



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ÁREA SOCIO-HUMANÍSTICA**

TITULO DE ABOGADO

***El ius puniendi* del Estado y las limitaciones penales sobre el derecho de participación en el marco del Código Orgánico Integral Penal**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Cruz Zambrano, Clímaco Lenin

TUTOR: Pacheco Montoya, Emma Patricia, Mtra

CENTRO UNIVERSITARIO SANTA CRUZ

2017



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2017

## APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Mtra.

Emma Patricia Pacheco Montoya

**DOCENTE DE LA TITULACIÓN**

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de titulación, denominado “El *ius puniendi* del Estado y las limitaciones penales sobre el derecho de participación en el marco del Código Orgánico Integral Penal” realizado por Clímaco Lenin Cruz Zambrano, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Noviembre 2017

f).....

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Clímaco Lenin Cruz Zambrano declaro ser autor del presente trabajo de fin de titulación: El *ius puniendi* del Estado y las limitaciones penales sobre el derecho de participación en el marco del Código Orgánico Integral Penal, de la Titulación de Abogado, siendo Emma Patricia Pacheco Montoya directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 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.....

Autor: Cruz Zambrano Clímaco Lenin

Cédula: 1309449021

## DEDICATORIA

Dedico este trabajo de fin de titulación:

A Dios:

Por ser el motor que guía mi camino y que me permite tomar las decisiones correctas para culminar con mis estudios de mi carrera profesional, ya que se encuentra a cada momento bendiciéndome de salud y fortaleza para continuar con mis propósitos.

A mí querida familia que son mis padres Clímaco Cruz y María Narcisa Zambrano. A mis tíos Ausencio Cruz e Isidro Cruz. Y a mi querida esposa María Gabriela Galarza Orellana.

Infinitas gracias a todos ustedes por ser el pilar fundamental de apoyo y amor incondicional que a cada momento me brindan, manteniendo siempre su confianza en mí inteligencia como en mi capacidad de superación, ya que gracias a los valores que me supieron inculcar he seguido perseverando en la vida haciendo frente a los obstáculos que se presenten en el diario vivir.

## **AGRADECIMIENTO**

Este trabajo de titulación es el resultado de un gran esfuerzo y dedicación, por lo cual es para mí grato agradecer a todas las personas que me impulsaron a alcanzar mis metas con alegría y entusiasmo.

A mi familia, mis padres, mis tíos y a mi querida esposa que cada día mantuvieron su paciencia y cariño a lo largo de este tiempo de estudio, además siempre inculcándome valores como la responsabilidad, amistad y humildad, los mismos que fueron importantes para terminar con mi carrera.

A la maestra Emma Patricia Pacheco Montoya, quien fue mi docente de este trabajo, por su ayuda con la elaboración, corrección y por la preocupación que conjuntamente tuvimos para desarrollar lo mejor posible nuestro trabajo.

A la universidad por colaborar con el país, haciendo de los jóvenes personas que trabajen por la patria, preparándonos para desarrollar nuestras habilidades con amor en lo que hacemos.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA .....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE TITULACIÓN .....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA .....	iv
AGRADECIMIENTO .....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	vi
ÍNDICE DE TABLAS.....	viii
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT .....	xi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	4
IUS PUNIENDI DEL ESTADO .....	4
1.1. Concepto .....	5
1.2. Antecedentes históricos.....	9
1.3. Límites del <i>ius puniendi</i> .....	11
1.4. Análisis General del <i>ius puniendi</i> en la legislación comparada .....	13
1.5. Principio de legalidad.....	16
1.6. Las Penas .....	19
1.6.1. Clasificación de las penas. ....	19
1.6.2. Aplicabilidad de las penas. ....	21
1.7. Principio de proporcionalidad.....	22
1.7.1. Origen y concepto.....	22
1.7.2. Fundamentación del principio de proporcionalidad dentro de la constitución ecuatoriana.....	25
1.7.3. Derecho comparado. ....	27
1.8. Evolución de la participación ciudadana .....	31
1.8.1. Los derechos de participación ciudadana en el Ecuador. ....	35
1.8.2. Principios que rigen la participación ciudadana en el ámbito social y jurídico. ....	37
1.8.3. Fundamentación legal .....	40
1.8.4. La pérdida de los derechos de participación ciudadana y su regulación en la normativa penal ecuatoriana.....	42
CAPÍTULO II.....	46
MARCO METODOLÓGICO .....	46
2.1. Enfoque de la investigación.....	47
2.2. Modalidades de la investigación.....	48
2.2.1. Bibliográfica- documental.....	48
2.2.2. De campo. ....	48

2.2.3. De intervención social o proyecto factible. ....	48
2.3. Tipos de investigación .....	48
2.3.1. Histórico- jurídico. ....	48
2.3.2. Exploratorio.....	49
2.3.2. Descriptivo.....	49
2.3.3. Comparativo. ....	49
2.4. Población y Muestra.....	49
2.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	50
2.5.1. Entrevista.....	50
2.5.2. Recolección de la información. ....	50
2.6. Procesamiento de la información.....	50
2.7. Análisis e interpretación de los resultados.....	50
2.7.1. Encuesta dirigida a los profesionales del derecho.....	50
2.7.2. Entrevista.....	71
CAPÍTULO III.....	75
PROPUESTA.....	75
3.1. Fundamentación científico-técnica .....	76
3.2. Modelo operativo de ejecución de la propuesta.....	77
3.3. Marco propositivo .....	77
CONCLUSIONES .....	81
RECOMENDACIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	83
ANEXOS.....	86

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Pregunta No. 1.....	51
Tabla 2. Pregunta No. 2.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Tabla 3. Pregunta No. 3.....	55
Tabla 4. Pregunta No. 4.....	57
Tabla 5. Pregunta No. 5.....	59
Tabla 6. Pregunta No. 6.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Tabla 7. Pregunta No. 7.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
Tabla 8. Pregunta No. 8.....	65
Tabla 9. Pregunta No. 9.....	67
Tabla 10. Pregunta No. 10.....	69

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Pregunta No. 1 .....	545
Gráfico 2. Pregunta No. 2 .....	547
Gráfico 3. Pregunta No. 3 .....	569
Gráfico 4. Pregunta No. 4 .....	581
Gráfico 5. Pregunta No. 5 .....	6063
Gráfico 6. Pregunta No. 6 .....	6265
Gráfico 7. Pregunta No. 7 .....	6467
Gráfico 8. Pregunta No. 8 .....	69
Gráfico 9. Pregunta No. 9 .....	681
Gráfico 10. Pregunta No. 10 .....	7073

## **RESUMEN**

El desarrollo de la presente investigación inicia con un despliegue teórico y analítico de lo que significa el *ius puniendi* del estado, su concepto, antecedentes, límites y su principio legal, hasta llegar a nuestros tiempos, con su evolución y desequilibrios frente a los ciudadanos. Posteriormente, a través de un trabajo de campo realizado a los abogados en libre ejercicio del Distrito Metropolitano de Quito, se tomó una muestra aleatoria para realizar una encuesta con preguntas cerradas, misma que se efectuó en los casilleros judiciales de la Función Judicial, donde acuden diariamente y con frecuencia, una gran cantidad de abogados. También fue parte del trabajo de campo, tres entrevistas a profesionales especializados en derecho penal, los mismos que dieron sus opiniones versadas en el *ius puniendi* como un mecanismo para suspender el derechos de participación ciudadana, lo que atenta contra el principio de proporcionalidad de la pena.

