpretación de aquéllas.

La interpretación constitucional traduce el significado indeterminado de las disposiciones legales a un enunciado aplicable de manera precisa a los hechos que se califica jurídicamente con ellas, constituye una reformulación del lenguaje del texto original a una expresión nueva, no idéntica sino variablemente análoga a aquél.

La interpretación es un medio normalmente eficiente para eliminar contradicciones en el ordenamiento jurídico, que opera dando a alguna de las reglas participantes en ella, un significado restringido que la hace inaplicable al caso y vuelve a su contendiente una *lex specialis*.

En los conflictos normativos constitucionales, la solución no es tan sencilla; en ellos no existe realmente duda de la intención semántica de las disposiciones legales, pues existen argumentos que apoyan tanto a una norma como a la otra y pueden ser muy buenos para ambos lados, sin haber uno contundente que decida el dilema a un simple nivel lingüístico semántico; tiene que establecerse cuál de las determinaciones

constitucionales tiene el mayor peso en el caso concreto a resolver, lo que sólo puede hacerse con referencia a las circunstancias fácticas en las que operaría.

La interpretación de las disposiciones constitucionales a través de criterios y directivas tradicionales, resulta insuficiente para solucionar la colisión y a lo mucho pondrán de manifiesto su existencia, por lo que se requiere acudir a argumentos diferentes a ellos, relacionados con las características de los hechos del litigio y derivados del examen de la proporcionalidad de la medida legislativa que interviene derechos fundamentales.

Sin embargo, no podríamos decir que el procedimiento interpretativo se consumó antes de recurrirse a los últimos argumentos, pues ya no se le tiene como una actividad llevada a cabo en un mero plano lingüístico, que busca el significado del texto aisladamente considerado; bajo un moderno enfoque hermenéutico.

La interpretación constitucional es un proceso complejo, caracterizado como una espiral ascendente en diversos niveles, en el que intervienen diversos elementos como la perspectiva del intérprete, el lenguaje del texto y la realidad a que se refiere. El principio de proporcionalidad interviene en la interpretación constitucional como un elemento que, a un nivel más elevado de la espiral interpretativa que el de la exégesis textual, sostiene más o menos complejamente la argumentación que fundamenta la premisa mayor del silogismo de adjudicación constitucional.

El examen, los subprincipios integrantes de la proporcionalidad, sirven para formular una regla precisa, cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse condicionadamente aplicar las consecuencias jurídicas de una de las normas colidentes, para que ésta rija el caso en cuestión; tal es la ley de colisión alexiana.

La regla preferida para superar a la otra en las condiciones de que se trate, será la *lex specialis* del caso.

La idea de proporcionalidad no es inédita en el Derecho de otros países y tanto el legislador como la jurisprudencia se han acercado a ella, aunque con una idea muy vaga sobre sus implicaciones como criterio de “razonabilidad” de las decisiones jurídicas.

En los últimos años se ha visto un claro uso del principio de proporcionalidad, aplicable en especial para resolver conflictos normativos constitucionales y, sobre todo, calificar la licitud del grado en que una medida legislativa interviene en los derechos fundamentales.

En cuanto a lo que tiene que ver con sus subprincipios de proporcionalidad, se ha usado la idea de proporcionalidad como instrumento para calificar la constitucionalidad de restricciones al derecho de acceso a la justicia, tomándose en cuenta la naturaleza de la relación jurídica de los derechos que se pretenden proteger judicialmente y el contexto constitucional en que se imponga alguna condición para acceder a los tribunales.

El principio de proporcionalidad como criterio para examinar la constitucionalidad de las penas, en tanto tenga una relación adecuada con la falta de la que derive y corresponda a los fines que persigue.

La proporcionalidad de una sanción no es de orden cuantitativo la duración de la privación de la libertad para la especie de la que se habló en él sino cualitativo, tomando en cuenta el riesgo social y la necesidad de preservar el orden jurídico, este criterio debe afinarse por la posibilidad de que el legislador establezca la pena de prisión con una duración que no sea acorde con la gravedad de la conducta delictiva, excediendo desproporcionalmente al hecho delictivo que sancione con ella.

El principio de proporcionalidad o prohibición del exceso propio de un Estado democrático de derecho, el poder legislativo sólo debe usarse cuando sea absolutamente necesario, mínima y proporcionalmente a la gravedad del hecho lo que la Corte señala

como principio de razonabilidad de la ley penal, a fin de salvaguardar aquellos bienes más estimados socialmente e impedir el abuso mayoritario de la potestad penal.

El examen de proporcionalidad de medidas legislativas ha dado ocasión de que se acuse a la jurisdicción constitucional de usurpar funciones legislativas, porque supuestamente decidir a órganos democráticamente electos. En realidad, con el principio de proporcionalidad los jueces no hacen más que aplicar un parámetro constitucional que sirve de límite al legislador, constatando si éste dio o no la máxima eficacia posible a los derechos fundamentales y, por lo tanto, actúa dentro de su competencia natural para resolver la controversia al respecto.

Pero quizá más importante sea la actitud judicial ante el examen de proporcionalidad.

El control jurisdiccional de la constitucionalidad, desplegado en especial contra el legislador, en un principio sólo requería de los tribunales constatar la existencia de una evidente violación de la ley fundamental, dada la gran fuerza otorgada a la presunción de inconstitucionalidad; pero esta timidez no tiene cabida.

La complejidad de la vida social actual y su necesaria regulación legislativa, requiere a las normas generales ser cada vez más complejas, de modo que pueden afectar a los derechos fundamentales u otros principios constitucionales, de una manera sutil e imperceptible a simple vista. Ello exige de los jueces constitucionales “un papel más activo” en la protección de los derechos fundamentales y a no esperar una “notoria” violación constitucional que factible pero improbablemente se daría para ejercer el control a su cargo y no pecar por defecto en ello.

El principio de proporcionalidad cumple una función indispensable en estos tiempos, para garantizar el postulado constitucionalista de limitación del poder público.

Sencillamente, es un procedimiento que los jueces constitucionales deben ejercer para garantizar a los ciudadanos el máximo goce de sus derechos fundamentales y evitar su arbitraria vulneración por el legislador quien, como cualquier otro órgano constituido, no puede estar por encima de la Constitución ni tener poderes ilimitados de los que abuse caprichosamente.

2.8.-DELIMITACIÓN RESPECTO DE PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD PENAL Y CONCEPTOS PRÓXIMOS

Se ha consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales en especial, de la proclamación constitucional del Estado y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas. El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales.

La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza incluso en las sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado del valor justicia del principio del Estado de Derecho del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona , se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.

Del principio de proporcionalidad se infiere inmediatamente que, tanto la regulación legal como la práctica de las mismas ha de limitarse a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.

El verdadero problema radica no en la razón instrumental que afirma la idoneidad o necesidad de un determinado medio, sino en el sometimiento a examen de los fines y la determinación de cómo estos se determinan.

El principio de necesidad y de intervención mínima, obligan a que dado que la sanción es un mal como lo es el proceso, debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable.

Consecuencia de ello es el principio de proporcionalidad la medida de sanción necesaria depende de la importancia relativa del bien jurídico afectado y de la gravedad del tipo.

de atentado cometido en contra de ese bien jurídico más grave es un delito consumado que una tentativa de delito; más grave es cometer el delito con intención, que hacerlo sólo mediante imprudencia

Este principio no se limita a ejercer influencia en el injusto sino que también contribuye a la configuración de la idea compleja de culpabilidad.

El principio de proporcionalidad tiene un rol importante en las medidas de seguridad, y en el hecho de ser una prohibición de exceso en el ámbito cuantitativo de penas determinadas, no ofrece elementos limitadores.

El principio de proporcionalidad se deriva consecuentemente del carácter retributivo de la pena, pero a causa de la transformación que ha sufrido la pena recientemente, el principio tiene, por lo menos, dos importantes excepciones en diversos sistemas.

En primer lugar, se refiere al aumento punitivo en caso de reincidencia, ya que aquello no se deriva de la gravedad del delito sino de la particular capacidad delictiva demostrada por el sujeto, y en segundo lugar, en la obligación del juez de considerar, en la aplicación de la pena, no sólo a la gravedad del delito sino también la criminalidad virtual del sujeto.

El principio de proporcionalidad penal, califica a esta actividad como de discrecionalidad jurídicamente vinculada, ya que el juzgador con un margen más o menos amplio de libertad recorre el marco previamente establecido por el legislador, orientado por los principios que emanan de las declaraciones expresas legales, o bien de los fines del Derecho Penal y la pena en general.²²

22 El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional 157_22 - Núm. 17 - Chía, Colombia - Diciembre 2008

Rubén Sánchez Gil; editorial: Raúl Márquez Romero; Edición: Claudia Araceli González Pérez; Biblioteca Jurídica Virtual: Margarita García Castillo; Primera edición: 2007

CAPITULO III

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN COMPARACION CON OTROS AMBITOS Y TEORIAS DE APLICACIÓN DE PENAS”

El principio de Proporcionalidad frente a los Principios de Igualdad, Culpabilidad y Legalidad

3.1 SU APLICACIÓN EN RELACION CON LA IGUALDAD

De manera particular, ha sido muy frecuente la utilización de este principio en orden al derecho a la igualdad.

Se considera como doctrina que en las primeras sentencias la igualdad es violada si está desprovista de una justificación objetiva y razonable, justificación que ha de apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada exigiendo la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

De la jurisprudencia en esta materia se deduce que el tribunal constitucional acude al criterio de la razonabilidad, que implica que la diferenciación persiga un fin constitucionalmente admisible, así como que exista una adecuación entre la medida y el fin que la medida persigue.

Junto a la razonabilidad el tribunal exige que la diferencia sea proporcionada en su sentido estricto, esto es, que la medida enjuiciada sea resultado de una adecuada ponderación de los derechos afectados y de las circunstancias concurrentes que justifican el trato desigual. Se utiliza el concepto de proporcionalidad en un sentido

impreciso, equiparándolo en ocasiones a alguno de los tres elementos que conforman el principio, y desde la formulación muy distante a su construcción en derecho extranjero que exige el sucesivo análisis de la concurrencia de cada uno de los principios o manifestaciones de este concepto.

El principio de igualdad y proporcionalidad, exigen que al momento de la configuración normativa el legislador realice un test que implica la verificación de tres elementos:

a) La tipificación debe ser idónea para alcanzar un fin constitucionalmente válido y debe conformarse con ese fin (principio de razonabilidad);

b) la igualdad y proporcionalidad se deben medir en función de su necesidad, siendo la tipificación de conductas punibles la ultima ratio de la política criminal estatal, pues sólo será legítimo recurrir a ello cuando se haya descartado la posibilidad de obtener de otra manera el fin legítimo perseguido con la incriminación de la conducta; y

c) el recurso a la incriminación de conductas punibles está limitado a la gravedad y lesividad social de lo que se desea reprimir legalmente (proporcionalidad en sentido estricto), vinculándose por ello con el principio de protección de bienes jurídicos.

La norma atacada desconoce el principio de necesidad de intervención o de ultima ratio, en tanto el Derecho Penal existe únicamente para proteger y tutelar los derechos, libertades y deberes que sean imprescindibles para el mantenimiento o conservación del orden jurídico, de aquellos ataques que se consideren como los más intolerables.

No se cumple con el test de igualdad o proporcionalidad, pues dicha proporcionalidad en sentido estricto se ve desconocida al tipificarse una conducta que no lesiona ni pone en peligro el bien jurídicamente tutelado: la libertad y formación sexuales, que abarca el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual, en fin, toda persona que este privada de libertad, sea este hombre o mujer, debe haber una igualdad al momento de

imponer sentencia, de acuerdo al delito cometido. Es así que en el conjunto de diferencias sociales entre los sexos que son mujeres y hombres, partiendo de los roles, creencias y valores que a cada uno de los sexos se les asignan culturalmente diferenciados entre sí, mujeres y hombres independientemente de sus diferencias biológicas, tienen derecho a acceder con justicia e igualdad al uso, control y beneficio de los mismos bienes y servicios de la sociedad, así como a la toma de decisiones en los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

Es la aceptación de las diferencias entre hombres y mujeres, y la aceptación también de derechos, buscando el ideal de un equilibrio en el que ninguno de ambos sexos se beneficie de manera injusta en perjuicio del otro. Debe haber equidad de género que debe estar muy presente en la humanidad desde los inicios de la vida social, económica y política.

3.1.2 SU APLICACIÓN EN RELACION CON EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Como pilar básico del Derecho Penal moderno, señala que este elemento limita el ejercicio de la facultad de castigar en cuanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad.

La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.

La culpabilidad mira la personalidad o actitud del agente y no al hecho concreto, entonces no se podrá configurar una pena que prevenga futuros delitos, pues una pena sin culpabilidad representa un atentado contra la dignidad humana, ya que implica una manipulación o mediatización del individuo en aras de intereses generales, por lo cual afirma que en el caso de la norma reprochada el legislador recurre aquellos

tipos o penas que infringen el postulado de la prohibición de exceso sobre el cual descansa el Estado de Derecho, deviniendo en penas inhumanas, degradantes, de todos modos desconocedoras del principio de dignidad humana.

Un argumento que pretende justificar la tipificación del delito es el de inducción a la prostitución, referente a que la prostitución suele estar unida a la marginación y a la pobreza, de modo que, cuando es aparentemente libre, el consentimiento puede hallarse viciado.

Tal afirmación también vulneraría el principio de culpabilidad, pues haría responder al proxeneta del ambiente de pobreza y marginación que es ajeno a él, desconociendo el postulado de responsabilidad personal, inherente a la culpabilidad o juicio de reproche. Entonces es necesario, trazar una línea divisoria entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

Al analizar el concepto de culpabilidad como pilar básico del Derecho penal moderno, señala que este elemento limita el ejercicio de la facultad de castigar en cuanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad.

Pueden diferenciarse claramente en el momento de conminación legal, cuando adviene el momento de aplicación e individualización de la pena en el caso concreto ambos conceptos sufren una cierta difuminación y se diluyen entre sí, porque naturalmente el juez en este momento atiende no sólo a la gravedad del hecho sino que también observa la culpabilidad concreta del autor.

El principio de culpabilidad se refiere a la atribuibilidad del hecho mientras que la proporcionalidad afecta más bien al injusto. Así, los problemas de inadecuación entre la gravedad del hecho y el quantum de la pena no se circunscriben a la esfera de la culpabilidad sino más bien a la de antijuricidad de la conducta.

Esto porque la culpabilidad no proporcionaría los elementos de análisis necesarios para dar luz acerca de la gravedad del hecho cometido ya que dicho principio no es más que

un conjunto de condiciones que posibilitan la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor.

Además, el principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad entre crimen y castigo, aunque algunos incluyen la proporcionalidad como uno de los aspectos de la culpabilidad.

Tampoco puede pretenderse la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad.

La crítica, señalando que si bien el principio de proporcionalidad puede limitar la magnitud de la pena, a partir del mismo no se puede fundamentar la punibilidad, y es por este motivo por el que ya se encuentra muy por debajo del principio de culpabilidad. El problema radica en que las dosis de injusto y de culpabilidad no coinciden siempre, su operatividad en el sistema tiene lugar en planos distintos.

Una conducta de extrema gravedad puede estar acompañada de una escasa o nula culpabilidad.

El principio de proporcionalidad como ejemplo, en un caso que mata a su hijo en un estado de plena inimputabilidad y viceversa, como el de un sujeto de situación favorable socio económicamente, y plenamente motivable por la norma, que comete un inicuo hurto falta para dar de alimento a sus hijos.

De todos modos, el juez siempre debe examinar previamente la gravedad del injusto antes de entrar a valorar en qué medida aquello es atribuible al autor, en tanto en cuanto la culpabilidad es una categoría cuya función es amparar en su seno aquellos elementos del delito que refieren a su autor y que no pertenecen ni al tipo ni a la antijuricidad, pero que también son necesarios para el merecimiento de la pena.

A mayor abundamiento, en la relación con el principio de culpabilidad, hay que señalar que con el principio de proporcionalidad se entrecruzan las exigencias vinculadas a las ideas de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales. De este modo, y desde el punto de vista retributivo, nace la necesidad de que la pena sea no inferior a la exigida por la idea de justicia y que su imposición no se traduzca en una pena más grave a la requerida por la gravedad del delito.

Aquí debe destacarse el sentido de que la proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva.

Aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvanece.

La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan.

Se señala que la proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general.

Resulta que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada con las consideraciones sobre el fin y función de la pena.

Generalmente se acepta que no es posible determinar la medida de la pena si esta no está orientada a un fin. La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma.

La racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo.

Pero a causa de la transformación que ha experimentado la pena recientemente, señala que el principio en comento tiene, por lo menos, dos importantes excepciones en el sistema jurídico.

En primer lugar, se refiere al aumento punitivo en caso de reincidencia, ya que aquello no se deriva de la gravedad del delito sino de la particular capacidad delictiva demostrada por el sujeto, y en segundo lugar, en la obligación del juez de considerar, en la aplicación de la pena, no sólo a la gravedad del delito sino también la criminalidad virtual del sujeto.

La Ciencia Penal no ha llegado a soluciones totalmente firmes, por lo que se hace particularmente complejo exigir al juez que supla dicha ausencia.

El principio de proporcionalidad establece la imperatividad del castigo, y por el otro, lo viene a limitar.

Si bien el primer aspecto ha sido bombardeado de críticas, siendo actualmente de difícil fundamentación, el segundo aspecto, ha sobrevivido por la conveniencia político criminal que significa la mantención de una prohibición de penas desproporcionadas.

La idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes.

Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves. Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos.

En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad.

En todo caso, sea retribución, prevención general o especial, en cualquiera de sus modalidades o formulaciones, o bien, una mixtura o unificación entre ellas, no puede negarse en que dichos criterios deben estar sometidos siempre a los actuales principios que exigen una intervención penal dirigida a salvaguardar intereses socialmente relevantes y necesitados de prevención, es decir bajo el principio de intervención mínima.

3.1.3 SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad, significa que el delito y la pena deben estar previstos en una ley para que los ciudadanos puedan conocer, antes de realizar una conducta las consecuencias legales de sus actos. De este modo se precisa que, para ser castigada, la conducta ha de haber sido cometida tras la entrada en vigor de la ley, que estuviera

definida con suficiente claridad y que no fuera ampliable por analogía, es decir, que permitiera castigar hechos parecidos pero distintos de los que estrictamente define la ley.

3.2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SU APLICACIÓN CON OTROS ÁMBITOS Y EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS EN CONFLICTO

A partir de su aplicación en orden al derecho a la igualdad, se ha utilizado la proporcionalidad en relación con los límites de otros derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva, así se ha afirmado que resulta vulnerado este derecho fundamental cuando el orden judicial hace una interpretación de los requisitos procesales que sea desproporcionada con la finalidad para la que se establecen.

En este sentido es abundante la jurisprudencia que señala que los órganos judiciales al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido en relación con la sanción del cierre del proceso, y permitir en lo posible su subsanación pues de imponerse un rigor en las exigencias más allá de la finalidad al que la misma responde la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

En esta misma línea ha declarado que no son constitucionalmente admisibles los obstáculos al enjuiciamiento de fondo del asunto que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto a las finalidades para lo que se establece.

Este principio ha sido utilizado como sinónimo de ponderación necesaria de derechos y libertades fundamentales en conflicto o de los bienes constitucionales en presencia, bien sea en relación con el derecho de libertad y la duración de la prisión provisional que no puede exceder de un plazo razonable, como un elemento en la resolución de los conflictos entre las libertades reconocidas y otros bienes e interés jurídicamente

protegidos, como el derecho al honor, y en la protección de los derechos fundamentales frente a cualquier limitación o constricción.

En los casos de ponderación de diferentes derechos contrapuestos se introduce su valoración casuística, esto es, atiende a las concretas circunstancias concurrentes y acude a la proporcionalidad para comprobar si se ha efectuado una conciliación adecuada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la restricción y si tal conciliación se encuentra en una relación razonable con el resultado perseguido.

En este caso la proporcionalidad se utiliza como una variante o especie de la ponderación como un criterio más dentro de los muchos que pueden utilizarse en los supuestos de colisión o conflictos de derechos y libertades.

En el Ámbito Laboral, muchos Legisladores han utilizado implícitamente este principio para la inserción de una organización ajena que modula el ejercicio de los derechos fundamentales en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, reflejo a su vez de derechos que han recibido su consagración en el texto constitucional.