### **PALABRAS CLAVES:**

Ius Puniendi, delito, pena, constitución, derecho, normas, acciones, derecho penal, derecho administrativo, código orgánico integral penal, principio de legalidad y proporcionalidad, derecho de participación ciudadana, marco metodológico, marco propositivo, orden jurídico, antinomia, facultad punitiva del estado.

## **ABSTRACT**

The development of this research begins with a theoretical and analytical display of what the jus puniendi of the state, its concept, background, limits and legal principle, until our times, with its evolution and imbalances facing citizens. Subsequently, through fieldwork conducted lawyers in free exercise of the Metropolitan District of Quito, a random sample was taken to conduct a survey with closed questions, same as was done in the judicial lockers of the judiciary, where they come daily and often, a lot of lawyers. Was also part of the fieldwork, three interviews to professionals specializing in criminal law, the same who gave their opinions versed in the jus puniendi as a mechanism to suspend the rights of citizen participation, which violates the principle of proportionality of punishment.

## **KEYWORDS:**

Jus Puniendi, crime, punishment, constitution, law, rules, actions, criminal law, administrative law, integral code criminal law, principle of legality and proportionality, right of citizen participation, methodological framework, propositional framework, legal order, antinomy, punitive power the state.

## INTRODUCCIÓN

La investigación a desarrollar estará enfocada en una correspondencia directa con toda la dinámica de los procesos en materia judicial que se llevan a cabo en el Ecuador, específicamente las acciones del Estado, así como los excesos en el ejercicio de la facultad punitiva que ostenta, y la influencia que ello ha tenido en la sociedad desde un punto de vista político y social.

La facultad punitiva del Estado, es exclusiva de este y además constituye un derecho que le asiste, su objetivo se enfoca en el castigo o sanción a las personas que transgreden las conductas tipificadas en la normativa penal, que al final constituyen las reglas que establecen los parámetros de convivencia social. Algunos autores en la doctrina han estimado que el *ius puniendi* ha sido empleado como una herramienta de represión con el fin de preservar el orden, lo que además ha enfrentado profundos cambios en la época moderna impulsados por la concientización de los derechos fundamentales de las personas y por la finalidad de la sanción penal que se ha concebido desde un punto de vista de su humanización, reflejado en el alcance de la reinserción social del sujeto sancionado.

Las acciones disciplinarias para aquellos individuos que han ido en detrimento de los principios de convivencia en la sociedad, impulsadas a través del Derecho penal, han sido catalogadas como necesarias. No obstante, dichas acciones, definidas como penas, han tenido deficiencias continuas en lo que se refiere a su fundamentación, la aplicación y aquellos límites, representados en los mecanismos de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas.

El Derecho penal, en la doctrina jurídica, es el encargado de contemplar las sanciones una vez materializadas las figuras delictivas, que a su vez también regula. A pesar de este marco regulatorio, el Derecho penal no ha sido capaz de controlar aquellas causales que provocan el delito, o sea no ha estado enfocado en la esfera preventiva solo en la coactiva, por lo que una de las mayores exigencias de la sociedad es que se tomen medidas y ejecuten acciones más allá del Derecho penal.

Algunos países del continente americano, han establecido ciertos límites respecto a la puesta en práctica de la actividad punitiva del Estado. Estos límites están dirigidos a reservar dicha facultad como un último recurso, o sea una medida sancionadora extrema, además de que el Estado debe aplicar tanto medidas preventivas, como represivas en relación a las conductas delictivas. De esto puede deducirse que la intervención estatal no debe imperar en la vida social de las personas, por lo que existen medidas y recursos que contribuyen positivamente

en el funcionamiento de la sociedad en general y que no se identifican con el *ius puniendi* del Estado.

En muchos países europeos el bien jurídico, es el que impera como principio dentro de la doctrina jurídica, por lo que el Derecho penal brinda determinadas garantías a aquellos bienes jurídicos considerados esenciales, y que a la vez tienen un papel muy importante dentro del funcionamiento de la sociedad. De esto se desprende la existencia de ciertos bienes catalogados en un rango inferior en cuanto a su importancia, y el respaldo legal que poseen en el ordenamiento jurídico está caracterizado por regímenes secundarios en cuyo sistema de sanciones rige el Derecho administrativo. Estos mecanismos han adoptado la idea de implementar políticas educativas que contribuyan a la disminución del delito, por lo que se ha fomentado en conocimiento de las normas penales, su esencia y contenido, por lo que la rigidez de la ley penal ha pasado a un segundo plano.

En la actualidad se ha evidenciado la búsqueda de una menor intervención por parte del Estado en el uso de su facultad punitiva, cuya manifestación principal es a través de la sanción penal, y así se ha dado paso a varias instancias administrativas para que formen parte de los procesos judiciales. En el caso de Ecuador el Derecho penal, tiene sus raíces como derecho criminal, además de que la realidad histórica del mismo se ha evidenciado como represiva y restrictiva de derechos. Este esquema trata de ser enmendado a partir de la aprobación de la Constitución de Montecristi, en la cual se llegan a establecer los límites necesarios en cuanto al ejercicio del *ius puniendi*, todo ello respaldado por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional de Justicia.

La normativa sustantiva en materia penal, específicamente el Código Orgánico Integral Penal, clasifica a la sanción penal en principal y accesoria, donde se evidencia en algunos casos el uso desmedido del *ius puniendi*, además de claras contradicciones entre artículos del propio código. Esta investigación estará enfocada en el análisis de dicha normativa penal y el ejercicio de la facultad punitiva del Estado.

Para el desarrollo de la misma se contó con una estructura de tres capítulos. El Capítulo I, denominado Marco Teórico, se realiza un análisis doctrinal del *ius puniendi* estatal, así como los principios de legalidad y proporcionalidad, dentro de la clasificación de las penas. Además, se analiza el derecho de participación ciudadana, su evolución en el ámbito internacional y específicamente en el Ecuador.

El Capítulo II, titulado Marco Metodológico, se exponen los principales métodos y técnicas investigativas empleadas en el desarrollo de la investigación, así como el análisis e

interpretación de los resultados obtenidos con la entrevista y encuesta aplicadas a profesionales del derecho y ciudadanos en general.

El último Capítulo es el Marco Propositivo, en el cual se analiza y critican las deficiencias en la norma penal sustantiva respecto al uso arbitrario del *ius puniendi*, y las contradicciones que existen entre los artículos destinados en este código a la limitación o eliminación de los derechos de participación ciudadana a las personas privadas de la libertad.

Se finaliza la investigación con las correspondientes conclusiones y recomendaciones.

**CAPÍTULO I**  
**IUS PUNIENDI DEL ESTADO**

## 1.1. Concepto

El *ius puniendi* es considerado en la doctrina como aquella potestad sancionadora que posee el Estado en relación a sus ciudadanos. En el latín se puede apreciar que *ius* se refiere a derecho mientras que *puniendi* deviene de castigo o sanción (López Betancourt, 2007, pág. 65). Este, es además considerado la parte subjetiva del Derecho penal, puesto que constituye la facultad que posee el Estado para aplicar una serie de normas penales que son establecidas a tal efecto, y estas constituyen el Derecho penal objetivo, dichas normas deben su cumplimiento a los órganos judiciales que son establecidos para su efectiva materialización. La aplicación de la pena depende exclusivamente del Estado en cuanto a su conocimiento y constitución, además de la aplicación de esta en toda su extensión.

Respecto a la definición del *ius puniendi* algunos autores lo han considerado como:

“(…) una forma de control social lo suficientemente importante como para que, por una parte, haya sido monopolizado por el Estado y, por otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal que desde la Revolución francesa se considera necesario delimitar con la máxima claridad posible como garantía del ciudadano.” (Mir Puig, 2008, pág. 57)

De ello se puede apreciar que el *ius puniendi* es una expresión definitiva de la soberanía que ostenta el Estado. A lo que se agrega que, el Estado es el único que puede hacer uso del *ius puniendi*, ello se evidencia por medio de la tipificación de conductas ilícitas, como delitos, los cuales conllevan una sanción, basada en los objetivos que el orden público persigue, el cual fue instaurado por medio de un sistema legal que posee funciones legítimamente establecidas, fiel reflejo de ello es el Derecho Penal. Dentro de los deberes fundamentales que el Estado posee, se encuentra la protección de sus ciudadanos, y para ello es necesario el ejercicio del poder punitivo, pero de una forma equitativa, coactiva, racional e institucional. Dicha facultad es indelegable a otros poderes que no sean representativos del propio Estado.

El Derecho Penal en el ámbito objetivo está integrado por una serie de normas que son las que se emplean por parte del Estado para poner en práctica la acción punitiva. Al respecto Mir Puig señaló lo siguiente: “conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos, y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica.” (Mir Puig, 2008, pág. 66). Es así, que se evidencia en la norma constitucional la legitimidad del poder punitivo del Estado, así como el respaldo que posee por tratados internacionales y los pactos vinculados a los derechos humanos.

La no limitación de la potestad punitiva del Estado podría conllevar a poner en peligro derechos fundamentales tales como el patrimonio, la libertad, la intimidad, entre otros. Esto es motivo para que la regulación legal sea fundamental, enfocada en la esfera de que es un deber y no un derecho del Estado, además debe estar encaminado a la protección de los derechos fundamentales, cuyo marco normativo debe ser legítimo e imprescindible para que exista un orden público. Estos derechos constituyen el marco regulatorio ideal para limitar el ejercicio del *ius puniendi*. El ejercicio más obvio en cuanto a la limitación de la acción punitiva del Estado, es el *habeas corpus* puesto que se protege la libertad del individuo. La no aplicación de la retroactividad en materia legal respecto a la normativa que resulte desfavorable, incluida la interpretación de una manera eficiente cuando la norma resulta confusa, constituyen garantías fundamentales que son restrictivas de la aplicación del *ius puniendi*.

La Carta Magna ecuatoriana (2008), vigente, al respecto enuncia lo siguiente, en su Art. 76.3: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.

En materia legal son los principios de proporcionalidad y culpabilidad y su estrecha relación con el principio de legalidad, quienes van a limitar el campo de acción del *ius puniendi*. Es así, que se defiende en gran parte de la doctrina que la culpa debe estar asociada de manera proporcional al hecho ilícito que se ejecuta. Las conductas delictivas no pueden ser criminalizadas de forma arbitraria. Este principio y su respeto, que lleva implícito la presunción de la inocencia, está presente en la norma constitucional ecuatoriana (2008), al expresar en su Art. 76.2: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.

En el supuesto del principio de proporcionalidad, este se evidencia por medio de la sanción, vinculada a su vez con los fines que esta persigue, o sea el objetivo de la pena. En ello impera la necesidad de adecuación de dicha sanción para que llegue a convertirse en un mecanismo de control social y su finalidad es la protección del bien que se trata, dada la naturaleza y la cuantía de los hechos, tal como lo estipula la Constitución en su Art. 76.6. (2008) Por último, la legalidad se manifiesta cuando el Estado no puede cruzar los propios límites legales que ha establecido. El respeto de los mismos, trae consigo la garantía y la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el debido proceso, la seguridad jurídica, que la persona obtenga una defensa eficiente, entre otros.

Se puede apreciar que los derechos fundamentales son los que brindan un soporte y alientan por demás al *ius puniendi*, por lo que no es lógico que este los haga peligrar a través de un ejercicio arbitrario del Estado, como deber que ostenta. Ello es causa para que la facultad punitiva del Estado deba garantizar la protección de estos derechos, de manera tal que no se prohíba como resultado de dicha limitación, sino que actúe como un verdadero poder de punición.

Para que exista un Estado de Derecho, los preceptos antes enunciados deben prevalecer, así como la razón social mucho antes que el ejercicio absurdo e injustificado de esta facultad punitiva del Estado. El *ius puniendi* es un medio que le pertenece al Estado como un mecanismo de organización de la sociedad, cuyo fin es el alcance de los objetivos sociales que fueron trazados a través de la calificación de determinadas conductas ilícitas de una forma limitada.

Es así que se puede catalogar al *ius puniendi*, no como un derecho subjetivo que puede ser demostrable, sino como un derecho axiológico, en el cual los valores sociales son los que lo identifican y le ofrecen vitalidad, por lo que su dependencia no puede limitarse a un solo individuo, sino que viene dada a partir de un consenso natural y mayoritario de lo que se conoce como Estado, el cual debe evitar todo tipo de segregación dentro de la propia sociedad. El surgimiento del *ius puniendi* dentro del Derecho Penal debe ocurrir en el momento que la conducta ilícita así lo demande, con el propósito de mantener la paz social y el equilibrio, los cuales se han visto afectados por una conducta transgresora de la normativa legal.