Los derechos del trabajador deben adaptarse a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, pero no basta la afirmación de un interés empresarial, sino que tales exigencias organizativas han de venir especialmente cualificadas por razones de necesidad y es preciso acreditar que la restricción del derecho del trabajador es el único medio razonable para el logro del legítimo interés empresarial. Coherentemente ambas sentencias como en los casos de Especie de la Ponderación y en el Ámbito de las

Relaciones Laborales resuelven las quejas planteadas en clave de proporcionalidad. La decisión empresarial de despedir desvelaba una reacción contractual utilizada de forma desproporcionada, y en relación con los límites de la huelga, afirma que el juicio acerca de la corrección de dicha limitación es un juicio sobre su razonable ajuste a las

circunstancias y sobre la observancia de la regla de la proporcionalidad de los sacrificios.

3.3. LA RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

3.3.1 Teorías Relativas de la Pena

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito.

Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.

3.3.2 Teorías de la prevención especial

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, el positivismo criminológico, el correccionalismo y la Escuela de la Defensa Social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Este punto de vista preventivo especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar mediante tratamientos de resocialización.

La necesidad de prevención especial es la legítima pena, sólo la pena necesaria es justa. Se habla de relativa porque su finalidad está referida a la evitación del delito.

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos.

Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

Se considera que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo

sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- a. Corrigiendo al corregible: resocialización
- b. Intimidando al intimidable
- c. Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición. Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable.

3.3.3 Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial

En cuanto al fundamento y límites del "ius puniendi".

- El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "ius puniendi".
- No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- No posibilitan una delimitación del ius puniendi en cuanto a su contenido.
- Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados enemigos político o los asociales mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere.

La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo.

El fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal.

Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

3.4. IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR LA NECESIDAD DE LA PENA.

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena.

En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea;

Delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.

Delitos graves: En ciertos casos no hay peligro de repetición.

Delitos cometidos en situaciones excepcionales: Porque casi con seguridad no se volverán a repetir.

Delincuentes habituales: A veces no hay posibilidad de resocializarlos.

Delincuentes por convicción: Se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento, si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal.

3.5 ILEGITIMIDAD DE LA RESOCIALIZACIÓN COACTIVA

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado.

No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.

La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

3.6 TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado.

Estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, prevención general, significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores.

La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución.

La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza.

La ejecución de la pena tiene lugar para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza.

Esta teoría presenta la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor.

El tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar mediante la amenaza con una pena para que esa conducta no se realice.

3.6.1 Teoría de la prevención general positiva

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto.

Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa) y, por otra la afirmación del derecho a los ojos de la colectividad.

Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del Derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al Derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena: Etcheberry, Alfredo, 1997, Derecho penal, Parte general. Tomo I. Tercera Edición Actualizada. Santiago: Editorial jurídica de Chile, p. 35,

Novoa Monreal. Curso de Derecho Penal, cit. nota n°2, p. 274

3.6.2 Objeciones a la teoría de la prevención general.

En cuanto al fundamento del ius puniendi

- Esta formulación encierra el peligro de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, deja sin resolver la pregunta siguiente;

¿Frente a qué supuestos tiene el Estado la facultad de intimidar?

Ello explica su tendencia a favorecer el terror penal

- Tampoco aporta datos acerca de ¿cuáles son los comportamientos esperados y cuáles los indeseables?

En cuanto al límite del ius puniendi

- Podría terminar en una tendencia al terror estatal porque podría conducir a un Derecho Penal más ocupado por su propia eficacia que por servir a todos los ciudadanos.

- No es posible determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario aplicar al delincuente para lograr el efecto intimidatorio en el resto del tejido social.

Indemostrabilidad de la coacción psicológica

- Las suposiciones sobre el efecto intimidatorio de las penas ejemplares sólo pueden pretender el status de una cuestión de fe.

- Es muy difícil verificar cuál es el efecto preventivo general de la pena. La idea de que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo.

Utilización del delincuente para amedrentar a otros hombres.

- El interés público en la evitación de delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él le ocasiona: la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre como medio para los fines de otros hombres.

- Es impugnable en sí mismo un criterio que utiliza al hombre de esa forma ya que no se lo castiga por su acción sino por comportamientos que se supone que otros hombres pueden realizar, asumiendo sentido la objeción a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

Las impugnaciones a la teoría de la prevención general tampoco han provocado que el Derecho Penal haya podido despojarse totalmente de este punto de vista.

Es importante señalar que fueron precisamente ópticas de prevención general las que dieron lugar a uno de los más modernos intentos por fundamentar el sistema penal: partiendo de la concepción que el Derecho es instrumento de estabilización social, se ha explicado la denominada prevención general positiva.

3.7 - PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN PENAL.

Las sanciones de las conductas que incurre una persona proviene de la imposición ilegítima de una concepción moral, que todos los individuos están obligados a compartir, las sanciones deben ser proporcionales a los delitos, los delitos deben ser castigados, conforme la magnitud del bien tutelado que violan o ponen en peligro a la sociedad, la magnitud de la pena a imponerse, debe estar compuesta invariablemente de los deseos e impulsos que motivaron a la persona a cometer el delito y el fin que se perseguía realmente al momento de cometer este, es decir, las penas deben ser establecidas conforme al grado de ofensa que se hizo a la sociedad con la falta cometida.

La finalidad de las sanciones penales en el Ecuador, es el no permitir que el infractor continúe desafiando el marco legal de la sociedad, no continúe haciendo daño a los ciudadanos, los cuales deben ser persuadidos por la imposición de la pena justa a este infractor, para que se sustraigan de cometer alguna falta de carácter similar.

El fin la proporcionalidad de la sanción penal, es el de impedir al infractor que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales.

Las sanciones penales y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que,

Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica", en Revista Doxa; M. Atienza y J. Ruiz Manero, Sobre principios y reglas, en Revista Doxa.

Francisco Carpintero, Norma y principio en el "Jus commune", Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII, 2005, PAG. 283-308; Robert Alexy, "

guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del infractor.

3.8.-EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS PENAS.

Frente a la amplia tendencia a extender el arbitrio judicial en el proceso de determinación judicial de la pena, y a una todavía informe e incipiente teoría de la individualización de la pena en sentido dogmático, nace la necesidad de responder a la pregunta de si el principio de proporcionalidad tiene la potencialidad de protagonizar un rol relevante para el despliegue de un Derecho Penal Racional que pueda legitimarse al menos provisoriamente en espera de otras soluciones idóneas.

Para ello debemos previamente dar una visión general de nuestro sistema legal de individualización de las penas como elementos de justificación de la pena.

3.9 SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN ECUADOR.

La individualización judicial de la pena es el proceso mediante el cual el juzgador establece la clase y medida de la pena frente a quien ha intervenido en un hecho punible, ya sea como autor, cómplice o encubridor, en el caso concreto¹

Con mayor precisión de contenido, este acto se define como aquel en virtud del cual se constata el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de pena.²

Se trata de una compleja actividad que combina reglas contenidas tanto en la parte general como especial del Código Penal, así como en otras disposiciones que pueden concurrir en virtud de leyes especiales y que aun deja ver, por la acuciosidad de dichas reglas, la tradicional desconfianza del legislador hacia el arbitrio judicial. Nuestro sistema de determinación de la pena vigente, tiene un carácter legal y relativo.³

El poder legislativo ha establecido un marco general abstracto observando ciertas directrices en clave político criminal para determinar las consecuencias jurídicas

aplicables a cada uno de los delitos, y la forma en que éstas deben ser sometidas a una graduación, actividad en la que el juez tiene el rol exclusivo y excluyente.⁴

Se establece la pena asignada al delito, cuya cuantía puede alterarse por la presencia de circunstancias calificantes o privilegiantes especiales, por la aplicación de las reglas relativas a los concursos de delitos, las diversas etapas de desarrollo o grado de su ejecución; el grado de participación del agente; para finalmente establecer los efectos de la concurrencia de ciertas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.⁵

Es necesario señalar además que pueden ser susceptibles de aplicación en el caso concreto otras disposiciones contenidas en leyes especiales que pueden alterar la cuantía de la pena, ya sea por la concurrencia de especiales circunstancias de atenuación o agravación, o bien, mediante la alteración de la reacción punitiva respecto de las diferentes etapas de desarrollo del delito.⁶

Luego de este proceso le corresponde al juez determinar la exacta y definitiva medida de la pena que ha de imponerse al condenado, valorando todas y cada una de las circunstancias que rodearon al hecho. Se dice que esta actividad pertenece a una esfera de competencia.

La dosimetría en la determinación legal de las penas, exclusiva de la jurisdicción en tanto en cuanto se determina una cuantificación exacta de la reacción penal al caso concreto.

[1] ZIFFER, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. AD-HOC, Bs. As., Arg., Junio 1996, pág. 23.-

[2] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., pág. 23.

[3] CREUS, Carlos, “Derecho Penal – Parte General”, Ed. Astrea, Bs. As., Arg., 1988, pág. 403.

[4] Aunque algunos autores rechazan esta clasificación por considerarla impropia .

[5] VERA BARROS, Oscar Tomás, en: “Lecciones de Derecho Penal – Parte General”, Tomo II, Ed. Advocatus, Córdoba, Arg., 2000, pág. 460.

[6] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., pág. 27.

Le queda así al juez un cierto margen de discrecionalidad que puede variar en su extensión tanto en su faz cuantitativa como cualitativa, ya sea por la existencia de una pluralidad de penas posibles de imponer, o por la posibilidad de sustituirla.

El Código Penal, señala: ‘‘Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.’’⁷

De esta forma al interior de cada grado previamente establecido, el tribunal tiene la facultad de determinar cuál es la pena exacta a aplicar, tomando en consideración, el número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, y la gravedad del mal causado por el delito.

Este proceso valorativo queda entregado al juez, quien no tiene más pautas legales de actuación en este ámbito que las señaladas.

Se sostiene que los límites operativos en el proceso de individualización en dicho espacio de discrecionalidad relativa, estarían dados por el respeto a los principios jurídicos que la orientan y los fines que esta persigue, prevención general, especial, merecimiento y necesidad de la pena.

Este juicio de valoración debe incluirse como objeto la culpabilidad del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar las eventuales consecuencias que le acarrearán la pena en su vida posterior; asimismo, debe apreciar bajo su propio criterio la entidad de la lesión o peligro que ha sufrido el bien jurídico respectivo, y luego los otros efectos perjudiciales que directamente emanen del delito, sin perjuicio de los que hayan sido ya considerados por el legislador al describir el tipo penal.

Se aduce que si en un delito revestido de cuatro circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el juez puede rebajar la pena en tres grados, haciendo aplicación del Código Penal, y una vez escogido el artículo se vuelva a considerar el número y entidad de dichas circunstancias concurrentes y decidir finalmente imponer el mínimo posible en dicho grado. Respecto al mal causado por el delito lo define como la ofensa misma al bien jurídico protegido, si se trata de un delito imperfecto o una infracción de peligro, el

[7] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., pág. 28.

mal será el peligro corrido, el principio de proporcionalidad penal, califica a esta actividad como discrecionalidad jurídicamente vinculada, ya que el juzgador con un margen más o menos amplio de libertad recorre el marco previamente establecido por el legislador, orientado por los principios que emanan de las declaraciones expresas legales, o bien de los fines del Derecho Penal y la pena en general.⁸

Las consecuencias jurídicas del delito, que no estén tomadas en consideración en la tipificación del delito para efectos punitivos, también se comprenden las consecuencias perniciosas derivadas directamente del delito.

A pesar de que aquí se configura un verdadero espacio de discrecionalidad resulta imperativo para el juez hacerse cargo en el fallo de cómo se ha dado cumplimiento a este precepto, lo que lo obliga a fundamentar cómo el número de circunstancias, su entidad y la extensión del mal causado por el delito han influido en la precisión de la pena a la que finalmente se ha arribado.

A pesar de esto, resulta que los tribunales difícilmente se hacen cargo de este mandato legal aplicando en la mayoría de los casos el mínimo del grado de la pena sin mayor fundamentación acerca del valor atribuido a las circunstancias concurrentes.

Cabe agregar que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no tienen atribuidas por parte del legislador un valor único y preciso, ni tampoco se establecen reglas de equivalencia. Su propia naturaleza y el modo en que pueden concurrir en el hecho obligan al intérprete a situarlas como el objeto de una ponderación racional.

De ahí que es común encontrar la medida de la pena, en principio, debe ponderarse la gravedad del hecho cometido y el grado de culpabilidad que, defiende en este punto la idea de que en la elección y magnitud de la pena impuesta, las características personales sean tenidas en cuenta junto a las circunstancias objetivas concurrentes de la violación jurídica, con el objeto de otorgar una mayor eficacia en el ámbito de los fines utilitarios que la sociedad busca con la pena.⁹

[8] VERA BARROS, Oscar Tomás, Ob. Cit., pág. 462/464.

[9] También llamado, en concordancia con la clasificación aquí desarrollada, "Sistema de Indeterminación Legal Relativa".

El legislador conceda relevancia al desvalor de resultado, al hacer referencia al mal causado por el delito en desmedro de consideraciones relativas a la personalidad del delincuente. El criterio de la gravedad del hecho y la valoración de la entidad y cuantía de las circunstancias modificatorias, a las circunstancias personales del delincuente lo que viene íntimamente relacionado con la orientación preventivo especial que debe tener la pena en función del mandato constitucional.

3.9.1 DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CULPABILIDAD.

La omisión normativa tiene orígenes históricos, pero no necesariamente implica la exclusión de los criterios que emanan de la personalidad del autor, aunque con ello no se soslaya el problema que implica la apreciación de este criterio si no hay una norma del Código penal, que vincule directamente la orientación que ha de tener la pena desde lo más alto de la cúspide normativa, y si no se establece además, cual es el sentido y medida de la valoración de la que han de ser objeto dichas consideraciones subjetivas, en sí individuales y por ende, inherentemente dispares. Todo esto sin expresar los temores de caer en un verdadero derecho penal de autor.¹⁰

Así la duda de cómo se recogen, en un juicio de proporcionalidad, ciertos factores que tienen relación con dichas circunstancias subjetivas como la edad, madurez psicológica, nivel de educación alcanzado, entorno social, económico y familiar, la salud, así como el comportamiento del autor previo y posterior al delito o al proceso, y las consecuencias previsibles que podría tener la pena en su futura vida.

De acuerdo a los principios que informan al Derecho penal, y de nuestro ordenamiento positivo creo que deben excluirse en este tipo de consideraciones todos aquellos datos que no tengan vinculación directa con el hecho cometido, incluyendo aquellos que no puedan ser reconducidos al injusto, no pudiendo ser objeto de ponderación en un juicio de proporcionalidad, por lo menos para agravar la pena y sobrepasar el límite ya trazado por la gravedad del hecho, ello, en razón de que la entidad del injusto no puede ser alterada por consideraciones a la personalidad individual.¹¹

Por otro lado, el criterio de la mayor o menor extensión del mal causado, entendido como lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido, es lo suficientemente amplio y puede recoger en su seno tanto el desvalor de acción como de resultado para la cuantificación penológica del injusto, que viene, y en todo caso, ya dada por el marco legal.¹²

Además, todos aquellos datos que el legislador tuvo en cuenta para fijar ese marco pueden ser nuevamente valorados sin infringir necesariamente, y a priori, la prohibición de doble valoración, ya que si por las reglas de dosimetría penal la pena asignada puede variar entre un grado y otro, y siendo al juez a quien dentro de ese rango le corresponde fijar la exacta medida de la pena, observando y considerando las circunstancias concomitantes, dicha valoración sólo tendrá la virtualidad de reafirmar mediante una concretización la decisión previamente establecida por el legislador como reacción penal ante el ilícito cometido.¹³

En fin, para concretar lo anteriormente señalado, es necesario establecer cuáles son los factores específicos que deben tener un rol esencial a la hora de establecer la entidad del injusto, o la gravedad del hecho, como punto de partida para realizar un juicio de proporcionalidad con la pena a aplicar. La existencia de criterios inter subjetivos de valoración pueden permitir al juez ponderar con mejor racionalidad la justa medida de la pena, tomando en cuenta, dada la ausencia de absoluta certeza en este ámbito, que siempre habrá un espacio de juego donde la pena impuesta puede considerarse adecuada al caso concreto.¹⁴

[10] Recomendamos retomar aquí lo visto previamente en las Lecciones 1 (pto. 3) y 19 (pto. 1).

[11] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., pág. 45.

[12] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., pág. 48.

[13] ZIFFER, Patricia S., Ob. Cit., cita 54, pág. 48.

[14] Extracto del trabajo monográfico del Dr. RAÚL OSCAR ROMERO, Abogado y Docente de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Aludiendo a estas consideraciones en el ámbito, señala que en la doctrina se alude a circunstancias objetivas, subjetivas, o a una amalgama entre ambas, que pertenecen al delito y que suponen una afectación al bien jurídico, a los grados de dolo o culpa y también a los grados de atribución de responsabilidad por el injusto cometido. Unas pueden pertenecer al ámbito del desvalor de acción, como por ejemplo, la utilización de armamento, el grado de la infracción al deber, o bien, pueden pertenecer a la esfera del desvalor del resultado, como la pluralidad de sujetos pasivos, el grado de peligro expuesto, e incluso aquellos datos que excluidos del tipo se pueden categorizar como circunstancias subjetivas como los estímulos internos del agente, o el especial desprecio referido al sujeto pasivo de la acción.

En suma, los criterios que definen la gravedad del hecho, o en términos del Código penal, la extensión del mal causado por el delito, que el juez puede tomar en consideración para individualizar la exacta medida de la pena, a la luz del principio de proporcionalidad pueden agruparse del siguiente modo:

Criterios objetivos.

Los aspectos objetivos del hecho punible, pueden variar desde la específica entidad de la lesión o el grado de peligro al cual fue expuesto el bien jurídico, la densidad del daño efectivamente causado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, como las modalidades de comisión, empleo de armas, grado de violencia impetrada sobre la víctima, la recalcitrante tenacidad del agente, grado de energía desplegada en la actividad, o en los casos de omisión, el grado de infracción al deber, el grado de energía desplegada por el victimario, la unidad o pluralidad de víctimas, la ulterior situación de esta o de su familia, etc.

En fin todos aquellos criterios que no fueron abarcados previamente en la configuración de la pena.

Criterios subjetivos.

Se pueden categorizar aquí: la calidad de los motivos determinantes, el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, aquí vale lo que en general se ha dicho en cuanto a que la valoración de la persona del autor se puede tomar en cuenta.⁸¹

Algunos criterios que el juzgador debe tener en cuenta al aplicar la pena en cuanto sean circunstancias no constitutivas del delito o modificatorias de responsabilidad. Estos son los siguientes: los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible, la importancia de la lesión o peligro del bien jurídico, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la calidad de los motivos determinantes, las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito, y la conducta del agente posterior al delito. La circunstancia de si los hechos son expresión de una inclinación criminal, o tan sólo se presentan como delitos ocasionales desconectados entre sí.⁸²

También, se pueden agregar las demás condiciones personales del sujeto o de la víctima si y sólo si han influido directamente en la comisión del delito, la conducta del agente posterior al delito, o bien durante el proceso penal mismo.

Finalmente, reiteramos la idea de que debe prescindirse de toda consideración a ejercicios o pronósticos de peligrosidad futura. La medida de la pena no puede ser incrementada en función de consideraciones prospectivas.

Una orientación a la teoría jurídica del delito que se dirija a someter la magnitud de la pena a lo que arroje la valoración sobre el hecho cometido, y con prescindencia en la determinación judicial de la pena de toda consideración preventivo especial, y de aquellos elementos que se relacionen con la personalidad del autor. En este modelo deben prevalecer el desvalor de resultado y la afectación al bien jurídico. Esto no quiere

decir que sólo se valore a la víctima y sus circunstancias sino que también se debe ponderar el hecho en su relación con el orden social. Es decir, considerar la dimensión intersubjetiva del delito.⁸³

Para finalizar este apartado, cabe preguntarse qué ocurre con la vulneración de este principio y si puede el juez dejar de aplicar una pena señalada por la ley en virtud del principio de proporcionalidad. Para responder a lo primero, es claro que si el juez aplica una pena mayor que la señalada por la ley procede el recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, por tratarse de una vulneración al principio de legalidad.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad concreta, esta no tiene la autonomía necesaria para ser causal de un recurso por inconstitucionalidad, sino que debe necesariamente vincularse a otros principios que sí están directamente protegidos, aunque sus criterios bien pueden servir de base para la discusión en la audiencia de determinación de pena.

A la segunda interrogante, y ante la evidente insuficiencia legal para asegurar la plena operatividad del principio de proporcionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena, parece necesaria una reforma legal que introduzca expresamente la posibilidad de que el juez pueda prescindir de la pena cuando esta sea evidentemente desproporcionada o no resulte necesaria.

Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 2 :1-21, 2008.

⁸⁰ Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*, cit. nota n° 29, p. 786.

⁸¹ Cit. en nota n°65.

⁸² En el caso español, esta es la postura defendida por Aguado Correa. *El principio de proporcionalidad en materia penal*, cit. nota n°30, p. 322.