La potestad punitiva se convierte en el mecanismo que ostenta el Estado para servir a sus ciudadanos, a través del respeto de los más elementales derechos humanos, y como Estado social y democrático la intervención debe ser mínima. Dicho esto, pueden ser reconocidos momentos principales que definen la naturaleza del *ius puniendi* del Estado y su vinculación a la normativa legal, estos son:

- 1- La norma jurídica y su existencia impone a los integrantes del Estado su debido cumplimiento, además de que obliga al propio Estado a exigir este cumplimiento y velar por el precepto legal.
- 2- El Estado tiene la posibilidad y le asiste el derecho, ante la inobservancia de mandato legal, de sancionar aquella conducta catalogada como infractora.

En la doctrina se han desarrollado varias teorías que constituyen la base del *ius puniendi* del Estado, algunas de ellas son (García & De Molina, 2005, págs. 33-61):

- La Teorías absolutas que fundamentan el *ius puniendi* están relacionadas a que el castigo debe guardar cierta proporción al daño que se produce. Dicha teoría se sostiene en la retribución justa producto de la violación demostrada de la normativa legal. Fiel reflejo de esta teoría es la ley del Talión, en la cual la pena es considerada de forma más acertada cuando se produzca un perjuicio idéntico o similar al que se ha perpetrado. El fundamento doctrinal de la misma evidencia una fuerte tendencia represiva, más que retributiva, respecto al infractor, por lo que prevalece el castigo por encima de cualquier objetivo social o educativo que pudiese ser planteado. Esto demuestra que las teorías absolutas nada tienen que ver, y por tanto no son justificación de la facultad punitiva del Estado, debido a que no puede impartirse justicia tomando como base el castigo, sin trazar una finalidad, ni bajo la práctica de que causando un daño al que infringe la ley se puede obtener algo bueno o positivo.
  
- Las Teorías relativas o intimidatorias ven en la sanción la solución para evitar una ruptura en los supuestos legales, para lo cual se toma como base la prevención del hecho delictivo o la corrección de la conducta. Aquí se deja a un lado el efecto represivo de la sanción, que, aunque no resulta determinante llega a evitar la reincidencia. Esto puede traer como consecuencia que existan sanciones desproporcionadas, o sea pueden llegar a ser en extremo severas o tal vez moderadas todo ello respecto a la conducta delictiva.
  
- La Teorías mixtas llegan a relacionar tanto el fin represivo de la sanción como la ventaja que representa la misma para la corrección moral y social de la persona que infringe la ley. El objetivo que se persigue en esta teoría es la combinación con la educación previa y posterior a este tipo de conductas ilícitas. Algunos países ejemplo en estas prácticas son Alemania, Gran Bretaña y Cuba, su regulación legal tiene como base esta teoría. La pena no solo es empleada con un fin preventivo, sino que se educa a la persona que cometió la conducta ilícita.

Es la norma constitucional la que le otorga al Estado la legitimidad necesaria para que se materialice el *ius puniendi* y es la Carta Magna quien impulsa su ejercicio, a través del sometimiento de este respecto a los derechos fundamentales y un adecuado respeto de los derechos que tiene cada individuo. Esta situación se concreta en un primer plano por la posibilidad que tiene el Estado de normalizar las conductas que considera graves y tienen consecuencias negativas en la esfera social, y el segundo plano está dirigido al momento en que se juzga a la persona y se propone las sanciones determinadas en la norma legal. Ello

demuestra que el comportamiento del *ius puniendi* está dado en marcos bien delimitados respecto a los derechos y garantías fundamentales, los cuales son reconocidos en el ámbito internacional.

## **1.2. Antecedentes históricos**

Desde los orígenes de la convivencia humana, el hombre fue creando patrones de conducta que dirigiesen y se adaptasen al estilo de vida defendido en la comunidad. Es así, que el delito tiene sus primeras expresiones a partir del individuo, luego fue trasladado a la familia y por último se expresó a nivel de la comunidad. Estas expresiones, así como el instinto de venganza que podía surgir de la persona ofendida carecían en sus inicios de toda reglamentación jurídica. Por lo que la magnitud de los hechos y sus correspondientes consecuencias dependían de la voluntad de la persona que cometía el acto y a la vez del individuo afectado.

La historia del individuo como ser social, ha demostrado que la conducta del hombre ha estado supeditada a los instintos de venganza, fiel reflejo de ello es la antes mencionada Ley del Talión, y en aquellos aspectos que componen los límites de toda voluntad individual. En estas condiciones históricas se da paso a la soberanía, y posteriormente surge el Derecho, y fiel reflejo de este es la organización jurídica dentro de la sociedad.

En la literatura francesa se puede identificar en la obra de Montesquieu el derecho de castigo o como bien se ha tratado el *ius puniendi* reconocido como uno de los atributos más bellos que tiene la soberanía del Estado, aunque el pensador y político francés reconocía dentro del castigo la clemencia. (Del Espíritu de las Leyes (traducción N. Esteváñez) , 1985) También se puede decir que en cuanto a los caracteres sustantivos que presenta la soberanía, esta tiene límites determinados ante terceros, ejemplo de ello son las reconocidas como leyes de Dios y de la naturaleza. En estos textos se pueden apreciar algunos tratados referidos a la convivencia y a la propiedad privada. De todo esto parten los cimientos de la función histórica represiva del Estado.

Dentro de los antecedentes históricos del *ius puniendi* en la Edad Media, se pone de manifiesto en la materialización de castigos a los súbditos, el monarca en el ejercicio de la gracia que ostentaba reflejado a través del monopolio del poder, aplicaba los castigos a los delitos cometidos contra su persona, su familia y en las cuestiones de orden público. Así también en las culturas catalogadas como bárbaras los individuos podían tomar venganza ante las ofensas perpetradas y otorgar compensaciones pecuniarias por el agravio. (Luquín, 2011)

En el régimen feudal, existía una prerrogativa de gracia la cual era ejercida entre el monarca, los señores feudales y las entonces municipalidades, o sea que ostentaban facultades en cuanto a la imposición de penas. Es así que se pueden apreciar en el reinado de Juan I, en el reino de Castilla, aproximadamente en el Siglo XIV, se convocaron a las Cortes Briviesca en las cuales se aplicaron ciertas medidas de clemencia a través del poder del monarca, cuya decisión se basaba en la utilización desmedida del abuso ante determinadas situaciones. Estas prerrogativas fueron trasladadas a la iglesia católica, que es donde el derecho penal moderno tiene sus orígenes. (Signes Cordoñas & Andrés Santos, 2012)

Dentro de la etapa monárquico-absolutista el *ius puniendi*, fue objeto de críticas bastante cerradas, en donde la escuela Correccionalista y Positivista fue uno de los principales exponentes del tratamiento de la facultad punitiva del Estado, en donde se planteaba que las penas siempre que demostrasen una mayor clemencia, resultaba menos imprescindible el perdón y las practicas benevolentes. A esto se puede sumar que dicha filosofía fue dejada en la voluntad del legislador, por lo que ya no es el rey ejecutaba las leyes haciendo uso de un poderío supremo, por lo que se evidencia que el derecho de castigar era una tarea compartida, así como el método empleado para el juzgamiento de la persona infractora era de forma corriente y arreglada. Esto demuestra que la facultad de castigar o perdonar era del legislador, y no del ejecutor de la ley.