⁸³ Wolter, Jürgen, 2004, "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena." Wolter, Jürgen; Freund, Georg. (eds). *En El sistema integral del derecho penal*, Barcelona: Editorial Marcial Pons, pp. 30-89ypp. 37 y 38.

Consideraciones finales.

Nuestro sistema de individualización judicial de la pena, según lo visto, se sigue inclinando a favor de un rígido legalismo frente a una limitada y relativa discreción judicial, aunque es verdad que el espacio de juego para el juez puede significarle a la persona castigada varios años de diferencia.

Para balancear mejor el equilibrio, no necesariamente debiera existir una ampliación de ese espacio de juego o una mayor discrecionalidad judicial, tanto en la selección como en la determinación de la pena en vista a conducir a una mayor moderación en el rigor de la misma, sino que dicha discrecionalidad debería ser guiada por pautas o criterios generales como los señalados, que permitan al juez, en una instancia donde realiza una actividad político criminal de primera magnitud, hacerse cargo del raciocinio utilizado para llegar a la individualización de la pena, lo que estaría en armonía con lo que dispone el Código Procesal Penal que al facultar a los tribunales para apreciar la prueba con libertad, les impone las limitaciones que emanan de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.⁸⁴

De todos modos, el juez debe hacerse cargo de la prueba producida respecto de los hechos que a su criterio influyen en la menor o mayor medida de la pena exacta a imponer. Una ausencia de motivación en este punto constituye una infracción a la garantía constitucional del debido proceso, y motivo absoluto de nulidad en virtud del Código Procesal Penal.

Siendo imposible dar una relación exhaustiva de todas estas circunstancias, en tanto en cuanto cada delito y la forma en que se despliega en la realidad puede tomar una infinidad de formas como la mente humana sea capaz de concebir, lo importante es que el juez explicita cómo es que el resultado de esta actividad de individualización exacta de la pena ha observado una interpretación ponderada de las circunstancias objetivas y subjetivas que rodearon al hecho, y el modo en que ha procedido a ponderar retrospectivamente su gravedad, por un lado, y la reacción penal por el otro, situándose en una posición que siempre otorgue favorecimiento a los derechos fundamentales del

individuo, especialmente en lo que dice con respecto a la relación con la libertad personal.

Además de proporcionar un mayor grado de racionalidad y sistematicidad a la actividad judicial posee varias ventajas, entre ellas, podemos señalar la posibilidad de disminuir el riesgo de que el juez determine la pena única y exclusivamente en función del grado de impresión que le produjo el hecho, o que en razón de adecuar la pena a la grave.

La operatividad del principio de proporcionalidad tiene un rico terreno para ser estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, del sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma, estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena desplegada, y por ende, tener plena vigencia, tal como se manifiesta en el ámbito de la proporcionalidad ninguna actividad del juez, ni siquiera una que se califica como de discrecionalidad, debería desplegarse prescindiendo de los criterios que se expliciten expresamente en la ley, ni de las finalidades de la norma penal, ni de la observancia de los principios y criterios que de racionalización del ejercicio del ius puniendi.⁸⁵

3.10. BASES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Son diversos los argumentos para fundar genéricamente la aplicación del principio de proporcionalidad, pero entre ellos:

1) La naturaleza y estructura de los derechos fundamentales que manda optimizar su eficacia normativa, entendiéndolos como integrantes de una unidad constitucional.

Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 2 :1-21, 2008.

⁸⁴ Feijoo Sánchez. "Individualización de la pena", cit. nota n°71, p. 3.

⁸⁵ Mapelli, Las consecuencias jurídicas del delito, cit. nota n°61, p. 245.

2) Las prohibiciones de arbitrariedad y exceso inherentes a un Estado constitucional democrático, pero muy poco probablemente, alguna disposición textual que imponga su empleo o lo implique inmediatamente.

3.11.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA FASE LEGISLATIVA Y EN LA FASE JUDICIAL DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA: LA DISTINCIÓN ENTRE PROPORCIONALIDAD ABSTRACTA Y CONCRETA.

Ubican al principio de proporcionalidad junto con el de legalidad, última ratio, el principio de lesividad y tutela de bienes jurídicos, y el principio de culpabilidad, dentro de los criterios de legitimación provisoria del sistema penal. Sin mencionar directamente que se trata de un principio constitucional justifican su existencia invocando razones de lógica y de justicia material señalando que este principio postula la proporcionalidad entre la amenaza penal a la dañosidad social del hecho (concepto vinculado a la índole del bien jurídico lesionado o amenazado) y de la pena infligida en concreto a la medida de culpabilidad del hechor.

En el mismo se sostiene al abordar el concepto de culpabilidad como pilar básico de un Derecho Penal moderno que este elemento limita el ejercicio del ius puniendi en tanto ordena no imponer sanción si no hay culpa y que esa sanción ha de ser adecuada a la culpabilidad.

La pena constituye, de este modo, una retribución que la sociedad impone por el mal causado de modo que a mayor mal, mayor culpabilidad, y por lo tanto mayor castigo merece el culpable.

Resulta entonces necesario, trazar una línea divisoria entre la proporcionalidad y el principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad se refiere a la atribuibilidad del hecho mientras que la proporcionalidad afecta más bien al injusto. Así, los problemas de inadecuación entre la

gravedad del hecho y el quantum de la pena no se circunscriben a la esfera de la culpabilidad sino más bien a la de antijuricidad de la conducta.

Esto porque la culpabilidad no proporcionaría los elementos de análisis necesarios para dar luz acerca de la gravedad del hecho cometido ya que dicho principio no es más que un conjunto de condiciones que posibilitan la atribuibilidad del hecho antijurídico a su autor. Además, el principio de culpabilidad no es suficiente para asegurar la necesaria proporcionalidad entre crimen y castigo, aunque algunos incluyen la proporcionalidad como uno de los aspectos de la culpabilidad. Tampoco puede pretenderse la sustitución del principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad puede limitar la magnitud de la pena, a partir del mismo no se puede fundamentar la punibilidad, y es por este motivo por el que ya se encuentra muy por debajo del principio de culpabilidad.

El problema radica en que las dosis de injusto y de culpabilidad no coinciden siempre, su operatividad en el sistema tiene lugar en planos distintos.

Una conducta de extrema gravedad puede estar acompañada de una escasa o nula culpabilidad, como el caso de la madre que mata a su hijo en un estado de plena inimputabilidad; y viceversa, como en el caso de un sujeto de situación favorable socio económicamente, y plenamente motivable por la norma, que comete un inicuo hurto falta para dar de alimento a sus hijos.

El juez debe examinar previamente la gravedad del injusto antes de entrar a valorar en qué medida aquello es atribuible al autor, en tanto en cuanto la Culpabilidad es una categoría cuya función es amparar en su seno aquellos elementos del delito que refieren a su autor y que no pertenecen ni al tipo ni a la antijuricidad, pero que también son necesarios para el merecimiento de la pena.

A mayor abundamiento, en la relación con el principio de culpabilidad, hay que señalar que con el principio de proporcionalidad se entrecruzan las exigencias vinculadas a las ideas de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales.

De este modo, y desde el punto de vista retributivo, nace la necesidad de que la pena sea no inferior a la exigida por la idea de justicia y que su imposición no se traduzca en una pena más grave a la requerida por la gravedad del delito.⁸⁵

La proporcionalidad debe fundarse en la nocividad social del hecho cuyo presupuesto es la afirmación de la vigencia de las normas en la conciencia colectiva. De este modo, aquellas normas más importantes deben estar apoyadas con una mayor pena con el propósito de que no sufran una devaluación, de lo contrario, el carácter intimidatorio de aquellas se desvanece. La configuración de un Estado democrático exige ciertamente el ajuste de la gravedad de las penas con la trascendencia que para la sociedad tienen los ataques al bien jurídico a las que se asignan en proporcionalidad es necesaria para un adecuado funcionamiento de la prevención general.

La consideración hacia los fines de la pena en el proceso de individualización penológica implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma. La racionalidad de este proceso exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo. Dependiendo del fin que se estime como preponderante, el resultado final de la cuantificación puede variar sustancialmente. El problema es que en la ciencia penal no se ha llegado a soluciones totalmente firmes, por lo que se hace particularmente complejo exigir al juez que supla dicha ausencia.

El principio de proporcionalidad establece la imperatividad del castigo, y por el otro, lo viene a limitar. Si bien el primer aspecto ha sido bombardeado de críticas, siendo actualmente de difícil fundamentación, el segundo aspecto, ha sobrevivido por la conveniencia político criminal que significa la mantención de una prohibición de penas desproporcionadas. La idea de proporcionalidad se relaciona directamente con la exigencia que se impone al Estado democrático de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito según las valoraciones dominantes.

Si se adopta en efecto, una prevención general positiva se aconseja que los delitos más graves tengan asignada una pena de mayor entidad que los delitos menos graves

85 Mapelli, Las consecuencias jurídicas del delito, cit. nota n°61, p. 245.

Esto permite a nivel comunicativo una expresión más adecuada sobre la mayor relevancia de aquellos bienes jurídicos que se consideran más valiosos. En este sentido, se dice que al delincuente no le resultaría rentable optar por algunos delitos cuando hay una diferencia penológica respecto a los delitos de menor entidad. En todo caso, sea retribución, prevención general o especial, en cualquiera de sus modalidades o formulaciones, o bien, una mixtura o unificación entre ellas, lo que no puede negarse es que dichos criterios deben estar sometidos siempre a los actuales principios que exigen una intervención penal dirigida a salvaguardar intereses socialmente relevantes y necesitados de prevención, es decir bajo el principio de intervención mínima.

3.12.-CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad opera tanto en el momento de creación del Derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los jueces o tribunales e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria.

La relevancia del principio de proporcionalidad es mayor en el ámbito de las medidas de seguridad que en el de las penas. El principio de proporcionalidad implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo. El principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin deseado. El principio de idoneidad también es llamado de adecuación, razonabilidad, congruencia o necesidad y se refiere a que un medio es apto para conseguir el fin pretendido, cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado, o cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido.

En el Derecho Penal, éste principio es entendido conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido.

El Principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional, Isabel Perello Domenech pág. 70

La proporcionalidad en las penas Ivonne Yenissey Rojas; 2 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, Barcelona, Euros, 1998, p. 99; 3 Ibidem, p. 100; Aguado Correa, Teresa, El principio de proporcionalidad en Derecho Penal; Madrid, Edersa, 1999, p. 147.

Dicho principio tiene las siguientes características:

a) La medida restrictiva de los derechos fundamentales debe ser idónea para conseguir los fines perseguidos.

b) El examen de idoneidad tiene carácter empírico, como consecuencia de que se apoye en el esquema medio fin, a partir del cual se pueden analizar las medidas adoptadas a partir de su finalidad o teleología, lo que requiere llevar a cabo el estudio práctico de los elementos empíricos de la relación examinada.

El principio de idoneidad requiere que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que persigue.

Los criterios de intervención penal exigen que el bien jurídico reúna las siguientes cualidades:

1. Ser merecedor de protección
2. Estar necesitado de protección
3. Ser capaz de protección y
4. Poseer suficiente importancia social.

3.13. ELEMENTOS QUE CONFORMAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad en su sentido amplio, se compone de tres elementos o subprincipios

- a. El de la utilidad o adecuación.
- b. El de la necesidad o indispensabilidad.
- c. El de la proporcionalidad strictu sensu.

Cada uno de estos elementos que lo integran requiere un juicio o análisis en su concreta aplicación y que implica un enjuiciamiento de la medida desde tres puntos de vista diferentes, la medida enjuiciada ha de ser idónea en relación con el fin esto es, preciso

que al menos facilite o tienda a la consecución del objetivo propuesto en segundo lugar la medida ha de ser necesaria o la más moderada entre todos los medios útiles, en el sentido de que no solo ha de comprobarse si la acción se legitima por el fin en cuanto susceptible de alcanzarlo sino, que además es imprescindible porque no hay otra más suave o moderada a tal propósito y finalmente proporcionada esto es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios y ventajas que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto en particular sobre los derechos y libertades es decir es preciso que la medida enjuiciada sea también razonablemente proporcionada en relación con el valor político y social que se busca con la finalidad perseguida.

CAPITULO IV

“DEBERES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA EL INTERNO”

4. MEDIOS DE RESOCIALIZACIÓN EN LA PENITENCIARÍA

Los reclusos al igual que cualquier otra persona en el vínculo de la humanidad, tienen derechos y deberes.

Toda persona privada de libertad tiene derecho a la comunicación y visita de familiares, a declarar ante la autoridad judicial sobre el trato que recibe en la penitenciaría, la atención de sus necesidades educativas, laborales, culturales, alimenticias y recreativas

El propósito del hombre sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de sus facultades, así como sucede con los reclusos, por tanto que tal ejercicio de facultades es un deber y un derecho humano.

Esta facultad debe aplicarse a todos los individuos para que sea una ética universal es decir, un código moral que se aplique a todas las personas, en este caso a los internos, si una persona restringe a otro individuo de hacer lo mismo, entonces no hay equidad en sus derechos, los derechos son igualados entre todas las personas, sean estas personas privadas o no privadas de la libertad.

Es por esto que a continuación se detallan los derechos y deberes del interno:

Trabajo penitenciario

El trabajo penitenciario está considerado como uno de los elementos fundamentales de tratamiento del interno, constituye decisivamente en su proceso de resocialización.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", Papers d'estudis i formació, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21

Sus condiciones son en lo posible similares al trabajo en libertad. No tiene carácter aflictivo ni es aplicado como medida disciplinaria, ni atenta contra la dignidad del interno.

El trabajo que realizan los internos procesados tienen carácter voluntario. Las normas y directivas regulan la planificación, organización, métodos, horarios, medidas preventivas de ingreso y seguridad del trabajo penitenciario.

Las modalidades de trabajo penitenciario se desarrollan a través de actividades profesionales, técnicas, artesanales, productivas, artísticas y de servicios auxiliares. Las actividades que se desarrollan en los establecimientos penitenciarios a nivel nacional son:

El trabajo penitenciario es proporcionado por la Administración Penitenciaria, a través de la implementación de los talleres laborales de los establecimientos penitenciarios en donde se vienen ejecutando pequeños proyectos de inversión.

Y los propios medios del interno o de sus familiares y Entidades públicas o privadas a través de la administración penitenciaria.

Talleres

Carpintería, zapatería, tejido a máquina, electrónica, mecánica automotriz, soldadura y forja, sastrería, hidroponía, confecciones, cerámica y telares.

Principales actividades

Agricultura, confección de carteras, taller de cosmetología, cornoplastía, filigrana, artesanía, juguetería, serigrafía, talabartería, tejido en yute, cestería, manualidades, lavandería, ad - honorem y otros.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21

Educación penitenciaria

En los establecimientos penitenciarios a nivel nacional se promueve la Educación del interno en cumplimiento al Código Penal para la formación profesional o capacitación ocupacional. El interno analfabeto participa obligatoriamente en los programas de alfabetización y educación primaria de adultos.

El servicio educativo se presta a través de Centros de Educación Ocupacional, Primaria y Secundaria de adultos, programas de alfabetización y educación a distancia en concordancia con los dispositivos vigentes en la materia de educación.

- El interno que no tenga profesión u oficio conocido está obligado al aprendizaje técnico, de acuerdo a la aptitud, interés y vocación.
- La Administración Penitenciaria promueve la educación artística, la formación moral cívica y las prácticas deportivas.
- La Administración Penitenciaria da facilidades al interno para que estudie por correspondencia, radio y televisión.

La Redención de la pena por la educación, es un beneficio Penitenciario que permite reducir el tiempo de pena al interno que desempeña una actividad educativa, bajo el control de la Administración Penitenciaria. Este beneficio fomenta el interés del interno por la educación, en consecuencia la educación cumple un rol despenalizador dentro de la ejecución Penal.

e. Objetivos de la educación y capacitación penitenciaria:

1. Reeducar y capacitar a los internos a través de cursos y programas educativos.
2. Reinsertar a la sociedad a los internos que hayan cumplido y aprobado las acciones

educativas para que puedan desempeñarse laboralmente en el medio libre

3. Mejorar las metodologías y técnicas de aprendizaje de los profesores de los establecimientos penitenciarios con asesoramiento y apoyo del Ministerio de Educación.
4. Sistemizar y uniformizar todas las acciones educativas que se desarrollan en todos los centros de Educación Ocupacional del país.
5. Gestionar la ampliación de servicios Educativos para los internos de los Establecimientos Penitenciarios del país dándoles formación Primaria y Secundaria y universitaria.
6. Gestionar y ampliar la creación oficial de centros de Educación Ocupacional del país.

f. Salud Penitenciaria en el Tratamiento de la Población Penal

De acuerdo al Código Penal, el interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental.

La administración penitenciaria, proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud de la población penal.

g. Asistencia Social

El área de asistencia social desarrolla acciones necesarias que permiten mantener las relaciones del interno con su familia. Por esa razón su trabajo consiste en:

- Detectar, diagnosticar, investigar y analizar los problemas sociales del binomio interno-familia.

- Intervenir brindando orientación y tratamiento a los problemas sociales del binomio interno-familia, a través de la consejería familiar, planificación, programación y promoción de acciones sociales.
- Promover la restitución, mantenimiento y refuerzo del binomio interno - familia a través de procesos individuales, grupales o familiares.
- Contribuir al mejoramiento de la calidad de vida del binomio interno-familia mediante el desempeño de roles, niveles de autoridad, escala de valores y comunicación.
- Brindar educación social, con la finalidad de prevenir y disminuir los índices de reincidencia en el delito, a través de programas sociales, educativos, recreativos, culturales y otros acorde a las características de cada población penitenciaria.
- Brindar atención asistencial a los hijos menores de edad de las internas, a fin de garantizar el normal desarrollo de su personalidad.
- Promover redes de soporte interinstitucional que coadyuven en el tratamiento del binomio interno-familia, así como para canalizar acciones de apoyo al interno de escasos recursos económicos.
- Participar en los equipos multidisciplinarios de los programas de acuerdo a las normas y procedimientos de la política de salud.
- Realizar gestiones, coordinaciones y visitas hospitalarias para la atención de los casos de salud, si la situación así lo amerita.
- Participar conjuntamente con los miembros de los equipos multidisciplinarios en los programas preventivos promocionales.
- Adecuar el quehacer profesional a los diferentes regímenes de vida penitenciaria, mediante estrategias y metodologías de intervención.
- Promover la participación en las terapias grupales con temas específicos.

- Derivar a las diferentes áreas de tratamiento los casos de internos que requieran atención especializada.
- Participar como integrante de las comisiones de trabajo convocadas por la superioridad.
- Integrar la junta de clasificación en los Establecimientos Transitorios de Procesados y en los Establecimientos Penitenciarios.
- Administrar los recursos humanos y materiales e institucionales.
- Desarrollar acciones de tratamiento en las áreas de penas limitativas de derecho, post penitenciaria y sentenciados en el medio libre; a fin de propiciar su reinserción familiar y social.
- Promocionar la labor post penitenciaria para despertar en los distintos sectores sociales su compromiso frente a los liberados.
- Potenciar el sistema de apoyo a los liberados para evitar la reincidencia.
- Coordinar congregaciones religiosas, agentes pastorales e instituciones públicas y privadas la canalización de apoyo para los internos de escasos recursos económicos.
- Gerenciar las decisiones técnico-social y políticas, mediante la planificación y ejecución de normas, directivas, proyectos y convenios.

h. Asistencia post penitenciaria.

El Código de Ejecución de Penas, señala que la Asistencia Post Penitenciaria tiene como finalidad apoyar al liberado para su reincorporación a la sociedad.

Sus actividades complementan las acciones de tratamiento penitenciario. La Asistencia

Post-Penitenciaria a los liberados de los establecimientos penitenciarios es asumida por el personal penitenciario en ambientes organizados fuera de los establecimientos penitenciarios en las regiones donde se cuenta con la infraestructura adecuada.

El más grave inconveniente que tradicionalmente ha tenido la pena privativa de libertad es la marginación social del delincuente, no solo durante el cumplimiento de la condena sino aun después de haber egresado del establecimiento penitenciario.

Los efectos nocivos de la ejecución de la pena privativa de libertad se extienden a los familiares del interno que frecuentemente quedan en una situación grave de desamparo material y moral.

El problema del delito también involucra a la víctima y sus familiares.

Con el objeto de atenuar en lo posible estos factores negativos que inciden sobre la vida del liberado y de sus familiares, la ciencia penitenciaria aconseja reforzar los lazos que lo unen a su familia y amistades creando una serie de relaciones para que no se produzca ese aislamiento y apoyarlo para que este en condiciones de reincorporarse plenamente a la sociedad para el cumplimiento de esta labor se tiene el apoyo de las Juntas Penitenciarias que funcionan en las regiones penitenciarias y estarán integradas por un equipo interdisciplinario con participación de diversos representantes de las instituciones sociales.

J.L.de la Cuesta Arzamendi, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, núm.12, diciembre 1993, pp.9-21

Celia Lira Ubidia, Universidad San Martín de Porres – Lima, Cuarto Año. Cita bibliográfica:
<http://www.monografias.com/trabajos13/fines/fines.shtml#fi> fines de penas y medidas de seguridad

4.1 SOLUCIONES PARA EVITAR LA PRIVACION DE LIBERTAD

Cabe destacar las acciones realizadas por la Policía Nacional, en el cumplimiento de la imperiosa necesidad de protección que como parte del Estado debe adoptar medidas preventivas y de seguridad, siendo las acciones más destacadas las siguientes:

1.- Los operativos conjuntos con el concurso de la Fuerza Terrestre, Naval, Aérea y el apoyo de la Policía Nacional, Policía Militar Aduanera y la Comisión de Tránsito del Guayas, en las áreas consideradas como zonas rojas y de alto índice delincencial. Estos operativos se han cumplido tanto en las principales ciudades del país, como en las parroquias urbanas y rurales de cada jurisdicción.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que los actos de prevención y represión efectuados por las fuerzas policiales, se han visto desprestigiados porque se han dado casos excepcionales en que algunos de sus miembros se han convertido en autores de públicos delitos.

2.- La Policía Nacional ha activado puestos de control de tránsito fijos, móviles y ocasionales en las carreteras interprovinciales y establecido puestos de control en áreas seleccionadas como las más críticas, puestos de bloque y de patrullaje motorizado en las principales carreteras del país así como se han realizado operativos especiales con patrullas marítimas en el área del Golfo de Guayaquil y en los terminales marítimos y petroleros de Guayaquil, Libertad y Balao.

3.- La Policía Nacional ha reforzado los puestos de Control Militar y Migración, ubicados en la región fronteriza con Colombia y Perú.

4.- La Policía Nacional se ha fortalecido y tecnificado, a fin de que optimizar el recurso humano y la capacitación del personal de tropa y el aumento de la capacidad operativa.

5.- Otra de las acciones ha sido promover la moralización en las Comisarías e Intendencias de Policía y crear el Consejo Nacional de Seguridad Pública, para que directamente se encargue de reducirlos los altos y elevados niveles de delincuencia, a través de la asistencia técnica a instituciones y a la comunidad en general.

6.- Meta importante es elevar la eficiencia y calidad de la administración de justicia, reprimiendo los sistemas corruptos de Juzgados e Intendencias, aplicando el derecho y libertad y la democracia dejando de ser inevitable el endurecimiento de las penas.

7.- Agilitar los servicios a la comunidad y mantener una unidad de trabajo, acordando políticas a seguirse y ejercitar un control de especial en la expedición de boletas de captura, en razón de que éstas se emitían con carácter intimidatorio y discriminatorio, dando lugar al chantaje y a la extorsión. Se espera que el nuevo sistema a implantarse, facilitaría la aplicación del reglamento de control.

8.- Fomentar y cooperar con los medios y formas modernas de rehabilitación de la población penitenciaria, a través de entidades como Confraternidad Carcelaria del Ecuador que han implantado un novedoso sistema de autocontrol, convivencia y libertad, para los penados que los rehabilita y moraliza convirtiéndolos en seres útiles para la sociedad

9.- Por último implantar un sistema de control en contra del auge de las películas violentas que dicen de la apología del delito y la incidencia directa de los actos delictivos.

Los orígenes y las consecuencias del delito y de la criminalidad nos mueve a todos a hacer causa común contra ellos, el estado, la Iglesia, los medios de comunicación, las instituciones educacionales, los empresarios, los trabajadores tenemos la obligación de aunar esfuerzos en este sentido.

Se sabe que el mejor medio para progresar y acercarnos a la felicidad relativa que podemos conseguir es la PAZ que es el mayor CAPITAL de una sociedad y este bien sólo lo conseguiremos a base de la ley evangélica "ama a tu prójimo como a ti mismo" o el principio Kantiano de "actúa" en tal forma que tu comportamiento debe ser norma de conducta universal.

4.2. Medidas de seguridad

En el campo del Derecho Penal, culminado un proceso, hay dos alternativas: La primera y más común es imponer una pena y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad.

El tema de las medidas de seguridad se relaciona de manera directa con la imputabilidad. Nuestro Código Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad,

1: la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción.

Es casi unánime entre los escritores el estimar que la primera aparición de las medidas de seguridad estructuradas sistemáticamente en un cuerpo legal es en el Código Penal, aunque también es cierto que antes existieron notorios precedentes históricos.

Buscar una definición de medida de seguridad es tanto como indagar en las diversas concepciones que sobre esta consecuencia del delito existen. La medida de seguridad conlleva de alguna manera una privación de bienes jurídicos al ser impuesta por el Estado al individuo.

Esta afirmación no contradice que, desde la óptica de la aplicación estatal, no sea prudente ni necesario interpretarla como un medio asistencial que el Estado tiene el derecho pero al mismo tiempo la obligación de ofrecer al ciudadano y nunca como una pretensión sancionadora sustitutiva de la pena en sentido tradicional con el carácter más amenazante de su indeterminación. De cualquier forma, el aceptar la medida de seguridad como privación de bienes jurídicos no conlleva en absoluto algún menosprecio a las finalidades preventivas de tratamiento y de readaptación que persigue esta institución jurídica.

2: el sujeto menor de 18 años es inimputable. Cuando el sujeto está incurso en alguna de estas situaciones en forma parcial, es considerado como un inimputable relativo o disminuido. Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos total

o relativa, y tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos.

La preeminencia de la prevención especial y la ineficacia de la pena retributiva, en la manera como había sido concebida en los viejos códigos, hicieron que irrumpieran en la legislación y en la doctrina una serie de recursos tendientes a facilitar el tratamiento de delinquentes de acuerdo a su personalidad.

Estos recursos son designados con la denominación de medidas de seguridad, y que complementando o suplantando a la pena deben cumplir con la prevención especial, es decir, disminuir o hacer desaparecer las causas que hacen del agente un ser peligroso.

Los diversos movimientos propugnadores de un derecho penal de prevención especial, exigen el abandono de la pena y su substitución por medidas de seguridad.

Nuestro codificador, siguiendo a los proyectos incorporó al sistema de sanciones del Código diversas medidas de seguridad: el internamiento en un hospital u hospicio de inimputables o imputables relativos.

La aplicación de una de estas medidas requiere, que la personalidad del agente se adecue a una de tales categorías, y que se haya cometido una acción prevista en la ley como delito.

En todos los casos, es indispensable que el agente haya actuado culpablemente y se haga merecedor a una pena.

Con esto se restringe ya de manera sensible el poder del Estado a recurrir a este tipo de medios de prevención de la delincuencia, los cuales representan en la práctica, como en el caso de la pena, la privación o restricción de derechos inalienables de la persona humana.

En la dogmática penal, se han realizado tentativas para encontrar una justificación a estas medidas, considera como base de las medidas de seguridad el principio ético-social general, de que sólo puede participar, en forma íntegra en la vida en comunidad, el que se deja dirigir por sus normas y como, la libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente, se podrá limitar la libertad, mediante una medida de seguridad, a los agentes que no sean capaces para tener esta libertad o a los que no tienen suficiente dominio sobre ella viciosos, alcohólicos, etc. O por el contrario, que la justificación de las medidas de seguridad debe buscarse en el interés preponderante de impedir la comisión de acciones delictuosas.⁷

4.2.1. Naturaleza de las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad no se incluyen en el Derecho Penal, en cuanto que son medios de tutela preventiva de carácter administrativo contra las causas del delito.

Nuestra posición difiere de cualquier planteamiento administrativista, al menos sobre las medidas de seguridad, coincidimos con la mayoría de penalistas que estas aparecen en el derecho punitivo como medio de lucha contra el delito y, por tanto, incluso integradas dentro de la definición de Derecho Penal desde el momento en que son aceptadas como una consecuencia jurídica del delito más a aplicar al individuo que ha realizado una conducta observada por la ley penal como infracción y que revela una determinada peligrosidad criminal.

Esta aseveración propicia una nítida separación entre medidas de seguridad predelictuales tanto criminales como sociales que pueden pensarse en el ámbito administrativo como hacen algunos de los autores mencionados y coherentemente fuera del Derecho penal y las medidas de seguridad postdelictuales de las que no se ha de dudar su pertenencia al sector punitivo.

En realidad donde más se ha discutido la idea de proporcionalidad es en el ámbito de las medidas de seguridad. Silva Sánchez, Aproximación, p. 260.

4.2.2. Fundamento de las medidas de seguridad

Pocas dudas existen en afirmar que el fundamento inmediato de las medidas de seguridad es la peligrosidad personal del individuo. No obstante esta afirmación necesita ser matizada.

Según Petrocelli definió la peligrosidad como un complejo de condiciones subjetivas y objetivas bajo cuya acción es probable que un individuo cometa un hecho socialmente daños. En ambos autores se manifiesta como un pronóstico o juicio de probabilidades referido al comportamiento futuro del individuo. Por otro lado, se exige conceptualmente la necesidad para fundamentar la medida.

En esta definición genérica de peligrosidad existen dos principios prácticamente confundidos: la peligrosidad criminal y la peligrosidad social.

La primera es la posibilidad de que un sujeto cometa un delito o siga una vida delincencial; refleja, por tanto, un individuo antisocial.

La segunda es la probabilidad o realidad de que el sujeto realice actos levemente perturbadores de la vida comunitaria, actos asociales sin llegar a cometer delitos propiamente dichos, pues no son actos antisociales, se trata de un individuo asocial.

La peligrosidad social resulta insuficiente para imponer medidas penales, debiendo quedar su prevención a la política social del Estado y en caso de fracaso al Derecho administrativo. La peligrosidad criminal, concebida en definitiva como un juicio de probabilidad de delinquir en el futuro, se manifiesta a su vez de dos maneras: peligrosidad criminal predelictual y peligrosidad criminal postdelictual. En la primera la peligrosidad no se manifiesta por medio de la realización de una conducta delictiva, sino por indicios personales distintos de la concreta comisión del delito.

En realidad donde más se ha discutido la idea de proporcionalidad es en el ámbito de las medidas de seguridad. Silva Sánchez, Aproximación, nota p. 260.

En la segunda se expresa con un hecho tipificado como delito sin necesidad de que el sujeto sea imputable y culpable que es indicio de su inclinación antisocial.

Semejante distinción nos introduce en la problemática de cuál de estas clases de peligrosidad constituye el presupuesto de las medidas de seguridad jurídico-penales, es necesario responder a la pregunta de si pertenecen al derecho penal las medidas predelictuales.

En Derecho Penal se suele distinguir, a que la prevención se dirija a impedir que el sujeto peligroso cometa o vuelva a cometer un delito entre medidas de prevención o medida de seguridad y medidas de prevención simplemente medida de prevención.

4.2.3. Fines de las medidas de seguridad

Si la función y el fin de la pena se muestran como un problema frecuentemente discutido, no sucede lo mismo con respecto a la medida de seguridad, sobre la que existe cierta unanimidad en admitir que su finalidad esencial es la de la prevención especial.

La mala utilización de las medidas de seguridad que puede transformarlas en un medio de ataque contra las garantías individuales provoca cierta tensión con las reglas esenciales del Estado democrático de Derecho.

Una política criminal de medidas de seguridad que aspire a ser compatible con los postulados de este modelo de Estado deberá, rodear al sistema penal preventivo de una serie de garantías dirigidas a evitar los peligros que las medidas de seguridad pueden comportar para la certeza del Derecho. Estas son:

- a. Vigencia del principio de legalidad ninguna declaración de peligrosidad sin estar descrita en la ley; ninguna medida de seguridad sin regulación legal
- b. Exigencia de una previa comisión delictiva
- c. Medidas de seguridad al servicio del individuo
- d. Eliminación de todo carácter aflictivo.

Los fines de las medidas de seguridad son:

1. La Curación.- Mediante la internación o tratamiento ambulatorio del individuo, con fines terapéuticos o de rehabilitación.

2. Tutela.- La representación del individuo que ha sido considerado inimputable o inimputable relativo.

3. Rehabilitación.- En caso de ser inimputable relativo se buscará su rehabilitación para reinsertarlo en la sociedad o que cumpla una pena privativa de libertad en una cárcel o centro penitenciario habitual.

4.2.4. Requisitos para aplicar una medida de seguridad

1. Que, el agente haya realizado un hecho previsto como delito, es decir, la conducta realizada debe estar recogida dentro de un tipo penal.

2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Esto es lo que se conoce como un pronóstico de peligrosidad post-delictual, es decir, esta medida se aplica para que el sujeto cometa delitos posteriores –futuros. Luego de cumplirse estos requisitos, debe examinarse la duración, la cual debe ser proporcional a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometerían si no fuera tratado. La graduación de la peligrosidad del sujeto depende de la opinión de peritos en la materia.

En todo caso, la ley no precisa los indicadores concretos de peligrosidad, configurándose, por tanto, una noción ambigua y de corte estrictamente normativo, afectando así el Principio de Legalidad.

Las medidas de seguridad no son penas y, por tanto, no se basan en el principio de culpabilidad reproche de la conducta, sino en el principio de proporcionalidad grado de peligro.

4.2.5. Tipos de Medidas de Seguridad

1. Internación.- Se aplica a los inimputables dentro de instituciones especializadas en el tratamiento de estos sujetos, con fines terapéuticos o de custodia.

La duración de esta medida no puede exceder el máximo de legal de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarle por el delito cometido. La autoridad del centro de internación debe rendir un informe cada 6 meses al Juez. Por ejemplo: en los manicomios.

Los establecimientos especiales de internación, según el Código Penal son:

- a. Centros Hospitalarios
- b. Centros Psiquiátricos
- c. Centros Geriátricos
- d. Centro para madres con hijos, los que cuentan con local con guardería infantil.
- e. Centros para la ejecución de medidas de seguridad determinadas por el Código Penal.

2. Tratamiento ambulatorio.- Esta medida se aplica a los inimputables relativos conjuntamente con su pena. En este caso, a diferencia del anterior, el sujeto no está recluido en una institución sino que es examinado periódicamente

Sanabria Rojas, Rafael Angel. Las Medidas de Seguridad. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, noviembre 1993. PP° 88-92_2009

Celia Lira Ubidia, Universidad San Martín de Porres – Lima, Cuarto Año. Cita bibliográfica:
<http://www.monografias.com/trabajos13/fines/fines.shtml#fi> fines de penas y medidas de seguridad

1. La Imputabilidad

Para poder analizar si una persona puede ser o no juzgado penalmente se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Ser mayor de 18 años
- Tener capacidad psicológica
- Anomalía Psíquica
- Grave alteración de la conciencia
- Sufrir alteraciones en la percepción que afecte su concepto de la realidad
- No tener la capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto

Si se tiene aquéllos requisitos se puede hablar de imputabilidad, si no se cumple alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, se procede a disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores a su mínimo legal, la anomalía psíquica no es total, si posee cierto grado de conciencia, el juez pondrá en práctica el artículo precedente.

En cuanto a la edad hay imputabilidad restringida en los siguientes casos:

- Más de 18 años y menos de 21 años, basándose en la inmadurez del agente.
- Más de 65 años, se basa en que por lo general las personas tienen una menor peligrosidad.

3. Diferencias y semejanzas entre medidas de seguridad y penas

Los medios con que el Derecho Penal moderno se enfrenta a la delincuencia son fundamentalmente la pena y la medida de seguridad, que a la vez se presentan como las consecuencias jurídicas más relevante de la infracción criminal.

Es posición tradicional separar radicalmente pena de medida de seguridad.

La pena, con sumo detenimiento, arranca inicialmente como un castigo; la medida de seguridad, como una privación de bienes jurídicos. La esencia de la pena atendía a la

justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo; la de la medida de seguridad, a la defensa de la sociedad.

Finalidad de la pena era la expiación y, secundariamente, la prevención general, la de la medida de seguridad, la utilitaria de prevención especial.

Fundamento de la pena inequívocamente se centraba en la culpabilidad, el de la medida de seguridad, en la peligrosidad del individuo.

Semejanzas de las medidas de seguridad

En este afán de acercar una y otra, GRISPIGNI estimó como caracteres compartidos de las penas y de las medidas de seguridad los siguientes:

- Ambas consisten en la disminución de bienes jurídicos.
- Ambas se aplican a las personas que son autoras de un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito.
- Ambas tienen por finalidad la defensa social, es decir, son medios jurídicos de tutela de la sociedad y, con más exactitud, son medios dirigidos a impedir la comisión de delitos.
- Ambas tienen por objeto hacer cesar la peligrosidad de las personas que son autoras de un hecho previsto como delito.
- Ambas son inflingidas por órganos de la jurisdicción penal.

Diferencias de las medidas de seguridad

- Las penas tienen por presupuesto un delito punible, las medidas de seguridad un hecho que presenta los elementos objetivos y subjetivos de un delito, si bien no es imprescindible que constituyan un delito punible.
- En tanto que las penas se aplican solamente a personas imputables, las medidas de seguridad se orientan también a personas no imputables.
- Las penas se aplican no sólo después del hecho dañoso o peligroso sino asimismo a causa de éste, en tanto que medidas de seguridad se aplican

igualmente con posterioridad al hecho, pero no a causa de éste porque el delito es solamente la ocasión una de las condiciones para la aplicación de esas medidas.

- Mientras que las penas son siempre la consecuencia jurídicas de ese hecho ilícito que es el delito y constituyen la reacción contra éste y la sanción jurídica por él, en cambio las medidas de seguridad son adoptadas exclusivamente como medios de defensa contra el peligro esto no son una reacción ni constituyen una sanción jurídica;
- A las penas tanto en el momento de la amenaza como en el de su aplicación concreta se les asigna una función intimidatoria de la generalidad de los ciudadanos y se adoptan en consecuencia, como medios para fines de la prevención especial, a la medida de seguridad se le atribuye finalidades de prevención especial.
- Las penas son proporcionadas tanto a la gravedad del delito como a la peligrosidad del agente, las medidas exclusivamente a su peligrosidad
- La imposición de penas, tanto desde el punto de vista formal como desde el sustancial, es función exclusiva y específica de la jurisdicción penal, la de las medidas, si bien se confía a esos mismos órganos, lo es solamente por razones de oportunidad, en virtud del principio de economía procesal y por razones de garantía del ciudadano.

CAPITULO V

‘‘FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL Y DIFERENCIAS EN DIVERSOS ÁMBITOS DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL A NIVEL INTERNACIONAL’’

5. Fundamentos Constitucionales del Principio de Proporcionalidad en diferentes países del Ius Puniendi

5.1. Fundamento Constitucional del Principio de Proporcionalidad en México

El Principio de Proporcionalidad de las Penas se encuentra plasmado en la Constitución Política de los mexicanos, que a la letra dice:

‘‘Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado’’.⁸⁹

En el mismo tenor, en el párrafo cuarto y sexto, respectivamente, del artículo 18 constitucional federal se establece que:

La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en

La Proporcionalidad en las penas. Ivonne Yenissey Rojas Pag- 89

³ *Ibidem*, p. 100.

desarrollo les han sido reconocidos. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada

Este artículo hace referencia a la Justicia para Adolescentes, y a la imposición de las penas, estableciendo la edad a partir de la que se considera a una persona como adolescente, haciendo énfasis en que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Federal, entre ellos, el de proporcionalidad de las penas.

5.1.2. LA IDEA DE PROPORCIONALIDAD EN LAS FUNDAMENTACIONES PREVENTIVAS Y RETRIBUTIVAS DE LA PENA

Fundamentaciones preventivas y retributivas de la pena

Las bases ideológicas se encuentran en el reconocimiento, como guardián de la justicia y compendio de las nociones morales y fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse.

Limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual.

Fundamentación religiosa: Se parte de que existe un paralelismo entre la exigencia religiosa de justicia divina y la función de la pena: castigo por el pecado.

Fundamentación ética: El hombre es un fin en sí mismo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad. La pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un imperativo categórico, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras.

La pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad.

Fundamentación jurídica: El carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el ordenamiento jurídico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente.

La pena se concibe sólo como reacción que mira al pasado, y no como instrumento de fines utilitarios posteriores.

La función que asignan a la pena es la de realización de la Justicia, esta se funda en una exigencia incondicionada de justicia que no puede depender de conveniencias utilitarias relativas de cada momento, sino que se impone con carácter absoluto.

Tras esta concepción se halla una filosofía político liberal que ve en la proporción con el delito a que obliga la concepción absoluta de la pena un límite de garantía para el ciudadano. No se puede castigar más allá de la gravedad del delito cometido, ni siquiera por consideraciones preventivas, ya que la dignidad humana se opone a, que el sujeto sea utilizado como instrumento de consecución de fines sociales de prevención a él trascendentes.