El filósofo Kant critica el *ius puniendi*, desde la perspectiva que el castigo para el criminal sea suavizado o en determinadas condiciones pueda ser eximido del mismo. Es a través de esta vía, según el filósofo prusiano, que el Estado demuestra su magnificencia, condenando y absolviendo los crímenes de los súbditos.

Tanto Beccaria como Kant defendían que el perdón punitivo del Estado, era una cuestión que ya no se aplicaba, puesto que había pasado de moda, por lo que se abre paso a figuras jurídicas como la amnistía, la cual aparece por vez primera en el Código Criminal Francés de 1791. En este cuerpo normativo se refleja la eliminación de la clemencia y las penas por castigo, por lo que es el punto de partida para demostrar un Derecho Penal más humano, ejemplo de ello es la categorización de delito. Se establecen las pautas para el sometimiento a un juicio de la persona que ha infringido la norma legal, por lo que dicho procedimiento es un derecho que posee el individuo infractor ante el juzgador.

En esta época se planteó la necesidad de crear dicho procedimiento que juzgara las conductas criminales, como también aquellos mecanismos a través de los cuales se pudiese pedir clemencia ante el Estado. Es a partir de esta etapa hasta la actualidad que se suscitan una serie de cambios inminentes en las legislaciones del mundo, por lo que se regulan las

diferentes competencias que pueden ostentar los órganos del Estado, así como sus respectivas obligaciones.

Surge así una tendencia orientada al mejoramiento del Derecho Penal, a partir del propio Estado, junto a esto se toman en consideración los derechos del imputado, ya que en esta etapa denominada época napoleónica la represión del hecho delictivo, significó una necesidad primordial del Estado, como una herramienta imprescindible en la defensa de los bienes afectados. Todo esto es una demostración de que el estado desempeña una labor constante de imponer sanciones, modificarlas y perdonarlas. Reconociendo así con el paso de los años la posición de los derechos fundamentales del individuo ante el *ius puniendi*.

### **1.3. Límites del *ius puniendi***

Como parte del derecho penal se encuentra el derecho penal subjetivo, este surge a partir de que se tratan de fijar aquellos límites que deben prevalecer en la facultad que posee el Estado de intervenir a través de las normas penales, en la vida de los individuos sociales. Ha quedado demostrado en la historia que el antiguo derecho penal se caracterizó por su crueldad, falta de racionalidad y arbitrariedad, principalmente en Europa.

Es a partir de las reformas que se impulsaron en el Siglo XVIII, donde surgieron ideas encaminadas a la puesta en práctica de principios que defendían el valor educativo de la condena, que se monopolizó en el Estado el poder punitivo y sancionador. A esto se deben los entendimientos emergidos y sustentados en la actualidad donde se considera que el *ius puniendi* solo puede y debe operar como parte del poder de la instancia pública y que es capaz de dilucidar aquella situación criminal desde la esfera institucional, y de una forma formal, igualitaria, previsible, y eficaz. Esto puede llevar a plantear que la propia naturaleza del *ius puniendi* presume la búsqueda de una fundamentación en cuanto a sus límites.

Parte de la doctrina ha defendido que una de las misiones principales de toda norma legal es el establecimiento de ciertos parámetros de obediencia, por lo que el Derecho es la vía para alcanzar dicho cumplimiento, por tanto, la conducta que conlleve a la infracción de la norma penal, trae como resultado un castigo o sanción. Es así que con la norma penal se da paso al derecho subjetivo de la pena o sanción. A esto se agrega que como parte de la soberanía que el propio Estado posee, le debe la titularidad que tiene sobre el *ius puniendi*.

En ello se reconoce que solo la intervención pública llega a garantizar una máxima eficacia preventiva, y respecto a los límites que posee la facultad punitiva del Estado, estos se dividen en dos categorías fundamentales, o sea, los límites formales y los materiales. Los primeros se vinculan directamente con el principio de legalidad (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia*

*lege*), o sea que solo se puede ejercer un castigo a la persona que comete determinada infracción calificada como delictiva, siempre y cuando haya sido comprobado que devino de una acción desvalorada. El principal contenido de este principio radica en que se presume del análisis de varios aspectos que no posean una menor trascendencia, entre los que se encuentran la necesidad de la existencia de una ley previa y la prohibición de la retroactividad de la norma, por lo que esto constituye un medio para impedir las arbitrariedades que se puedan dar por la actuación del legislador.

La legalidad lleva implícito la protección del ciudadano ante las intervenciones abusivas del Estado. No obstante, como todo principio tiene sus excepciones, ejemplo de ello es la admisión de la retroactividad de la ley cuando esta deviene en beneficios para la persona sancionada, lo cual relativiza sus efectos. Además, defiende por sobre todas las cosas la necesidad que tiene que la ley se refleje mediante la escritura, y que su significado esencial sea respetado por todos.

En el caso de los límites materiales están compuestos por varios elementos, estos son (López Betancourt, 2007):

- Necesidad de intervención: está referido a una intervención mínima del Derecho penal, y por lo tanto del Estado en los asuntos de las personas naturales. Por lo que la vía penal es el instrumento al que debe recurrirse una vez que han sido agotadas todas aquellas instancias pertenecientes al control social, desde lo formal hasta lo informal.
- Protección de bienes jurídicos: a este principio se le conoce también como lesividad, y consiste en que el Estado no puede aprobar sanciones o materializarlas, siempre que no tengan un fundamento en algún bien jurídico, o sea, en la existencia de este.
- Dignidad de la persona: la afectación a este principio se refleja en prácticas tales como la pena de muerte o la tortura. Es conocido además como principio de humanidad o proscripción de la crueldad. En la doctrina jurídica se ha dilucidado este asunto, y muchos son partidarios de que toda consecuencia que se deriva de un acto punitivo no debería ser perpetua.
- Culpabilidad: esta funciona como fundamento de la pena o sanción, el individuo solo puede ser castigado una vez que haya cometido el hecho tipificado en la norma penal como delito, y por tanto que quede comprobada la imputabilidad de los actos cometidos. La culpabilidad es además considerada como un elemento que se

emplea para la determinación y cuantificación de la sanción, o sea que influye en la duración y gravedad de la sanción.