La teoría de la validez retributiva se deriva de la necesidad de que la pena guarde una cierta proporcionalidad. Y esto porque la pena mira al pasado, es decir, parte de un hecho ya acaecido, por lo que no busca ningún fin futuro.

FUNDAMENTACIONES PREVENTIVAS DE LA PENA

Asignan a la pena la misión de prevenir delitos como medio de protección de determinados intereses sociales.

El concepto de prevención en teorías relativas se da porque ésa es relativa y están referidas a dos tipos de fines.

PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA O INTIMIDATORIA:

Prevención frente a la colectividad. En el Antiguo Régimen, ello se confiaba a la ejemplaridad

de la ejecución de la pena. Se fija el momento de la conminación penal contenida en la ley. La pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal. Cuando un sujeto medita la posibilidad de cometer un delito.

La pena es un mecanismo de coacción psicológica para que la balanza se decida a favor de la no comisión del acto delictivo. La ejecución de la pena sólo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal. A la hora de fijar las penas deberá asignarse tanta cantidad de pena como sea necesaria para que el efecto preventivo cumpla su cometido TERROR PENAL.

-En la actualidad se señala que la intimidación no es la única vía de la prevención general. Ésta no debe buscarse a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante la afirmación positiva del Derecho Penal, a la que se le atribuye los siguientes tres cometidos:

- Función informativa de lo prohibido y de lo que debe hacerse.
- Misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de mantener e imponerse.
- Crear y fortalecer una actitud de respeto por el Derecho no una actitud moral.

Podría resultar cuestionable si se concibiese en términos tales que permitiesen ampliar la injerencia del Derecho Penal a la esfera de la actitud interna del ciudadano. También puede entenderse por una razonable afirmación del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho para limitar la prevención general por una serie de principios restrictivos.

Entre estos principios cuenta la exigencia de proporcionalidad entre delito y pena. Admitirlo permitirá las graves objeciones que se han dirigido a una prevención general ilimitada. Los hechos que por ser menos graves no se ven obstaculizados por fuertes barreras en la moral social, debería ser castigados con las penas más graves.

Por otra parte los hechos reputados de máxima gravedad por la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sancionada, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal.

PREVENCIÓN ESPECIAL:

- Se dirige a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada.
- La pena busca evitar que quien la sufre vuelva a delinquir.
- La prevención especial no puede operar en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena.
- Fue defendida por distintas tendencias: el correccionalismo, la Escuela Positiva o la dirección moderna.

Se había considerado que la pena solo podía justificarse por su finalidad preventiva de pena final.

5.2. CRITERIOS QUE DETERMINAN LA GRAVEDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La racionalidad, la razonabilidad y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en ese sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones que se adoptan en el control de constitucionalidad.

Dichos criterios cumplen con dos funciones: la primera, son criterios orientadores en las que se dan propuestas, criterios que permitan abordar importantes asuntos como lo es la gravedad de la intervención penal con el principio de proporcionalidad, a fin de facilitar soluciones dentro de las posibilidades regulatorias que admite nuestra actual realidad⁸⁰

Carta Iberoamericana de la Función Pública PAG. 8

⁸⁰ Jescheck. Tratado de Derecho Penal, cit. nota n° 29, p. 786.

En la constitución, los cuales intentan tomar decisiones correctas y adoptarlas correctamente.

Ejemplo.

Un Derecho penal orientado a las consecuencias necesita verificar la justicia de las decisiones de las distintas instancias jurídicas penales, medir sus efectos favorables o desfavorables, corrigiendo, aunque sean correctos desde el punto de vista normativo.

Así, por ej. El legislador en materia penal, tiene que responder en su ámbito a cuestiones como éstas:-

¿Es necesario recurrir al Derecho penal cuando sean suficientes otros medios de solución jurídica menos radicales (Derecho social, laboral, familiar, etc.)?

¿Se refieren las prohibiciones penales a conductas que realmente producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico?

¿Produce el aumento de la gravedad de la pena el esperado efecto intimidatorio?

En el ámbito judicial, el juez penal necesita ese conocimiento empírico en muchas de sus decisiones, tales como las relativas a la imputabilidad, grado de alcoholemia, etc.

Podemos deducir que en el ámbito normativo que configura la Constitución, se estructura un sistema más teórico que real, utilizándose para ello la técnica de la reserva material de ley, como competencia de atribución del legislador.

Cuestión que, más que propiciar un sistema homogéneo y equilibrado, genera una heterogeneidad de reservas legales y una multiplicidad de combinaciones de ella, donde en su vinculación con los reglamentos, además de diversidad de principios, se requiere considerar el principio de competencia y el principio de control. De ahí que la interpretación constitucional tiene en la técnica de la reserva de ley su desafío más permanente, sobre todo en torno a la naturaleza conflictiva de las relaciones entre las leyes y reglamentos.

Resulta imprescindible para valorar la funcionalidad de cada uno de los elementos que componen el sistema, pero es precisamente esa visión la que resulta más dificultosa a la hora de buscar criterios de equilibrio, cuyas posturas resultan cada vez más forzadas y difíciles de justificar. Por ello, la reserva legal no es hoy un criterio del todo funcional a la hora de fijar las relaciones entre órganos que tienen poder democrático, sobre todo frente a la falta de rigor y perfección técnica que ha demostrado el Constituyente a la hora de configurar sus ámbitos normativos.

Teniendo en cuenta esta perspectiva de razonamiento, los criterios orientadores que ha podido deducir nuestra actual constitución, solamente facilitarían soluciones parciales a la controversia de la relación ley-reglamento, con ello reconocemos una clara debilidad teórico regulatoria en su actual configuración.

La doctrina jurisprudencial que se ha desarrollado hasta la actualidad, no se vislumbran del todo en su razonamiento sólidas premisas teórico constitucionales como criterios orientadores, que permitan solucionar con claridad este trascendental asunto de las intervenciones con el principio de proporcionalidad.

La segunda, son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina la corrección de las decisiones de la corte constitucional.⁸⁰

Ejemplo.

Es esencial para cualquier comunidad política y jurídica, que todo procedimiento jurídico este ligado a la corrección de las decisiones de la corte constitucional, y esté limitado materialmente por los derechos fundamentales, produciéndose la peculiar relación entre tales derechos subjetivos y la democracia, es posible lograr la reconciliación del principio democrático con los derechos fundamentales, ya que constituye un presupuesto básico para lograr las condiciones de cooperación social justa

Carta Iberoamericana de la Función Pública PAG. 8

⁸⁰ Jescheck. Tratado de Derecho Penal, cit. nota n° 29, p .786.

El constitucionalismo considera fundamental el proceso democrático y la teoría democrática reconoce la importancia de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. La divergencia básica radica en la forma de proteger estos derechos y los bienes constitucionales a ellos inherentes. Los demócratas creen en la primacía del gobierno democrático y en el proceso democrático como la forma de asegurar la protección de las libertades y derechos de las personas.

Los "constitucionalistas" toman el proceso político como base de las políticas públicas en relación a los derechos, pero el proceso político no es suficiente para avalar la justeza de esas políticas.

El principio de proporcionalidad es la técnica jurídica y argumentativa encaminada a determinar si una intervención que realizó el legislador en un derecho fundamental se ajusta o no a la Constitución.

Desde los orígenes del Derecho Constitucional, el principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima

CAPITULO VI

“IMPOSICION Y APLICACIÓN DE UNA PENA”

LA PENA PROPORCIONADA A LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN COMETIDA

La pena debe ser proporcional según el delito y para esto nos basamos en principios básicos del Derecho Penal.

PRINCIPIOS BÁSICOS

El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que regulan la facultad que tiene el Estado para establecer en función de hechos que se hallan contemplados en la ley, la pena correspondiente, con el objetivo de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.

Es decir, para proteger la vida, la libertad, la propiedad etc. se describen en la ley unas conductas cuya realización implica la comisión de un delito y a las que se asocian las penas correspondientes

El Derecho Penal se somete a unos principios básicos:

- **El principio de mínima intervención:** significa que el Derecho Penal protege únicamente los bienes jurídicos más importantes (vida, libertad, propiedad, etc.) frente a las formas más graves de agresión. Otras conductas que infringen deberes menos graves se sancionan por otros medios, mediante sanciones administrativas, como por ejemplo, las infracciones de tráfico a las que se imponen multas.
- **El principio de legalidad.** Significa que el delito y la pena deben estar previstos en una ley para que los ciudadanos puedan conocer, antes de realizar una conducta las consecuencias legales de sus actos. De este modo se precisa que, para ser castigada, la conducta ha de haber sido cometida tras la

entrada en vigor de la ley, que estuviera definida con suficiente claridad y que no fuera ampliable por analogía, es decir, que permitiera castigar hechos parecidos pero distintos de los que estrictamente define la ley.

- **El principio de irretroactividad de la ley penal.** Prohíbe que a una conducta delictiva se le aplique una ley posterior que castigue el hecho más gravemente. Tiene como excepción el de la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables en beneficio del reo. Por ejemplo, si la nueva ley castiga de forma más favorable el hecho cometido, ha de aplicarse aquella y reducir la pena impuesta con anterioridad.

- **El principio de proporcionalidad de las penas.** La pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. El principio de proporcionalidad también se denomina principio de prohibición del exceso que se proyecta tanto sobre la teórica pena que corresponde al delito como sobre la aplicación de su correcta imposición. La proporcionalidad exige valorar entre la gravedad de la pena y el fin perseguido por la ley penal, debiéndose atender en primer lugar a la gravedad de la infracción cometida.

- **El principio non bis in idem.** Significa que una conducta no puede ser sancionada dos veces.

Por otra parte, el delito se puede definir como una acción típica, antijurídica, culpable y punible, de donde se extraen otros principios básicos del Derecho Penal.

La tipicidad es un elemento del delito que implica una relación de total conformidad entre un hecho de la vida real y algún tipo legal o tipo penal. Se entiende por tipo legal, la descripción de cada uno de las acciones u omisiones que la ley penal considera delictivos. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable.

Rossi Masella, Blas (1961). *Historia del Derecho Tomo III*. Montevideo. Editorial "El Derecho".

Beccaria, Cesare (1990). *De los delitos y de las penas*. Bogotá. Editorial Temis.

La antijuridicidad representa el desvalor social que hace que una conducta sea contraria a derecho por ejemplo, agredir a una persona y por eso se contempla su realización en la ley como un delito. Si quien es objeto de una agresión se defiende de forma proporcionada en legítima defensa, se excluye la antijuridicidad.

Principio de culpabilidad. Es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho que está descrito en la ley como antijurídico.

No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues se requiere voluntad en la comisión de un delito o, al menos imprudencia. Lo que no es posible es castigar por el mero hecho de que se haya producido un resultado ilegal.

Principio de presunción de inocencia. Consiste en el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, a ser considerada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia definitiva. Corresponde a quien acusa probar la culpabilidad del acusado, y no es éste el que tiene que probar su inocencia, que se presume.

Para destruir la presunción de inocencia se requiere de un procedimiento penal en el que: Se haya practicado un mínimo de actividad probatoria.

Que sea de cargo que tenga carácter incriminatorio y acusador.

Que dicha actividad probatoria haya sido obtenida regularmente por ejemplo, si se han encontrado pruebas en el interior de una vivienda el registro se haya realizado con autorización judicial.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2005). Ediar Temis. ed. *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Primera edición edición). Sistemas de Derecho Procesal Penal en Europa, Ramón Maciá Gómez, Cedecs 1995.

DE LA CUESTA AGUADO., Paz M. (1995). *Tipicidad e imputación objetiva* (Primera edición). Tirant Lo Blanch.

GARRIDO Montt, Mario (2007). *Derecho Penal (4 tomos)* (cuarta edición). Editorial Jurídica de Chile. Cita bibliografica: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal

6.1. DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LAS INFRACCIONES

Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores responsables de la infracción consumada. Las personas tenemos derecho a que se haga justicia, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo.

La pena es una sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia ya que nadie puede ser penado sin haber cometido un delito. Entonces, el fin de las penas es lograr que el individuo que cometió un delito, no vuelva a cometerlo, y tratar que los ciudadanos no cometiesen delitos. Lo que es una readaptación con la sociedad. Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario y todo esto ya lo sabemos.

A continuación se da a conocer a los responsables de las infracciones, los autores, los cómplices y los encubridores que se los encuentra en los art. 42, 43,44 del Código Penal Ecuatoriano.

Art. 42. Se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

43. Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

44. Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las

señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

Art. 45. Está exento de represión el encubrimiento en beneficio del cónyuge del sindicado; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, o de sus afines hasta dentro del segundo grado.

Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado.

Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado.

Art. 47. Los cómplices serán reprimidos con la mitad de la pena que se les hubiere impuesto en caso de ser autores del delito.

Art. 48. Los encubridores serán reprimidos con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores del delito, pero en ningún caso ésta excederá de dos años, ni será de reclusión.

Art. 49. En caso de los delitos contra las personas, quedarán exentos de responsabilidad, por ocultación, los amigos íntimos y los que hubieren recibido grandes beneficios del responsable del delito, antes de su ejecución.

Art. 50. En el caso de conocimiento limitado por enfermedad, la pena aplicable al infractor será de un cuarto a la mitad de la señalada a la infracción, de acuerdo con las circunstancias que serán debidamente apreciadas por el juez.

En este caso suele suceder por perturbación mental relativa, que el infractor al momento de realizar el acto delictuoso estaba, por razón de enfermedad, en tal estado mental que aunque disminuida la capacidad de entender o de querer, no le imposibilitaba

absolutamente para hacerlo, responderá por la infracción cometida, pero la pena será disminuida como lo establece el Código Penal.

6.2. LAS PENAS EN GENERAL

Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito.

Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.

La reclusión mayor, que se cumplirá en las penitenciarías, se divide en ordinaria de cuatro a ocho y de ocho a doce años, y en extraordinaria de doce a dieciséis años, y especial de 16 a 25 años.

El condenado a reclusión mayor guardará prisión y estará sujeto a trabajos de reeducación.

La prisión correccional la sufrirán los condenados en las cárceles del respectivo cantón, en las de la capital de provincia o en secciones apropiadas de las penitenciarías, debiendo ocuparse en trabajos reglamentarios, en talleres comunes.

Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena

La interdicción surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria, y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.

Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios delitos que merezcan pena de reclusión, quedarán también sujetos a interdicción.

Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto.

Toda detención, antes de que el fallo esté ejecutoriado, será imputada a la duración de la pena de privación de la libertad, si dicha detención ha sido ocasionada por la infracción que se reprime.

Toda sentencia que condene a reclusión o a prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; pero en los casos que determina expresamente este Código, los jueces y tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un término de tres a cinco años, aunque la prisión no pase de seis meses.

En virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señale, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito.

Los condenados a pena de reclusión pueden ser colocados, por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y si reincidieren en el mismo delito o cometieren otro que merezca la pena de reclusión, esa vigilancia durará toda la vida.

Las multas por delitos pertenecen al Fisco; y serán impuestas a cada uno de los condenados por una misma infracción. La multa se cobrará por apremio real.

En la sentencia podrá el juez autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas;

debiendo fijarse el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

El comiso especial: recae sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma.

El comiso especial será impuesto por delito, sin perjuicio de las demás penas establecidas por la ley; pero, al tratarse de una contravención, no se impondrá sino en los casos expresamente determinados por la ley.

El trabajo es obligatorio en los establecimientos destinados a reclusión y prisión correccional, y su producto se invertirá en la forma señalada en la ley respectiva.

El producto del trabajo del penado no es susceptible de embargo ni secuestro, salvo para el pago de alimentos forzosos.

De acuerdo al art. 67 del Código Penal, la condena a las penas, es independiente de la indemnización de daños y perjuicios, en el mismo se señala en el art. 52, la sentencia condenatoria a las penas, lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito.

Y una vez, determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente.

Los daños y perjuicios serán pagados en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización. La liquidación de las indemnizaciones declaradas en sentencia firme se llevará a cabo en juicio verbal sumario, conforme prescribe el Código de Procedimiento Penal.

La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable. En caso de insolvencia comprobada, por las costas procesales no habrá

apremio alguno. Cuando los bienes del condenado no fueren suficientes para pagar los daños y perjuicios, la multa y las restituciones, serán preferidas las dos primeras condenaciones; y en concurrencia de multa y costas debidas al Fisco, los pagos que hicieren los condenados se imputarán primeramente a las costas.

Ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso o aclaratoria de la sentencia. Las obligaciones civiles derivadas de las infracciones, no se extinguen por la muerte del reo, el culpado está obligado a publicar, a su costa, la sentencia condenatoria, cuando la publicación constituya el medio de reparar el daño no pecuniario ocasionado por el delito.

DE LA APLICACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS PENAS

La aplicación abarca desde los principios del proceso penal que surgen como una garantía para que el proceso en si se realice de manera justa y con la aplicación debida del derecho, donde las normas que deberán ser aplicadas por el juez tienen carácter principal, ya que estas son las bases de las que deberá guiarse el juez para la realización del proceso, los principios además de ser garantías son los fundamentos del proceso, ya que denotan las reglas del proceso en sí, de no acatar con estas reglas el proceso no habrá sido llevado de manera justa por lo que no se han asegurado los derechos del procesado.

Es necesario conocer las normas básicas del proceso antes de ejercerlo, de tal manera que en todo momento exista el modo de defenderse en caso de ocurrir alguna injusticia dentro del proceso que cause el desequilibrio de los derechos fundamentales del procesado.

Las penas aplicables a los delitos, es la condena e inhabilitación absoluta del uso y goce de los derechos.

En el Código Procesal Penal están plasmados los principios básicos del Debido Proceso que armoniza los dispositivos constitucionales de necesidad del proceso penal con las garantías generales y específicas de protección de la persona, buscando rodear al proceso de los elementos de equidad y justicia que sustenten su legitimidad.

SU APLICACIÓN Y MODIFICACION

Una vez establecido el cuadro de las penas que prevé el Código Penal, toca examinar la forma en que éstas deben ser aplicadas en cada caso. Para ello los jueces tomarán en cuenta, sin duda, los análisis de su personalidad de que dispongan, pero también las diversas circunstancias del caso que les permitan modificar la pena en uno u otro sentido. El problema es especialmente complejo respecto a las penas privativas de la libertad, cuya estructura ya en sí complicada y que se agrava más todavía en el momento de su aplicación.

En definitiva el juez o tribunal deberá hacer las siguientes consideraciones, o si se quiere dar los siguientes pasos, para determinar con qué pena concreta sancionará al responsable del un delito:

- 1) Escoger entre el máximo y el mínimo de la pena señalada para cada infracción. En este punto el juzgador tiene absoluta discrecionalidad para tomar una decisión, aunque es obvio suponer que lo hará por causas que haya podido apreciar en relación al condenado.
- 2) Modificar las penas cuando encuentre una situación relativa al itercriminis, esto especialmente en los casos de tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz, en los cuales el Código de reglas expresas.
- 3) Aplicar la pena que corresponda a cada uno de los partícipes, según el grado de su responsabilidad: autores y coautores, cómplices y encubridores.

- 4) Modificar la pena según se hayan comprobado circunstancias atenuantes y agravantes.
- 5) Modificar la pena si encuentra algún caso de reincidencia.
- 6) Considerar si hay concurrencia de delitos para determinar la pena única aplicable.

En esta materia, como en muchas otras, las modernas tendencias son más amplias, pues consideran que la individualización y modificación de las penas no concluyen en el momento de dictar la sentencia, sino que van más allá. Para ello los jueces de ejecución podrían, en cualquier momento, sustituir la pena que está cumpliendo un condenado por otra que sea más apropiada a sus circunstancias personales.

De todos modos, el verdadero problema radica en que las penas previstas en las leyes penales quedan en el plano de la amenaza porque en muchos casos jamás se imponen por los jueces encargados de juzgar a los infractores; o las condenas a penas privativas de la libertad, cuando éstas se pronuncian, se reducen a menos de la mitad. Así, el valor preventivo general o especial de la pena, entendido como el temor que debe infundirse a los potenciales delincuentes o al reo por el castigo que va a sufrir si comete la infracción, pierde, en la práctica, toda su eficacia.

Una de las características esenciales de la pena es la irrevocabilidad o certeza, lo cual supone que "cuando el legislador amenaza con ella al responsable del delito o contravención legalmente tipificados, ha de imponerse ineludiblemente en la respectiva sentencia condenatoria, y que a partir de ese momento procesal, debe cumplirse en su integridad, escribió el penalista Alfonso Reyes Echandia en su obra *punibilidad*". Luego, el mismo autor, citando al gran Carrara ratifica que la fuerza moral objetiva de la pena está más en razón de su certeza que de su severidad; es decir, ésta sin aquella es ilusoria.

En el Ecuador que vivimos, de un tiempo a esta parte, se ha legislado pensando más en proteger y beneficiar a los delincuentes que ponen en peligro la supervivencia de la

sociedad antes que legislar para defender al conglomerado social que es víctima de la acción depredadora de una criminalidad que avanza incontenible, en tanto los medios de control social formal y el Estado mismo no concretan medidas de combate que ponga a la delincuencia y a los delincuentes en el sitio en el que deben estar.

Si las sentencias condenatorias fijan penas privativas de la libertad por un determinado número de años, según lo dispuesto por las leyes penales, los reos saben por anticipado que con buena o mala conducta observada en el establecimiento de "rehabilitación" saldrán en la mitad del tiempo de la condena, y aún antes si a alguien más no se le ocurre beneficiarles con otro año jubilar.

Y esto para no redundar en la paradójica inutilidad del proceso penal que echa a la basura la labor investigativa de la policía, el tiempo y esfuerzos del Ministerio Público y de la Justicia penal, si por demoras de los operadores del sistema o malas artes de los "habilidosos" abogados defensores, cuyos mayores conocimientos y diligencia se contrae a demorar el avance del proceso a modo de lugar, el año fijado para la caducidad de la prisión preventiva llegan antes de lo esperado y el delincuente, convertido en "víctima" del sistema sale a seguir aterrorizando a la sociedad.

Así, la certeza legal, de la que habló Carrara hace más de 130 años, es decir, "que la ley no admite medios para evadirse de la pena cuando se ha incurrido en ella y se ha reconocido la delincuencia", en el Ecuador de principios del siglo XXI ha quedado en nada.

Según el art. 72 del Código Penal, cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas de reclusión como las que a continuación se señalan, estas a su vez, serán reducidas y modificadas

LA RECLUSIÓN MAYOR: es la Condena Larga Privativa de la Libertad con tal denominación es la más larga y severa en su clase, se cumple en los Centros de Rehabilitación Social del Estado y se dividen en:

ORDINARIA: Pena Privativa va de cuatro años a ocho años y de ocho años a doce años.

EXTRAORDINARIA: La Pena Privativa de la Libertad va de doce años a dieciséis años.

ESPECIAL: Pena Privativa de dieciséis años a veinticinco años.

LA RECLUSIÓN MENOR: Es la Condena, y se cumple en los Establecimientos o Centros de Rehabilitación Social del Estado y se dividen en:

ORDINARIA: La Pena va de tres años a seis años; y de seis años a nueve años.

EXTRAORDINARIA: La Pena es de nueve años a doce años.

Cuando el Juez se encuentra ante la posibilidad de aplicar una pena de reclusión, porque el delito así lo prevé, debe decidir cuál es el alcance de la inconstitucionalidad. A este respecto, se plantean dos posibles posturas:

a) La primera, considera que todas las penas de reclusión devienen inconstitucionales, y por ende, el juez no podrá aplicarlas en ningún caso.

b) La segunda, afirma que las penas de reclusión están previstas por el código, y por ende, no puede borrarlas de un plumazo, simplemente debe declararse la inconstitucionalidad del cómputo anómalo, y de esa forma, aplicar la reclusión computando la prisión preventiva como si se tratara de una pena de prisión; es decir, realizando un cómputo normal de la prisión preventiva.

Las Condenas de Reclusión Menor están sometidas a trabajos de Reeducción, Trabajos de Talleres Comunes, y sólo se los hará trabajar fuera del establecimiento al organizarse Colonias Penales, Agrícolas y no se las aislará, a no ser por castigos reglamentarios, que no podrán pasar de ocho días.

Como ya se había mencionado anteriormente, cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas de reclusión como las que a continuación se señalan, serán reducidas y modificadas de esta manera:

La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años;

La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se reemplazará con reclusión menor de seis a nueve años;

La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor de tres a seis años;

La reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años se reemplazará con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años;

La reclusión menor ordinaria de seis a nueve años se sustituirá con prisión correccional de dos a cuatro años; y,

La reclusión menor de tres a seis años quedará reemplazada con prisión correccional de uno a dos años.

Esto es que cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

La reclusión y prisión son penas que privan de la libertad personal, y la inhabilitación a ciertos derechos del mismo.

Según el art. 73. del Código Penal, si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas correccionales de prisión y multa, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas, separadamente, o reemplazar la de prisión con multa, si sólo aquella está prescrita por ley.

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Según el art. 74. del Código Penal, cuando hubiere a favor del reo una sola atenuante de carácter trascendental y se tratare de un sujeto cuyos antecedentes no revelen peligrosidad, no habiendo agravantes no constitutivas o modificatorias de infracción, podrán los jueces apreciarla para la modificación de la pena.

Para que uno sola atenuante valga como dos o más, es necesario:

1. Que aquella sea trascendental o sea de gran importancia, de calidad excepcional, que conmueva positivamente, desde el punto de vista humano.
2. Los antecedentes del sujeto deben ser limpios, claros, buenos, de tal modo que indiquen que no se trata de un hombre peligroso.
3. No deberán existir, al mismo tiempo agravantes; y,
4. La apreciación de la trascendencia de la atenuante corresponde al juez. Por lo mismo, la ley usa podrán y no deberán cerrando así el derecho para el sentenciado de pedir la modificación favorable de la pena. La circunstancia de cada caso determinará si corresponderá o no el beneficio constante en el artículo. Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

Según el art. 75. del Código Penal, cuando exista alguna de las circunstancias de excusa, que son aquellas circunstancias accidentales al delito que, por incidir sobre el elemento esencial de la culpabilidad, producen el efecto de disminuir la responsabilidad criminal del sujeto determinando, en consecuencia, un menor quantum de pena.

La excusa es una circunstancia accidental que se une a los elementos constitutivos generales y especiales de la infracción, y tiene como efecto, ya sea atenuar la pena, e impedir que esta sea impuesta al prevenido.

En torno a las excusas el hecho de que en virtud el juez no tiene poder para crear las excusas, pues estas están determinadas por la ley; mientras que las absolutorias tienen por efecto, no declarar que el hecho no ha sido cometido, ni que su autor no es culpable, sino que, a pesar de ello, no le debe ser impuesta la pena determinada por la ley.

Mientras tanto, y en contraposición, los casos que no pueden ser excusados nunca podrán ser objeto de circunstancias atenuantes.

Condiciones para que la provocación sea causa de excusa:

- a) Que se haya realizado contra el autor del homicidio, de las heridas o de los golpes, un acto que lo haya irritado, entre los cuales entran la provocación, las amenazas y violencias graves.
- b) Que ese acto sea injusto.
- c) Que el acto provocador preceda inmediatamente a tales hechos delictuosos.

También son excusables los delitos que cuando se cometan repeliendo durante el día escalamiento o rompimiento de paredes, cercados o fracturas de puertas y otras entradas de casas habitadas, o de sus viviendas o dependencias. Si de hecho se cometiere de noche. Esta excusa reposa, según Garud, sobre una doble base: la violación del derecho

de propiedad y una amenaza indirecta contra las personas, circunstancias que excitan la cólera y la venganza de los habitantes contra los asaltantes.

Un punto que se debe subrayar en este artículo es la diferenciación entre la presunción de la legítima defensa en el que se establece una simple excusa, basándose en que la persona cuya habitación es atacada durante la noche está más expuesta al peligro y no contara con igual facilidad de socorros de amigos, vecinos o autoridades como lo tendría si la acción se realizara durante el día. También se tiene por entendido que si de día resulta a veces conseguir los socorros y por ende verse forzado al uso de la fuerza, entonces se sobreentiende que será aun más complicado por las noches, en estos casos dichas acciones serán juzgadas.

El parricidio nunca es excusable, tratado por el artículo 452 del Código Penal. El parricidio es un delito cometido por el que da muerte a sus padres, hijos o cualquier otro de sus descendientes o ascendientes legítimos ilegítimos, o a su cónyuge El descubrimiento del inconsciente ha hecho de lo trágico un elemento constitutivo del ser hablante. La razón de ser de este artículo se basa en una reproducción de la antigua legislación francesa, según la cual el respeto religioso que se debe a los padres o a quien la ley coloca en el mismo rango, impone el deber de sufrirlo todo antes de antes que levantar la mano sacrílega.

Es importante resaltar que la excusa no es algo que se aplica de forma automática, sino que esto hay que demostrarlo en los tribunales. Una vez aceptada la excusa atenuante el juez determina la pena que debe ser pronunciada a causa del delito, esta abstracción debe hacerse de la excusa y sobre esa pena debe operarse el cálculo de la atenuación.

El delito de Perjurio previsto y sancionado en el artículo 354 al 360 del Código Penal pp.57, permite excusar de pena a quien se retracte de su falsas declaraciones cuando se trata es de estimular toda declaración que se preste ante cualquier Órgano de la Administración todavía es posible evitar los efectos que estas producirían, en este artículo el legislador consideró razonable eximir de pena a quien se retracte de sus

falsedades porque lo que de Justicia o funcionario competente para conocer de esas declaraciones. Resulta conveniente significar que la excusa analizada es general para el delito de Perjurio en cualquier circunstancia que lo genere, puesto que si se tratare de declaraciones falsas prestadas en el proceso penal, solo sería imputable la ofrecida ante el Tribunal, los testigos comparecientes que hayan declarado en la fase preparatoria comparezcan a declarar sobre los mismos hechos en el juicio solo habrá lugar a mandar a proceder contra ellos; como presuntos autores del delito de Perjurio, cuando la declaración falsa sea hecha en dicho juicio.

Las penas serán del modo siguiente:

Si se trata de un delito que merezca reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años, la pena será sustituida por la prisión correccional de uno a cinco años y multa.

Si se trata de una infracción reprimida con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, se aplicará la pena de prisión correccional de uno a cuatro años.

Si la infracción está reprimida con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá esta pena con la de prisión correccional de uno a tres años.

Si la pena señalada para la infracción es la de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, se reemplazará con prisión correccional de seis meses a dos años y multa.

Si la infracción está reprimida con reclusión menor de seis a nueve años, se aplicará la pena de prisión correccional de tres meses a un año y multa

Si la pena que debe aplicarse es la de reclusión menor de tres a seis años, se reemplazará con prisión correccional de uno a seis meses y multa.

Si se trata de un delito reprimido con prisión correccional, la pena quedará reducida a prisión de ocho días a tres meses y multa de treinta y cinco sucres, o una de estas penas solamente.

Art 76. La reducción de la pena de reclusión, en virtud de circunstancias atenuantes, no impide que al condenado se le coloque bajo la vigilancia especial de la autoridad durante tres años.

Cabe recalcar que esto se da también, por la disciplina, el buen comportamiento y conducta de la persona que está cumpliendo la pena, además de acatar con las obligaciones y responsabilidades dentro de la penitenciaría de la que está cumpliendo.

Art 77. Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.

Este término se reserva para señalar el caso de un individuo que es actualmente responsable por varias conductas sancionadas penalmente, que serán materia de un solo juicio, en razón de que sobre ninguna de las conductas perpetradas por el autor existe pronunciamiento judicial, se refiere a su repetición por el que antes fue condenado.

Existe la reincidencia específica que es aquella en que el nuevo delito cometido es de la misma especie que el delito antes sancionado y reincidencia genérica la que consiste en la repetición de un delito de diversa especie del otro u otros que ya fueron objeto de juzgamiento. En muchas legislaciones antiguas el concepto de reincidencia se aplicaba únicamente a la reincidencia específica. Para algunos autores la reincidencia específica es de más gravedad, por cuanto ella revela una tendencia marcada del delincuente a recaer en una misma clase de delitos; sin embargo, para otros (entre estos Carrara) la reincidencia genérica demuestra una mayor aptitud para delinquir.

Art 78. En las contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta.

Art. 79 Las sentencias condenatorias expedidas en el extranjero se tomarán en cuenta para la reincidencia.

Igualmente, se tomarán en cuenta las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales militares pero sólo al tratarse de delitos de la misma naturaleza; y, en este caso, solamente se considerará el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación, y no la que se hubiere en realidad aplicado.

Art. 80. En caso de reincidencia (la reincidencia ficticia o impropia será entonces aquélla en que incurre el que fue condenado antes en virtud de sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena) se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes:

- 1a.- El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce;
- 2a.- Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años;
- 3a.- Si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve;
- 4a.- Si el nuevo delito cometido es de los que la ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria;
- 5a.- Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión mayor de doce años;

6a.- Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena;

7a.- Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito, o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y,

8a.- Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsele circunstancias de atenuación.

Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del código penal, siempre que sean de la misma naturaleza, se aplicará la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.4. CONCURRENCIA DE VARIAS INFRACCIONES

En este articulado del código penal, se versa de que según la acumulación de infracciones que cometa el imputado, únicamente se impondrá la pena más rigurosa o señalada al delito más grave, como lo que a continuación se señala.

Art. 81 En caso de concurrencia de varias infracciones es cuando varias violaciones a la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza, hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionaran con la pena correspondiente al más grave.

Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada a un tercio de la pena máxima prevista para el delito más grave.

La aplicación de las anteriores disposiciones quedara excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos”.

El tratamiento penal consiste en apreciar un solo delito a sancionar con la pena de la infracción más grave, que puede ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, e inclusive debe ser impuesta la pena de superior en grado, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiera perjudicado a una generalidad de personas (Delito en masa).

En caso de concurrencia de varias infracciones es se observaran las reglas siguientes:

1a.- Si concurren varios delitos reprimidos con penas correccionales, o uno o más de estos delitos con una o más contravenciones, se acumularán todas las multas y penas de prisión correccional y de policía; pero de manera que la multa no pueda exceder del doble de la más rigurosa; y la prisión correccional, de seis años;

2a.- Cuando concurra un delito reprimido con reclusión con delitos reprimidos con prisión correccional o una o más contravenciones, se impondrá la pena señalada al delito más grave;

3a.- Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor;

4a.- Cuando haya concurrencia de varias contravenciones se acumularán todas las penas merecidas por el contraventor, pero no podrán exceder del máximo de la pena de policía; y,

5a.- Cuando un solo acto constituya varias infracciones únicamente se impondrá la pena más rigurosa.

Art. 82. En los casos de condena por primera vez:

Es un beneficio de suspender la ejecución de la Pena, y que se concede a favor del delincuente primario y siempre que se trate de delitos de escasa gravedad.

En este articulado se versa que si el infractor, es condenado por primera vez, este se fundará en criterios de jueces respecto de personalidad integral del condenado.

En este caso de condena por primera vez, si es causada por delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que sólo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena.

Esta decisión se fundará en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad.

Los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes para formar criterio.

En el caso de concurrencia de infracciones, procederá la condenación condicional si el máximo de la pena aplicable al reo no excede de seis meses de prisión o fuere sólo de multa.

La condena se tendrá como no pronunciada si dentro del tiempo fijado para la prescripción de la pena y dos años más, el condenado no cometiere nueva infracción.

Si el condenado, cometiese nueva infracción, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que corresponda al nuevo acto cometido.

La condena condicional no suspende la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, el pago de las costas procesales, ni el comiso especial.

Regla general, si el delincuente beneficiado con la suspensión de la Pena, comete un nuevo delito, tendrá que cumplir la Pena suspendida y la correspondiente al nuevo delito.

En ningún caso la suspensión de la Pena comprenderá relevo de la Reparación de los daños causados por el delito ni del pago de los gastos del juicio.

El Código Penal establece que, en el caso de concurrencia de Infracciones procederá la Condición Condicional si el máximo de la Pena aplicable al reo no excede de seis meses de prisión o fuere sólo de multa.

Art. 88. El que obtuviere libertad condicional:

En este articulado se versa que al reo que obtenga su libertad condicional, estará en vigilancia de la autoridad, ya que caso contrario si se comprueba un hecho delictivo al reo durante su libertad condicional, se le revocará los efectos de la misma y se le impondrá a que cumpla la parte de pena que le faltare.

La libertad condicional, constituye una especie de PREMIO, que se otorga al Condenado que haya dado pruebas constantes de Buena Conducta, Igual que el Perdón Judicial, y la Suspensión Condicional de la Pena, se orienta a prevenir los Delitos favoreciendo la ENMIENDA de quienes se han hecho culpables de ellos.

El beneficio se destina también a incitar a los encarcelados a seguir el ejemplo de quien a dado Pruebas de arrepentimiento y, contemporáneamente a conseguir una mejor disciplina en el interior de las cárceles. El beneficio se lo puede conceder en los casos de Condena de Penas Privativas de Libertad por un tiempo superior a cinco años.

El Código Penal establece la Libertad Condicional (Art. 88) establece que todo Condenado que hubiere sufrido las tres cuartas partes de la condena, tratándose de Reclusión, y las dos terceras partes, al tratarse de Prisión Correccional, (La pena de prisión, es correccional, la que sufren los condenados en las cárceles del respectivo Cantón, en las de la Capital de la Provincia o en Secciones Apropriadas de las Penitenciarias, debiendo ocuparse de los trabajos reglamentarios en talleres comunes)

podrá ser puesto en Libertad Condicional, por resolución de las Autoridades correspondientes, siempre que hubiera cumplido con regularidad los Reglamentos Carcelarios y observando muy buena conducta, revelando arrepentimiento y enmienda.

Este beneficio se concede judicialmente a los Condenados, después que han cumplido determinada parte de su Condena y Observado Buena Conducta, siempre que no se trate de reincidentes y que se atengan a ciertas reglas relativas al lugar de Residencia y el cumplimiento de las Normas de Inspección, Abstención de bebidas alcohólicas, ejercicio de un Oficio o Profesión, no comisión de nuevos delitos y sumisión al cuidado de un patronato. Si no observa algunas de estas condiciones, el Condenado vuelve a ser recluido por el tiempo faltante para el cumplimiento de la pena, sin que en el cómputo se tenga en cuenta el tiempo en que estuvo libre.

Todo condenado que hubiere sufrido las tres cuartas partes de la condena, en tratándose de reclusión, y las dos terceras partes, al tratarse de prisión correccional, podrá ser puesto en libertad condicional, por resolución de la autoridad correspondiente, siempre que hubiere cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios y observado muy buena conducta, revelando arrepentimiento y enmienda, bajo las siguientes condiciones:

- 1a.- Residir en el lugar que se determine en el auto respectivo, no pudiendo salir de esa residencia sino con permiso de la autoridad que le otorgó la libertad;
- 2a.- Que, cuando obtenga dicho permiso, al trasladarse a otro lugar, dé a conocer el permiso a la primera autoridad policial de su nueva residencia;
- 3a.- Que acredite tener profesión, arte, oficio o industria, o bienes de fortuna, u otro medio que le permita vivir honradamente;
- 4a.- Que el tiempo que le falte para cumplir la pena no exceda de tres años;

Sumarios de Derecho Penal Ecuatoriano desarrollados con el asesoramiento del Dr. Byron López castillo profesor de esta facultad.; Código penal ecuatoriano.; Interpretación de la ley penal - Gustavo Labatud la criminología – Luis Jiménez de Asua.; Manual de derecho penal ecuatoriano

Diccionario explicativo del derecho penal del Dr. Aníbal Guzmán Lara.; Breves comentarios al Código Penal del Ecuador – Dr. Efraín Torres Chávez la pena Dr. Jaime Luis Morales.; Autor: Arturo Iclery; Partes: 1, 2.

5a.- Que, al haber sido condenado al pago de indemnizaciones civiles, acredite haber cumplido esta obligación, a menos de haber comprobado imposibilidad para hacerlo; y,

6a.- Que el Instituto de Criminología en la Capital de la República o una comisión integrada por el Ministro Fiscal de la Corte Superior de Justicia y el Jefe Provincial de Salud, en las demás localidades del Estado, conceda informe favorable a la liberación condicional.

Si el que obtuvo su libertad condicional durante el tiempo que le falta para cumplir la condena y hasta dos años más, observare mala conducta, o no viviere de un trabajo honesto si carece de bienes, o frecuentare garitos o tabernas, o se acompañare de ordinario con gente viciosa o de mala fama, la autoridad respectiva revocará la libertad condicional, para que cumpla la parte de pena que le faltaba al obtener tal libertad, sea cual fuere el tiempo transcurrido desde ella.

Si cometiere nuevo delito, a más del tiempo que le faltaba por la primera condena, sufrirá la pena por el delito nuevamente cometido.

Transcurrido el tiempo de la condena y dos años más, sin que la libertad condicional haya sido revocada, quedará extinguida la pena.

Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada podrá obtenerla nuevamente.

El reo que obtenga su libertad condicional quedará sujeto a la vigilancia especial de la autoridad por el tiempo que le falte para cumplir la condena y dos años más.

El descubrimiento de un delito, debidamente comprobado, suspende los efectos de la condena condicional.