#### **1.4. Análisis General del *ius puniendi* en la legislación comparada**

En este acápite resulta necesario analizar las manifestaciones del *ius puniendi* en las legislaciones de varios países, tales como España y Colombia. Primeramente, cabe destacar el caso de España, como país referente dentro de la doctrina jurídica y penal, su ordenamiento jurídico está dirigido a la prevalencia de un Estado social, democrático y de derechos. Esto se puede comprobar en los elementos básicos del ordenamiento jurídico español, los cuales son la libertad, la dignidad y los derechos inherentes a las personas, por lo que el texto constitucional del país ibérico permite una entrada a los derechos reconocidos en los tratados internacionales, ejemplo de ello es lo recogido en los Arts. 10 y 96.1 de la Constitución de España. (1978)

A este se puede agregar que respecto al Estado no predomina una posición de superioridad jurídica, así como las entidades que lo conforman, frente al particular, y este tampoco debe tener prácticas de subordinación tácita frente al engranaje estatal, y ello se debe a la sujeción de ambos, o sea del Estado y los ciudadanos al mismo ordenamiento jurídico. Así está regulado en el Art. 9.1 de la norma constitucional: "(...) los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". (1978)

Respecto a la estructura que posee tanto la organización política como la jurídica, esta no es erigida como una herramienta de ejercicio de poder sobre aquellas personas que se encuentran en el ámbito de acción del Estado, sino que su funcionamiento se debe a los derechos y el respeto a la dignidad de las personas. Los poderes públicos están encaminados al desarrollo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, tal como lo evidencia el texto constitucional en los Arts. 9.2 y 40. (1978)

Respecto al control jurídico de la constitucionalidad española, y su relación con el ejercicio de los poderes públicos se basa en los valores y garantías constitucionales. El ejercicio de este control va dirigido además a las leyes que emanan del parlamento, sobre todo las penales y sancionadoras, acorde siempre a los principios constitucionales. Priman en el derecho español las técnicas de solución cuando existen colisiones entre los derechos y los bienes jurídicos.

Respecto al análisis de los límites de la facultad punitiva del Estado se ha adoptado la práctica de que no solo los derechos imponen límites a esta facultad, sino que la normativa penal también constituye un mecanismo que puede llegar a regular la libertad de obrar e incluso la puesta en práctica de los derechos, debido a que predomina la amenaza de una sanción ante

determinado tipo de comportamiento, que incluso pueden llegar a ser no ilícitos, hasta el momento en que se apruebe la ley.

Estos parámetros están dados producto del ejercicio abusivo que se pueda llegar a manifestar con los derechos reconocidos en la Constitución española, ejemplo las limitantes que pueden surgir respecto a la actuación empresarial con el fin de proteger los derechos de los trabajadores y del ambiente. Las leyes penales que persiguen estos objetivos no deben ser catalogadas como normas restrictivas de derechos. Motivo por el cual las leyes penales deben estar sometidas al control constitucional. Es así, que el constitucionalismo democrático que impera en el país ibérico, está subordinado al servicio ciudadano, por lo que la actividad de los órganos estatales está orientada acorde a los principios rectores de la política social y económica. Se debe velar porque las instituciones públicas están al servicio de los intereses de todos.

Es así que el *ius puniendi* del Estado, llega a utilizar como medio al Derecho penal para brindar una protección eficaz a las víctimas de hechos ilícitos y sus derechos. La paradoja de esto está dada en que es también el Derecho penal una herramienta para garantizar los derechos del sujeto que ha infringido la ley. Hasta la actualidad el Derecho penal resulta necesario para tratar de equilibrar los patrones de convivencia en la sociedad, donde los derechos de todos deben ser respetados y garantizados.

La jurisprudencia colombiana ha contemplado el *ius puniendi* como parte de su ordenamiento jurídico, y lo reconoce como el poder que tienen las autoridades en sentido general para que pueda darse un adecuado funcionamiento del aparato estatal. Al respecto se puede citar lo siguiente:

“(…) potestad esta, que no solo es ejercida por los jueces, sino por diversos funcionarios de la administración, que, para lograr el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas, deban hacer uso de este, para garantizar el adecuado funcionamiento del aparato estatal. El poder del Estado se traduce en una serie de atribuciones, facultades o competencias que se radican en cada una de las ramas del poder y que se materializan en la existencia de distintas funciones, que constituyen el instrumento para el cumplimiento de los cometidos estatales”. (C-160/1998)

Lo dictaminado por la Corte Constitucional de este país reconoce respecto a esta facultad punitiva que convergen una serie de manifestaciones relacionadas a esta potestad inherente del Estado. O sea que para la doctrina colombiana el *ius puniendi* no solo es dominado por las autoridades penales, sino que la administración pública puede ejercitar un sin número de

facultades sancionadoras, que por supuesto van dirigidas a diversas finalidades de interés general.

A pesar de la variedad en cuanto a estas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, puede afirmarse que esta responde exclusivamente al Estado, y es materializada por medio de las sanciones. Resulta interesante respecto al Derecho penal y su relación con el *ius puniendi*, que este nació después del poder sancionador de la rama administrativa. No obstante, la imposición de sanciones por parte del Estado, puede ser expresada de maneras diversas.

En la doctrina colombiana el *ius puniendi* analizado desde la esfera administrativa ha sido tomado como una disciplina dentro del orden jurídico, que se desdobra en una serie de atribuciones, facultades o competencias. Como es lógico, todas estas facultades están contempladas dentro de la normativa constitucional colombiana, y a partir de la Carta magna es que se radica en cada una de las ramas que integran el poder público estatal.

El texto constitucional colombiano al igual que el español no hace referencia expresa respecto al poder sancionador del Estado en ramas específicas del Derecho. No obstante, el constituyente colombiano fue lo suficientemente previsivo y fijó la base constitucional al poder sancionador del Estado, ello se demuestra en las consideraciones del siguiente caso judicial:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. (C-506/2002)

Ello pone de manifiesto que los derechos fundamentales gozan de un lugar privilegiado ante el *ius puniendi*, y llegan a actuar como límites en cuanto a su ejercicio. Además de que la Constitución y las leyes sustantivas son las encargadas de respaldar tanto el ejercicio del *ius puniendi* imprescindible en el equilibrio de la sociedad, como las garantías que tienen los ciudadanos cuando es quebrantado algún derecho fundamental.

## 1.5. Principio de legalidad

El *ius puniendi* no es reconocido como un derecho ilimitado o arbitrario, sino que está subordinado a lo que estable el Derecho en cada caso, específicamente los planteamientos trazados por el Derecho penal objetivo, en cuya regulación los derechos fundamentales de los ciudadanos tienen un lugar privilegiado, el cual debe ser considerado puesto que se pone en juego la libertad de una persona, su patrimonio, e incluso su prestigio. En un Estado de Derecho debe existir el sometimiento del *ius puniendi* a la ley. Esto en la doctrina es reconocido como principio de legalidad, así como en la legislación.