6.5. LA PENA PROPORCIONADA A LA GRAVEDAD DE LO INJUSTO: DE SU DESVALOR DE ACCIÓN Y DE RESULTADO

1. En cualquier caso lo que fundamenta el recurso al Derecho Penal es su ineludible necesidad para garantizar la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos, protección de los bienes jurídicos.

El principio de legalidad de los delitos y penas, supone que sólo la ley aprobada por parlamento puede definir las conductas que se consideran delictivas y establecer sus penas.

Posteriormente se ha ampliado el principio de legalidad penal a la previsión legal de los estados peligrosos y las medidas de seguridad.

Esta garantía, tiene un evidente fundamento político constitucional, y se concibe como una garantía de libertad, certeza, y seguridad jurídica del ciudadano.

Encaja en las exigencias del Estado democrático, en cuanto que ha de ser precisamente la representación del pueblo, la única instancia legitimada para decidir sobre una cuestión de tan graves repercusiones como la creación de la responsabilidad penal.

La garantía se completa con la exigencia de que la responsabilidad penal sólo se puede apreciar en sentencia firme.

Este principio se puede derivar también del fundamento funcional de la necesidad del Derecho penal para la prevención de delitos, que a su vez implica el principio de eficacia o idoneidad, pues el principio de legalidad contribuye notablemente a la eficacia de la prevención general.

2. Exclusiva protección de bienes jurídicos, según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad o su

desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos.

Este límite se desprende del fundamento funcional del principio general de necesidad de la pena para la protección de la sociedad; pues recurrir a algo tan grave como la sanción penal frente a conductas que no ataquen bienes jurídicos sería innecesaria porque en todo caso basta con medios extrapenales.

3. Subsidiariedad, intervención mínima o última ratio y carácter fragmentario.

Según este principio, el Derecho Penal ha de ser la ultima ratio, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros medios lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios lesivos y graves que los penales, no es preciso y no se debe utilizar éstos.

Aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde basten los medios del Derecho Civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicas, ha de retraerse el Derecho Penal, pues su intervención con la dureza de sus medios- sería innecesaria e injustificable.

También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras.

En estrecha conexión con tal principio está el llamado carácter fragmentario de Derecho Penal, según el cual el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.

5. Efectividad, eficacia o idoneidad, según el principio de eficacia o idoneidad también llamado de utilidad, el Derecho Penal sólo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito y, por tanto, hay que

renunciar a su intervención cuando sea político criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos.

5. Proporcionalidad, este indica que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto.

Aquí cuenta fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción importancia y número de bienes afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención pero también puede influir la gravedad extrínseca del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción. Si un hecho es poco grave, no se puede castigar igual que otro más grave.

6. Culpabilidad, contiene una doble limitación: que no hay pena sin culpabilidad y que la pena ha de ser proporcional al grado de culpabilidad, normal o disminuida.

Pues si un sujeto no es culpable al cometer un hecho, es necesaria la pena para la prevención general, ya que su impunidad no afecta a la intimidación frente a los sujetos normales, que saben que son culpables, y es comprendida por la sociedad y además la prevención general es ineficaz frente a los inculpables.

6. Responsabilidad subjetiva, supone dos exigencias: que no puede haber pena sin dolo ni imprudencia, y que, en caso de haber alguna de esas formas de desvalor de acción, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad subjetiva, a la gravedad del desvalor subjetivo de la acción, por lo que, como regla general la comisión imprudente de un hecho no se puede penar igual, sino menos que la comisión dolosa.

8. Responsabilidad personal, significa que sólo se puede responder por los hechos propios y no por los hechos ajenos en los que no tenga ninguna influencia ni responsabilidad el sujeto.

Se vincula este principio a los de culpabilidad y responsabilidad subjetiva, pero realmente significa ya la exigencia de un auténtico injusto típico, de realización personal directa o mediata o de colaboración personal en un tipo de injusto, con su parte tanto objetiva como subjetiva, es decir, se trata de la exigencia de autoría o participación. Son aparentes excepciones al mismo, la exigencia de responsabilidad por omisión de impedir delitos graves de otros, o por otras omisiones, o la responsabilidad de personas físicas por hechos de personas jurídicas.

9. Humanidad, humanización y resocialización, el principio de humanidad marca una progresiva tendencia a la humanización de las sanciones penales haciéndolas menos duras en duración y en contenido aflictivo hasta donde sea compatible con los mínimos satisfactorios de eficacia preventiva de las mismas. De ahí que se prohíben las penas y medidas inhumanas o degradantes.

Sobre la idea de castigo difícilmente puede dejar de advertir que en su seno las ideas de venganza y aflicción vienen dadas como inmanentes. Esta es una de las razones por la cual, aun hoy, la institución de la pena pública se sigue explicando convincentemente con aquellas teorías que mantienen, en mayor o menor grado, el principio de retribución dentro de las funciones de la pena:

Ante un mal como es el delito, se responde con otro mal, la pena, y entre estas dos razones rige una relación que por un arcano y profundo sentido de justicia exige la presencia de una cierta igualdad o equivalencia.

De este modo, el componente retributivo vendría a configurarse como el alma de la pena.

Estas consideraciones vienen adquiriendo ropajes jurídicos, idea con antecedentes religiosos que proyectando una noción de equitativa retribución por el delito cometido vino a menguar la atrocidad de las venganzas privadas, lo que se tradujo en términos generales en que la gravedad de la pena impuesta por el poder público se debía graduar en función de la entidad de la lesión jurídica perpetrada.

Háyase aquí un germen de la actual idea de proporcionalidad que fue recogido luego en la época de nacimiento del Derecho Penal Público y desarrollado a partir de la época de las luces a partir de las surgentes tendencias hacia la humanización de las penas, convirtiéndose hoy en un verdadero principio limitador del ius puniendi.

Pero, más allá de estas someras consideraciones de carácter preliminar, vale señalar que actualmente, y ante la necesidad de cautelar los intereses y valores fundamentales que rigen la sociedad, el poder legiferante suele desplegar una pluralidad de modos de actuación a la hora de infligir el castigo, que discurren fundamentalmente desde consideraciones preventivo generales.

De allí que se criminalicen nuevas conductas extendiendo un cada vez más amplio espectro de punibilidad; se anticipe la tutela penal de bienes jurídicos castigando actos que en sí mismos no lesionan ni ponen en peligro inmediato al objeto tutelado; e incluso, y bajo el mismo presupuesto, se alcance la exacerbación de la respuesta penal elevando significativamente las penas.

Por otro lado, al invocar la prevención especial y el examen de la futura peligrosidad del individuo, el fundamento de la pena o de las medidas de seguridad sufre una inevitable tendencia a alejarse de la infracción primaria de la norma erosionando el principio de culpabilidad por el hecho, para alcanzar incluso la concretización de la mera inocuización de la persona que va a ser castigada.

Finalmente la retribución entendida bajo los lineamientos de un Estado de Derecho se transforma en una garantía a favor del individuo consistente en la prohibición de que la medida del castigo trascienda a la gravedad del hecho cometido.

Así, la retribución explicaría la idea de que la culpabilidad es mensurable desde el prisma de la gravedad del hecho. Frente a este panorama y sin soslayar la consideración al desarrollo y evolución de los variados constructos doctrinales acerca de la naturaleza, sentido y fin de la pena, y que ya han sido ampliamente expuestos por la doctrina, en adelante, se examinará el principio de proporcionalidad en uno de aquellos ámbitos donde puede tener un mayor rendimiento, como lo es en el proceso de individualización judicial de la pena, algunas otras cuestiones interesantes que sólo a modo de ejemplo podría invocarse el de su operatividad en el ámbito de las medidas de seguridad.

En general, se tratará en lo sucesivo el problema de la virtualidad del principio en examen para acoger en su seno criterios válidos para construir un derecho penal cada vez más racional y sistemático, al configurarse como un baremo de legitimación del sistema jurídico penal.

Luego de hacer un esbozo de su significado y alcance, se abordará el problema de su consagración constitucional, así como la relación con el principio de culpabilidad, y las posibilidades de su concreción en el ámbito de la individualización y aplicación de las penas en el ordenamiento jurídico.

6.6. LA CONCEPCIÓN DEL INJUSTO Y DE LA CULPABILIDAD

El Código parte del presupuesto de que el injusto penal está conformado por un doble juicio negativo de valor sobre el resultado y sobre la acción.

Se tiene en cuenta el desvalor de acción al ubicar el dolo, la culpa y la preterintención como formas de conducta y permite una elaboración compleja del tipo penal; exige el elemento subjetivo en las justificantes.

La legislación penal se afina en el desvalor de resultado al referirse al principio de lesividad y a la categoría de la antijuridicidad, oportunidad en la cual exige la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Igual sucede cuando introduce las diversas modalidades de conducta punible; distingue las distintas formas de concurrencia de personas; prevé la tentativa; tiene en cuenta la causalidad que, por sí sola no es suficiente para la imputación del resultado y regula de manera amplia las diversas justificantes.

Tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado, son los dos pilares sobre los cuales se asienta el injusto penal en el texto examinado.

Ahora bien, dado que la idea de dolo es la propia de la concepción avalorada del mismo, esto es aquella para la cual el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, es indudable que el Código posibilita una postura de corte normativo a la hora de construir la última categoría específica del concepto de conducta punible en la cual encajan, a más de este componente, la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta.

Se desprende no sólo la inclusión del conocimiento de la antijuridicidad fórmula comprendida tanto en la expresión capacidad de comprender la ilicitud, exigibilidad de otra conducta plasmada en la locución capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, como componentes de la idea de culpabilidad.

Roxin: La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales, Grijley, 5, pp. 35-48.

Zaffaroni, Eugenio R. (1986): Manual de Derecho penal. Parte general, 2 tomos, Ediciones Jurídicas, Lima.; Autor: Raúl Pérez Llamoctanta, Estudiante del IV Ciclo-Universidad Alas Peruanas- Lima.

CAPITULO VII

“CARENCIAS DE APLICACIÓN DE SENTENCIA EN EL ROL DEL JUEZ”

7. EJEMPLO DE LA FALTA DE FACULTADES QUE TIENE UN JUEZ AL MOMENTO DE IMPONER UNA SENTENCIA

Sentencia dictada por el Juzgado Primero de lo Penal de Loja, el 19 de febrero del año 2009, dentro de la causa penal 236_09

El Agente fiscal se abstiene de acusar a los señores C.E.G., J.B.R y M.P.E, por lo que se ha emitido los autos al señor Ministro Fiscal de Loja, con el objeto de que ratifique el dictamen formulado por el señor Agente Fiscal Distrital, el Fiscal Superior que ha ratificado en todas sus partes el dictamen pronunciado por el mencionado señor Agente Fiscal Distrital de Loja; luego se llevo a cabo la audiencia preliminar, para luego pronunciar resolución que corresponde.... El juzgado por la gravedad de los hechos y cumpliendo expresas disposiciones legales ha recabado el criterio del señor Ministro Fiscal de Loja, tendiente a ratificar o rectificar la abstención del mencionado señor Agente Fiscal Distrital, Ministro que ha ratificado en todas sus partes esta abstención que en todo caso es por el mérito de los autos.- Por lo que imperativamente el Juez debe dictar auto de sobreseimiento, conforme así lo ordena el inciso segundo del Art. 231 del Código de Procedimiento Penal... es más sino hay acusación fiscal no hay juicio.- Por lo expuesto, acogiendo el dictamen emitido por el señor Agente Fiscal, de conformidad a lo que ordena el Art. 241, del Código de Procedimiento Penal, se dicta AUTO DE SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL DEL PROCESO Y PROVISIONAL DE LOS IMPUTADOS señores C.E.G., J.B.R y M.P.E, por considerar, que por el momento, no puede continuarse con la etapa del juicio.

7.1. ANÁLISIS DE LA FALTA DE FACULTADES QUE TIENE UN JUEZ AL MOMENTO DE IMPONER UNA SENTENCIA

En el presente caso se evidencia la falta de facultades que tiene el Juez para intervenir en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal, por cuanto el dictamen del Agente Fiscal no constituye según la convicción del Juez en motivo suficiente para solicitar sobreseimiento si al parecer de el, la investigación realizada constituye prueba suficiente para auto de llamamiento a juicio y pese a ello el Fiscal Superior ratifica la decisión del inferior y esto conlleva a que la resolución del Juez se apegue a la misma imperativamente; por tanto, el Juez no tiene participación directa ni mayores facultades para intervenir en las etapas de indagación e instrucción.

CAPITULO VIII

“TRABAJO INVESTIGATIVO JURÍDICO Y DE CAMPO”

8. Aplicación de Encuestas y Entrevistas

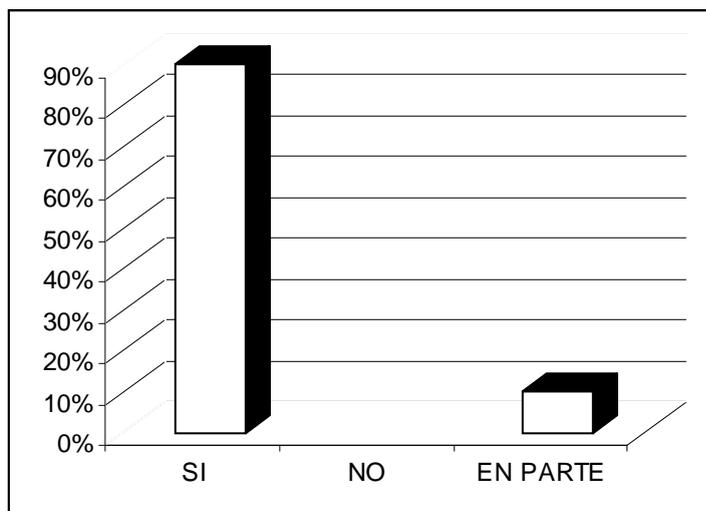
Interpretación y Representación Gráfica de los resultados de las Encuestas y Entrevistas.

Resultados de las Encuestas.

1. ¿Considera usted que con la vigencia del Sistema Procesal Acusatorio en nuestro país, el Juez garantista viene cumpliendo su papel de Juez Controlador?

CUADRO Nro. 1

INDICADORES	F	%
SI	-	-
NO	18	90
EN PARTE	2	10
TOTAL	20	100



Fuente: Encuesta Abogados y Jueces.

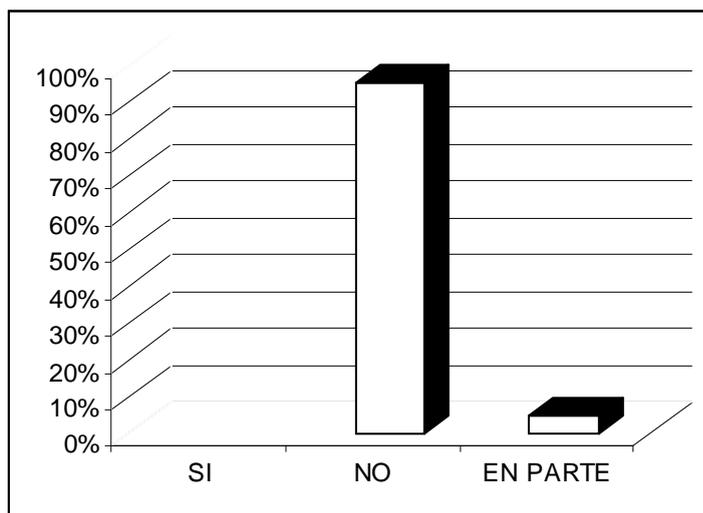
Elaboración: Postulante

Dieciocho de los encuestados, que equivale al 90%, manifestaron que NO, por cuanto el juez simplemente es quien a pedido del agente fiscal dicta las medidas personales y reales cual fuere el caso, interviniendo de manera esporádica o casi nula en el proceso, de esta manera el juez no garantiza ni cumple con su papel de juez controlador, con el nuevo sistema procesal acusatorio, ya que el agente fiscal es quien se encarga de dirigir la investigación y emitir sus propias conclusiones; por otra parte, dos de los encuestados, correspondiendo al 10%, respondieron que están de acuerdo EN PARTE, ya que para dictar las medidas cautelares, el agente fiscal emite su informe luego de haber realizado la investigación correspondiente, para solicitar al Juez, quien en ese momento interviene en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal, las medidas intrusivas y cautelares respectivas; por tanto, el juez en parte garantiza y cumple con su papel de controlador.

2. ¿Considera usted que el Código de Procedimiento Penal garantiza el papel del Juez Controlador como garantista de los derechos del imputado y agraviado?

CUADRO Nro. 2

INDICADORES	F	%
SI	-	-
NO	19	95
EN PARTE	1	5
TOTAL	20	100



Fuente: Encuesta Abogados y Jueces.

Elaboración: Postulante

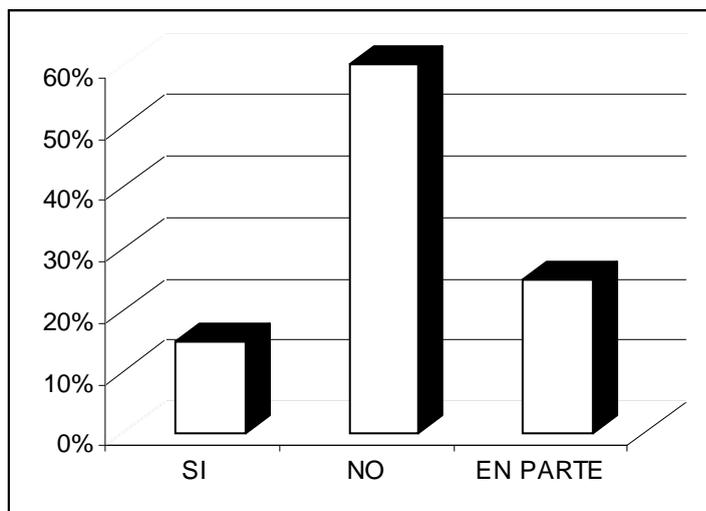
Diecinueve de los encuestados, esto corresponde al 95%, supieron manifestar que NO, por cuanto, el Código de Procedimiento Penal, no le atribuye al Juez las suficientes facultades para intervenir en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal, esto conlleva a que no garantice los derechos del imputado y agraviado, interviniendo solamente cuando el agente fiscal así lo solicite, dándole a éste muchas facultades trayendo consigo arbitrariedades e impunidad; por otro lado, una persona, que

corresponde al 5%, supo manifestar que está de acuerdo EN PARTE, ya que en el Código de Procedimiento Penal si existe la disposición de que el Juez garantice los derechos del imputado y agraviado conforme a las facultades que le atribuye el presente Código, en estas etapas, pese a no tener mayores facultades para intervenir, ya que únicamente se rige al informe que emite el agente fiscal, en virtud a su investigación, para dictaminar las medidas cautelares que solicite.

3. ¿Cree usted que la actual legislación penal mantiene disposiciones que garanticen los derechos del imputado y agraviado?

CUADRO Nro. 3

INDICADORES	F	%
SI	3	15
NO	12	60
EN PARTE	5	25
TOTAL	20	100



Fuente: Encuesta Abogados y Jueces.

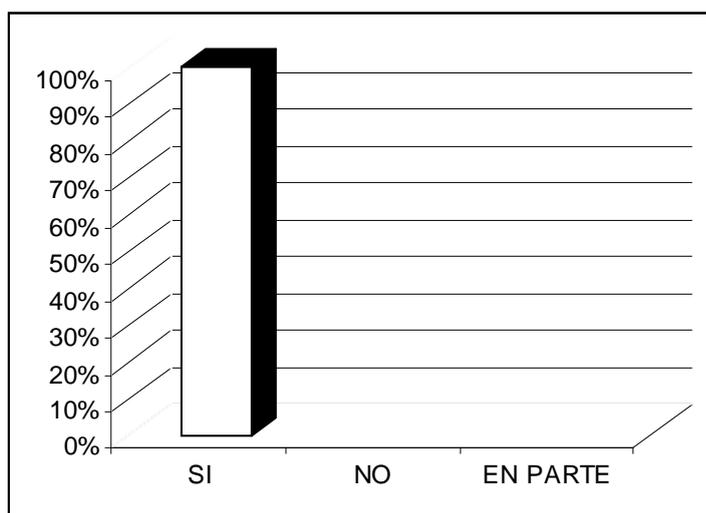
Elaboración: Postulante

Doce de los encuestados, que corresponde al 60%, manifestaron que NO, y en forma predominante, ya que únicamente interviene el ministerio fiscal en las etapas de indagación e instrucción fiscal, y las facultades que se le atribuyen al juez para garantizar los derechos del imputado y agraviado son nulas, esto traería impunidad en los delitos sin garantizar los derechos del imputado y agraviado; cinco de los encuestados, que corresponden al 25%, están de acuerdo en parte porque pese a que al juez no se le atribuyen suficientes facultades para intervenir en el proceso penal, el agente fiscal realiza una investigación prolija tratando de garantizar los derechos del imputado y agraviado; tres de los encuestados, que equivalen al 15%, supieron manifestar que la actual legislación penal si mantiene disposiciones que garantizan los derechos del imputado y agraviado, en virtud de que se le permite acceder a un debido proceso tendiente a descubrir la verdad.

4. ¿Considera usted que el Juez Penal debe tener una mayor participación en la Indagación Previa y en la Etapa de Instrucción?

CUADRO Nro. 4

INDICADORES	F	%
SI	20	100
NO	-	-
EN PARTE	-	-
TOTAL	20	100



Fuente: Encuesta Abogados y Jueces.

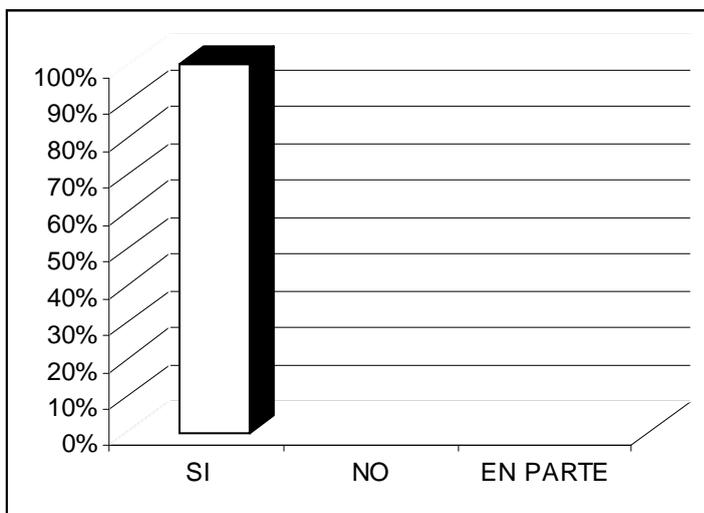
Elaboración: Postulante

Veinte de los encuestados, que corresponde al 100%, consideran que el juez penal si debería tener una mayor participación en la indagación previa e instrucción fiscal, por cuanto de esta manera el juez cumpliría con su papel de controlador y garantizaría los derechos del imputado y agraviado, facultades que se hace necesario posea el juez penal con la finalidad de evitar arbitrariedades o de los impunidad de los delitos.

5. ¿Considera necesario realizar reformas al Código de Procedimiento Penal, tendientes a conceder mayores facultades al Juez Penal en la fase de indagación Previa y en la Etapa de Instrucción Fiscal?

CUADRO Nro. 5

INDICADORES	F	%
SI	20	100
NO	-	-
EN PARTE	-	-
TOTAL	20	100



Fuente: Encuesta Abogados y Jueces.

Elaboración: Postulante

De los veinte encuestados, todos que corresponden al 100%, supieron manifestar que si se hace necesario reformas al Código de Procedimiento Penal, de esta manera atribuirles

a los jueces mayores facultades en la fase de indagación previa e instrucción fiscal, por cuanto las que se le atribuyen no son lo suficientemente amplias para cumplir con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado.

8.1. Resultado de las Entrevistas:

1. ¿Considera usted que con la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, los Jueces cumplen con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado?

Cuatro de los cinco entrevistados consideran que los jueces no cumplen con su papel de controlador y garantista de los derechos del imputado y agraviado en razón de que el actual Código no le atribuye mayores facultades para intervenir en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal; por cuanto, el fiscal es quien dirige la investigación. Uno de los entrevistados, supo manifestar que el juez si cumple con su papel de controlador y garantista, pero con ciertas falencias.

2. ¿Considera usted que el Juez Penal debe tener una mayor participación en la indagación previa e instrucción Fiscal para así imponer sentencia proporcional según el delito?

Cuatro de los cinco entrevistados, manifestaron que la participación del Juez en la indagación previa e instrucción fiscal es de vital importancia para garantizar los derechos del imputado y agraviado; es por ello, que se hace necesario atribuirle mayores facultades para intervenir de manera directa en la investigación. Uno de los entrevistados, considera que al juez penal ya se le atribuyen facultades para intervenir en la investigación y no se debe olvidar que el fiscal es quien inicia dicha investigación.

3. ¿Considera necesario que se deba reformar el Código de Procedimiento Penal con la finalidad de concederle al Juez Penal mayores facultades para intervenir en la fase de indagación previa e instrucción fiscal?

Cuatro de los cinco entrevistados señalan que se debe reformar el Código de Procedimiento Penal con la finalidad de que exista un marco legal que respalde a la disposición existente respecto a las facultades del Juez controlador en las etapas de indagación previa e instrucción fiscal, de esta manera el juez pueda cumplir con su papel de controlador y garantista. Uno de los entrevistados, supo manifestar que no se hace necesario reformar el Código por cuanto ya existe la disposición que le otorga al juez facultades para intervenir en la investigación.

4. Qué criterio tiene la prueba de la sana crítica propia del sistema acusatorio, es valedero para la sentencia proporcional?

Cuatro de los entrevistados manifiestan estar acorde con el sistema de prueba de la sana crítica, en razón de que para valorar la prueba se debe tener en cuenta la experiencia y la libre valoración del juzgador. Uno de los entrevistados señala de que si bien está de acuerdo con la sana crítica no se debe olvidar las bondades de la prueba tasada que es una guía para el juzgador. Otro entrevistado manifiesta que sería bueno valerse por la prueba de la sana crítica que por medio de este recibirían la sentencia que corresponde de acuerdo al delito, ya que muchas de las veces por falta de pruebas no sentencian lo proporcional que merecen los antisociales.

5. Considera usted que la proporción de penas según el delito ha sido justo y equitativa hasta la actualidad?

Cinco de los entrevistados manifiestan que se hace todo lo posible como la ley lo establece para hacer cumplir este principio, uno de los entrevistados supo manifestar que la proporción de la pena muchas de las veces no ha sido equitativa según el delito que han cometido, por falta de pruebas por lo tanto no se ha cumplido a cabalidad el 100% de la proporción de penas como debe ser.

CAPITULO IX

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

9.1. Conclusiones.

1. Tras haber culminado la labor de investigación, análisis, comprensión, sintetización y redacción de este trabajo; he llegado a concluir reconociendo que el principio de proporcionalidad, es indispensable en el orden a la búsqueda de soluciones concretas y satisfactorias de proporcionalidad equitativa en sentencia penal, ya permite indagar a fondo el proceso, para así dialogar y reconocer el procedimiento en el marco de los Derechos de la Humanidad, la que es compatible en la plena eficacia del proceso, con el respeto de la persona en el estado de derecho.

2. En el principio de proporcionalidad, se da la proporcionalidad entre las garantías de defensa que se deben al imputado en cuanto ser humano, y las garantías de eficacia de la investigación, en relación a la gravedad del delito, que se deben al resto de los individuos de la sociedad no imputados. Esto implica que el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello deben tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena óptima debe ser cualitativa y cuantitativamente adecuada.

3. Para el principio de proporcionalidad es satisfactorio reconocer el proceso penal, la cual brinda la misma importancia a las garantías de defensa que se deben al imputado por su dignidad humana, y para esto los jueces antes deben tomar conciencia, conocer e indagar y saber bien sobre los casos a los que fueron selectos para así poder sentenciar con proporcionalidad de justicia, y que las garantías de eficacia de la investigación se deban a los demás individuos no imputados, en procura de su seguridad física y jurídica.

4. Es ventajoso saber que para la proporcionalidad entre la defensa y la eficacia de la investigación, constituyen principios que deben incorporarse a las legislaciones

procesales junto al de la legalidad y reserva, a fin de procurar una efectiva vigencia de los derechos humanos.

5. En el principio de proporcionalidad, existe la calidad del proceso, por el que se debe cumplir la proporcionalidad en sentencia penal, y es a la vez ecuánime que abarca el respeto de los derechos de defensa y equilibrio de las partes, y así mismo eficaz en cuanto a proporcionalidad y celeridad del proceso investigativo del ámbito penal.

9.2. Recomendaciones.

1. Se recomienda en especial a los del ámbito jurisdiccional, velar por los actos de Proporción de sentencias que queden sujetos a una jurisdicción territorial ecuatoriano, así mismo poseer una igualdad de ánimo, un sentimiento que nos obliga a actuar de acuerdo con el deber de la conciencia, más que por los mandatos de la justicia o de la ley, siempre y cuando sea equitativo y justo.

2. Se recomienda que la Asamblea Nacional Constituyente adopte más medidas legislativas para administrar las sentencias penales, necesarias para prevenir la desproporción de delitos y penas.

3. Que las penas por consiguiente, y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del infractor, y poner a disposición tribunales especializados en materia penal, con cobertura en todas las regiones del territorio, que cuenten con jueces y otros operadores especializados en derecho para hacer justicia.

4. Se recomienda la equidad para adoptar medidas y evitar la desproporción, que significa la aplicación de la justicia en sentido proporcional justo, y teniendo uso de razón para poder entrar a casos concretos que se obtenga, tratando igual a los iguales y en forma desigual a los que no se encuentran en igualdad de circunstancia.

5. Se recomienda mantener una área legal transparente y libre de pesares, eliminando la corrupción, ya que actualmente nuestro país cursa por momentos totalmente difíciles, no solo en el ámbito de la administración de justicia, sino también en desestabilidad de poder del Estado, y que depende de este para el progreso de cada ciudadano, caso contrario surge pobreza, falta de fuentes de trabajo, etc. de ahí que se suscitan la incrementación de delincuencia, baja economía e inseguridad para todo un país, como es Ecuador, por ende debe existir proporcionalidad en sentencia penal que sea equitativo en justicia tanto para las víctimas y para los reos.

BIBLIOGRAFIA

- Baratta, Alessandro: Integración – prevención; una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en Revista Doctrina penal, No. 8, Buenos Aires: De Palma, 1985 (trad. E. García Méndez y E. Sandoval)
- Beling, Ernest. Citado por Marcelino Díaz Pinillo: Ob. Cit. p. 140.
- Carnelutti, Francesco. Citado por Marcelino Díaz Pinillo: Temas para el estudio del derecho procesal penal, primera parte, Ed. Félix Varela, Cuba, 2004, p. 138.
- Fenech, Miguel: Citado por Marcelino Díaz Pinillo: Ob. Cit. p. 138.
- Ferrajoli, Luigi: Ob. Cit. p. 620.
- Florián, Eugenio: Derecho procesal penal, Bosch, Casa editorial, Barcelona. p. 58.
- Gimeno Sendra, Vicente: Derecho procesal penal, T.II, 2da edición, 2002, Madrid, p. 185.
- Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada: Derecho procesal penal, 10ma edición, Ed. Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1986, p. 1.
- Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada: Ob. Cit. p. 2, 7, 145.
- Prieto- Castro, Leonardo. Citado por Marcelino Díaz Pinillo. Ob. Cit. p. 141.
- Viada López Puigcerver, Carlos: Lecciones de derecho procesal penal, Ed. Tecnos, Madrid, España, p.30.

LIBROS

- Anitua, Gabriel Ignacio: Historias de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto S.r.l, Argentina,2005.
- Asencio Mellado, José María: Prueba prohibida y Prueba preconstituida, Madrid.
- Baratta, Alessandro: El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual, en Revista Sistema, No. 17 – 18. Madrid, 1977 (trad. M. Barbero Santos)
- Bodes Torres, Jorge: Sistema de justicia y procedimiento penal en Cuba, Ed. de Ciencias Sociales, La Habana,2001.
- Bonet y Navarro, Ángel: La prueba de confesión en el juicio, librería Bosch, Barcelona, 1979.
- Cautón y Ocampo, Luis: Enciclopedia Jurídica Española, T.27, Barcelona, Junio 1910.
- Colectivo de autores: Temas para el estudio del derecho procesal penal, primera y segunda parte, Ed. Félix Varela, Cuba, 2004.
- Colectivo de autores: Iudicium et Vita No. 4. Jurisprudencia Nacional de América Latina en Derechos Humanos, 1ra edición, San José, 1996.
- Colectivo de autores: El Juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos, 1ra edición, IIDH – 1993.
- Colectivo de autores: Derecho Civil Parte General. Editorial "Félix Varela". La Habana, 2002.
- Espinosa López, L: Derecho probatorio. Curso teórico práctico, Ed. Librería del profesional. Colombia, 1986.
- Ferrajoli, Luigi: Derecho y razón. Ed. Trotta, S.A., Madrid, 1995 (1989)
- Framarino Malatesta, Nicolás: Lógica de las pruebas en materia penal, Ed. General Lavalle, Buenos Aires, 1945.
- Florián, Eugenio: Elementos de derecho procesal penal, Ed. Bosch, Barcelona.
- García Ramírez, Sergio: Curso de derecho procesal penal, Ed. Parrúa, SA, México, 1974.

REVISTAS

- Baratta, Alessandro: El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual, en Revista Sistema, No. 17 – 18. Madrid, 1977 (trad. M. Barbero Santos)
- Boletín ONBC No.24/ Julio – Septiembre 2006/ Ediciones ONBC.
- Revista Divulgación Jurídica No. 4, año 3, 1985. Erich Döhring, La prueba, su práctica y apreciación. Ediciones MINJUS, La Habana.
- Revista Cubana de Derecho No. 8, 1992, Ediciones cubanas UNJC, Ciudad de La Habana.

SITIOS DE INTERNET.

- Almagro Nosete, José: Teoría general de la prueba en el proceso penal. Del Consejo General del Poder Judicial. España.
<http://www.fd.uo.edu.cu>.
- Andrés Ibáñez, Perfecto: La función de las garantías en la actividad probatoria. Del Consejo General del Poder Judicial. España.
<http://www.fd.uo.edu.cu>.
- García Vila, Mónica: Las intervenciones corporales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¿falta de cobertura legal
<http://www.uv.es/~ripj/monica.htm>
- Herrero- Tejedor Algar, Fernando: Intervenciones corporales: jurisprudencia constitucional.

- <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL37.pdf>
- Ruiz Vadillo, Enrique: La actividad probatoria en el proceso penal Español y las consecuencias de violarse en el algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales. Del Consejo General del Poder Judicial. España.
<http://www.fd.uo.edu.cu>.
- “La confesión sincera en el proceso penal”
“Las partes del proceso”. Tomado del WEB: www.monografias.com.
- Tomado del WEB: www.monografias.com

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Portada.....	I
Declaración de Autoría.....	II
Autorización.....	III
Cesión de Derechos de Autor.....	IV
Agradecimiento.....	V
Dedicatoria.....	VI
Esquema de Contenidos.....	VII

PRIMERA PARTE

REDACCION DEL INFORME FINAL

Introducción.....	1
Proyecto de Investigación.....	4

CAPITULO I

“INICIOS Y PROCESO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DELITOS Y PENAS”

1.1 Principio de proporcionalidad.....	6
1.2. Antecedentes históricos.....	8
1.3. Consagración del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico nacional.....	11
1.4. Posibilidades para encontrar la consagración normativa constitucional del principio de proporcionalidad.....	12
1.5. Consolidación del principio de proporcionalidad.....	16
1.6. Formulación constitucional del principio de proporcionalidad como referente de su interpretación en derecho penal.....	20
1.7. Su paulatino reconocimiento por el tribunal constitucional.....	22
1.8. Como técnica de control de constitucionalidad de medidas de los poderes públicos impositiva o restrictiva de los derechos fundamentales.....	22
1.9. Como principio de proporcionalidad interpretativo y su negación como canon de constitucionalidad autónomo frente al legislador.....	23

1.10. La exigencia de la proporcionalidad en el enjuiciamiento de una medida Judicial.....	26
1.11. Interpretación del principio de proporcionalidad.....	28
1.12. Principio de proporcionalidad constitucional y principio de proporcionalidad penal.....	30
1.12.1.El principio de proporcionalidad constitucional.....	30
1.12.2. Principio de proporcionalidad Penal.....	31

CAPITULO II

“PROPORCIONALIDAD A LOS DELITOS Y PENAS”

2. Las penas deben ser proporcionales a los delitos.....	34
2.1. La finalidad de la pena.....	34
2.1.1. La tortura, el tormento debe abolirse.....	36
2.1.2. Propiedad de las penas.....	37
2.1.3. La crueldad de las penas es inútil.....	37

2.1.4. La pena de muerte no es útil ni necesaria.....	38
2.1.5. Las penas deben ser las mismas para todos los ciudadanos.....	38
2.2. La educación es el medio más eficaz para prevenir el delito.....	39
2.3. Significado y alcance del principio de proporcionalidad en derecho Penal.....	39
2.4. Consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena.....	41
2.5. Principio de proporcionalidad, de mínima intervención penal, y ley Penal.....	46
2.6. La caracterización como principio penal de la idea de proporcionalidad.....	49
2.7. La ubicación constitucional del principio de proporcionalidad.....	50
2.8. Delimitación respecto de principios de proporcionalidad penal y conceptos próximos.....	54

CAPITULO III

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN COMPARACION CON OTROS AMBITOS Y TEORIAS DE APLICACIÓN DE PENAS”

3.1 El principio de proporcionalidad frente a los principios de igualdad, culpabilidad y legalidad.....	56
3.2. El principio de proporcionalidad en su aplicación con otros ámbitos y en la ponderación de derechos en conflicto.....	63
3.3. La relatividad del principio de proporcionalidad.....	65
3.3.2 Teorías de la prevención especial.....	65
3.3.3 Objeciones a la teoría de la prevención general.....	66
3.4. Imposibilidad de determinar la necesidad de la pena.....	67
3.5 Ilegitimidad de la resocialización coactiva.....	68
3.6. Teorías de la prevención general.....	68
3.6.1 Teoría de la prevención general positiva.....	69
3.6.2 Objeciones a la teoría de la prevención general.....	70

3.7. Proporcionalidad de la sanción	
Penal.....	71
3.8. El principio de proporcionalidad en el ámbito de aplicación	
de las penas.....	72
3.9. Sistema de determinación de la pena en Ecuador.....	72
3.9.1. Determinación de la pena y culpabilidad.....	76
3.10. Bases del principio de proporcionalidad.....	82
3.11. El principio de proporcionalidad en la fase legislativa y en la fase judicial	
de la determinación de la pena: la distinción entre proporcionalidad abstracta	
y concreta.....	83
3.12. Contenido del principio de proporcionalidad.....	86
3.13. Elementos que conforman el principio de proporcionalidad.....	87

CAPITULO IV

“DEBERES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA EL INTERNO”

4. Medios de resocialización en la penitenciaría.....	89
4.1. Soluciones para evitar la privación de libertad.....	96

4.2. Medidas de seguridad.....	98
4.2.1. Naturaleza de las medidas de seguridad.....	100
4.2.2. Fundamento de las medidas de seguridad.....	101
4.2.3. Fines de las medidas de seguridad.....	102
4.2.4. Requisitos para aplicar una medida de seguridad.....	103
4.2.5. Tipos de medidas de seguridad.....	104

CAPITULO V

“FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL Y DIFERENCIAS EN DIVERSOS ÁMBITOS DEL PRINCIPIO PROPORCIONAL A NIVEL INTERNACIONAL”

5.1. Fundamentos constitucionales del principio de proporcionalidad en otros países del ius puniendi. México.....	108
5.1.2 La idea de proporcionalidad en las fundamentaciones preventivas y retributivas de la pena.....	109

5.2. Criterios que determinan la gravedad de la intervención penal	
con el principio de proporcionalidad.....	112

CAPITULO VI

“IMPOSICION Y APLICACIÓN DE UNA PENA”

6. La pena proporcionada a la gravedad de la Infracción cometida	
.....	116
6.1. De las personas responsables de las infracciones.....	119
6.2. Las penas en general.....	122
6.3. De la aplicación y modificación de las penas.....	125
6.4. Reglas de concurrencia de varias infracciones.....	137
6.5. La pena proporcionada a la gravedad de lo injusto: de su desvalor	
de acción y de resultado.....	143
6.6. La concepción del injusto y de la culpabilidad.....	148

CAPITULO VII

“CARENCIAS DE APLICACIÓN DE SENTENCIA EN EL ROL DEL JUEZ”

7. Ejemplo de la falta de facultades que tiene un juez al momento de imponer una sentencia.....	150
7.1 Análisis de la falta de facultades que tiene un juez al momento de imponer una sentencia.....	151

CAPITULO VIII

“TRABAJO INVESTIGATIVO JURÍDICO Y DE CAMPO”

8. Aplicación de Encuestas y Entrevistas.....	152
8.1. Resultado de las Entrevistas.....	159

CAPITULO IX

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

9. Conclusiones.....	161
9.1. Recomendaciones.....	162
10. Bibliografía.....	164

SEGUNDA PARTE

ANEXOS

Índice de contenidos.....	168
----------------------------------	------------