Cabanellas nos ilustra al referirse al principio de legalidad de la siguiente manera:

“El principio que rige todas las actuaciones de las Administraciones públicas sometiéndolas a la ley y al Derecho. Tiene una vinculación positiva, en el sentido de que la Administración puede hacer sólo lo que esté permitido por ley, y una vinculación negativa, en el sentido de que aquélla puede hacer todo lo que no esté prohibido por ley.” (Cabanellas de Torres, 2014)

Algunos de los principales impulsores del principio de legalidad fueron Beccaria y Feuerbach, y a ellos le debemos la concepción que se tiene en la actualidad de dicho principio. Ambos exigieron que la norma legal penal fuese escrita y anterior a cualquier juicio. El objetivo era alcanzar una verdadera defensa de los derechos humanos, a los cuales en la época ellos catalogaban como “naturales” y estos debían ser protegidos a través de la clásica tripartición de poderes, por lo que el Estado quedaría eximido del uso desmedido de su facultad punitiva. Esos derechos y principalmente sus garantías quedarían instrumentadas por medio de la subordinación del Estado a la Ley. Vale resaltar que en aquellos tiempos la ley estaba representada en la figura del soberano. Esta ley debía ser conocida, con antelación, por los ciudadanos, lo cuales podrían diferenciar entre lo que estaba prohibido y lo que no, además de las consecuencias jurídicas que podrían producirse, por lo que esto contribuiría a fomentar actuaciones preventivas y no de castigo.

En el transcurso de los años el texto constitucional, se consolidó como cuerpo legal, al cual el Estado se debe en su totalidad, puesto que la Constitución es una digna representante del principio de legalidad, como pilar de toda la base jurídica de la sociedad. En relación a este principio Falconí señaló que:

“El principio de legalidad es un principio absoluto, es el más fuerte, ya que en ningún caso puede ser desplazado por otro, así el principio de legalidad tiene que ser

obedecido, o sea su realización no conoce límites jurídicos y el teorema de la colisión (de principios) no es posible” (2009, pág. 112)

Respecto a esto, se puede afirmar que esa sumisión de la ley, principalmente a la norma constitucional, es lo que marca la distinción entre el Estado de Derecho y Justicia de otros estados, en relación a su carácter constitucional, en donde la arbitrariedad no puede tener lugar, puesto que se da la supeditación a lo que se establece en el ámbito legislativo. En el caso de Ecuador, la normativa constitucional define la publicación de las leyes en los registros oficiales, y se establece además la aplicación de una norma legal desfavorable a la que prevalecía con anterioridad, así como una mejor interpretación de la norma, entre otros aspectos, reconocido en el Art. 76.3. (2008)

El principio de legalidad dentro del Derecho penal resulta imprescindible, puesto que constituye la base del debido proceso, además de que es fundamental en la tipificación de las conductas delictivas y su correspondiente enjuiciamiento (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). En cuanto a la privación de la libertad, como la última medida a aplicar, la existencia de la norma legal previo al delito que se comete, va a tomar en cuenta que la retroactividad de la ley solo será aplicada si resultase beneficioso para el reo.

En cuanto a que la norma legal sea plasmada en escritura, además de que sea estricta, deriva de la importancia que posee la ley penal y su elevada precisión, cuando es capaz de excluir aquella analogía que no sea beneficiosa al sujeto que infringe la norma. A esto se puede sumar que puede percibirse una diferencia suficiente en las conductas, de manera tal que no se permita o asimile la aplicación de sanciones que sean consideradas muy benignas o llevadas al extremo de la severidad, y así no se aplique a las proporciones del delito que se ha cometido. También se destaca la relación estrecha que predomina entre el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica, esto se refleja en la trascendencia que tiene que todos tengan conocimiento de las conductas prohibitivas y las consecuencias sobrevenidas en cuanto se incurre en ellas.

Hasta aquí se pueden señalar algunas características generales del principio de legalidad, estos son:

- Subordinación a lo establecido por la ley, en un orden jerárquico, donde prevalece la norma constitucional.
  
- La irretroactividad de la norma legal.

- La publicidad de la ley con el fin de que todas las personas la conozcan.
- La igualdad que todos poseen ante la ley, sin que intermedia ninguna distinción social.

A pesar de todas estas características, como todos los principios, este también tiene sus excepciones en el momento que pasa al ámbito jurisdiccional. Ejemplo de esto son las medidas de seguridad que son aplicadas por la no culpabilidad de determinado individuo puesto que aún la misma no ha sido comprobada a través del debido proceso, y estas medidas son aplicadas por la peligrosidad que tiene los hechos cometidos o de la propia persona, cuestión que resulta imposible de tipificar si se pretende respetar el principio de legalidad. Esta excepción y la mitigación de los efectos que acarrea, llega a establecer legalmente aquellos términos por medio de los cuales deberían durar tales medidas, o las condiciones que deben acontecer y su correspondiente probación.

Esta aplicabilidad de la norma legal sobrevenida de la analogía, en contra de la persona imputada se cuestiona en la doctrina penal por varios autores, aunque no llega a resquebrajarse el principio de legalidad. Ello puede variar dependiendo de la forma en que la analogía es empleada en beneficio de aquel, respetando por supuesto el principio de legalidad, siempre que no se afecten los derechos ni garantías fundamentales.

Aunque sea evidente y necesaria la tipificación absoluta de los delitos, esto no siempre es alcanzable, por lo que se cometen descripciones desafortunadas o incompletas de las conductas delictivas. Esta situación favorece la prevalencia de tipos penales abiertos, y delitos incompletos, por lo que se hace uso de una interpretación profunda y metódica por parte del profesional del derecho para lograr completar lo que falta o llegar a entender aquellas cuestiones que no están claras. La generalidad de esta función interpretativa de la norma la realizan los magistrados, quienes tienen la obligación de determinar la descripción de la conducta no solo desde el ámbito cuantitativo sino también en lo cualitativo.

Alguno de los problemas que se da en torno al principio de legalidad, son a consecuencia de las cláusulas generales que se utilizan en la descripción de los tipos penales, donde son empleados presupuestos generales, que no poseen especificaciones para lograr adaptarse a aquellos tipos delictivos novedosos, el surgimiento de estos no puede implicar la necesidad de modificar todo un cuerpo normativo o que se base en una desmejorada descripción para plasmar en la norma legal determinada conducta, que en algunos casos no puede ser enjuiciada, solo que la ley así lo estipule. Algunas expresiones que se han manifestado son “por razones de orden público”, “contra los principios de este Estado”, “el orden constitucional”,

“soberanía nacional”, y demás acciones que pueden llegar a atentar contra la legitimidad que persiguen las frases antes citadas y así conformar el tipo delictivo.

La técnica legislativa antes mencionada ha sido criticada, dada la ambigüedad que posee para lograr establecer el hecho delictivo o aquella conducta catalogada como prohibida, la cual puede englobar cualquier actuar; esta fórmula es la que se emplea con mayor frecuencia en los delitos contra el Estado. No obstante, es una realidad la existencia de un sistema que se capaz de evitar completamente que dicha regulación cumpla con los objetivos que se pretenden perseguir.

## **1.6. Las Penas**

### **1.6.1. Clasificación de las penas.**

En la doctrina jurídica y sobre todo en la normativa penal, la pena ha sido definida como: “una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la Ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”. (Cabanellas de Torres, 2014). El vocablo *poena*, representa la versión de la palabra pena en el latín, su vinculación está dada por un sentimiento de dolor que llega a provocar determinado castigo por la materialización de un delito.

Es así que la pena constituye el resultado por el actuar antijurídico e ilícito. Acorde a los diferentes sistemas penales existentes, puede llegar a tener un fin retributivo, esto es defendido por las teorías absolutas, o además puede ser empleado como una herramienta de prevención para la sociedad de forma general, o quizás para la propia persona privada de la libertad, así lo refleja la norma constitucional española en su Art. 25.2: “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. (1978)

Resulta apreciable que la pena ha sido tratada en la modernidad como sanción, la cual se convierte en el recurso que posee el Estado frente al delito, y a la vez utiliza el *ius puniendi*. Uno de los resultados directos cuando se materializa esta facultad punitiva, es la pérdida o restricción de algunos derechos fundamentales, cuyos efectos son aplicados por la entidad judicial correspondiente, tomando como fundamento los preceptos legales establecidos para tal efecto. La concepción moderna de la pena en relación con el principio de proporcionalidad, toma como base la rehabilitación futura de la persona que materializó el hecho delictivo estipulado y sancionado en la norma legal.

Queda establecido en la doctrina penal que la pena debe cumplir con una serie de elementos que deben respetar el principio de legalidad, base del Derecho Penal, estos son: debe estar identificada en relación a esa conducta de manera específica en la norma legal; debe estar determinada en una sentencia ejecutoria de la entidad judicial competente, posterior a un debido proceso, en el que se hayan contemplado las garantías penales.

En la práctica las penas tienen que distinguirse de las medidas administrativas con carácter disciplinario, o también pueden estar dirigidas a establecer un correctivo por determinada indisciplina que se ha cometido referente a un comportamiento inadecuado en una institución pública. Las penas tampoco deben representar apremios personales donde el magistrado ordena el cumplimiento de una obligación de forma coactiva o, de hecho. A esto se suma la distinción de las medidas cautelares, pues las mismas constituyen una forma de asegurar los resultados en el proceso judicial dirigido por el juez competente; por lo que las medidas de seguridad van dirigidas a prevenir hechos delictivos a consecuencia de la peligrosidad que puede llegar a representar determinado individuo, así como los actos que llegue a cometer, en su mayoría catalogados como pre y post delictuales.

La clasificación de las penas se caracteriza por ser bastante amplia, pero se puede encontrar la siguiente clasificación que es aplicada a su vez en la legislación penal ecuatoriana vigente:

### **1. Legal.**

Esta se establece en Código Orgánico Integral Penal (COIP) ecuatoriano. Por medio de esta clasificación se divide a las penas en privativas que pueden durar hasta 40 años; no privativas de libertad como tratamiento médico, psicológico, programa o curso educativo y de capacitación, obligatoriedad en la prestación de un servicio comunitario, comparecencia ante la autoridad de manera periódica, entre otras; y aquellas consideradas restrictivas del derecho de propiedad tales como las multas, servicios comunitarios, o los bienes y activos que sean empleados en la comisión del hecho delictivo. (Código Orgánico Integral Penal, COIP, 2014)

### **2. Por autonomía.**

En esta clasificación se divide en penas principales y penas accesorias, según la aplicación de la misma de una forma autónoma sin mediar dependencia alguna como ocurre en el caso de la pena de privación de libertad; en los supuestos que es considerada como accesoria es porque depende de una pena principal, ejemplo es la pérdida de la patria potestad, o la eliminación del propio derecho de sufragio hasta que dure la pena principal.

### **3. Por el bien jurídico objeto del daño pueden ser:**

- De muerte o capital, relacionadas directamente a la persona privada de la libertad.
- Corporales, vinculadas a la integridad física del recluso.
- Infamantes o difamatorias, vinculadas al honor el prestigio del reo.
- Privativas de la libertad, que afectan directamente la libertad de movimiento del reo, o sea, que no puede ir al lugar que desee.
- Interdictas, cuando afectan la capacidad jurídica.
- Pecuniarias, al afectar el patrimonio.
- Otras.

#### **4. Atendiendo a su composición.**

A partir de esta clasificación las penas pueden ser únicas, alternativas o acumulativas. Las penas únicas se refieren a la existencia de una sola función de la misma respecto a un delito determinado. Para este delito en específico solo existe una pena. Las segundas son las penas varias, que regula la ley para un mismo delito, pero el magistrado debe tomar la decisión respecto a una sola, por lo que excluye la otra.

#### **5. En función de quien las recibe.**

Estas pueden ser personales si son aplicadas a personas naturales o las impersonales dirigidas a las personas jurídicas.

#### **1.6.2. Aplicabilidad de las penas.**

Las penas y la aplicabilidad de las mismas tienen una estrecha relación con los jueces, estos tomarán en cuenta las diversas circunstancias del caso y su profundo análisis, lo cual les brinda la posibilidad de modificar la pena en uno u otro sentido. En la sanción de un acto delictivo el órgano judicial deberá acatar las siguientes consideraciones:

- Debe elegirse entre los términos que son mínimos y los máximos de la pena para cada delito, por lo que el juez emplea su discrecionalidad para concretar la decisión judicial.
- La pena correspondiente debe ser aplicada a cada uno de los individuos que participaron en el delito, para ello debe tomarse en cuenta el grado de responsabilidad y las categorías en relación a la autoría, por lo cual deben estar definidos los autores y coautores, los cómplices.
- Las circunstancias agravantes y atenuantes son imprescindibles en la valoración para modificar las penas, por lo que deben ser tomadas en cuenta.
- En los casos de reincidencia del delito debe valorarse la modificación de la pena.

- En los supuestos en que se concurra en más de un delito debe ser establecida una única pena.
- En los casos de tentativa, desistimiento y arrepentimiento eficaz, las penas deben ser modificadas.

Para la aplicabilidad de las penas, en la teoría moderna del Derecho penal, se considera en cuanto a su individualización y la modificación, que las mismas no toman en cuenta al momento de dictar sentencia, sino que las penas van mucho más allá. Dentro de esta aplicación una de las características principales que se han previsto es la irrevocabilidad y la certeza que existen sobre las mismas. Todo el proceso en la determinación de una pena lleva implícito la aplicación de una pena inferior o superior, cuya aplicación abarca los principios del derecho procesal penal, y estos a su vez se convierten en una garantía, que los propios procesos judiciales sean ejecutados de una manera justa y con una adecuada aplicación del derecho.

## **1.7. Principio de proporcionalidad**

### **1.7.1. Origen y concepto.**

El análisis del principio de proporcionalidad no conlleva el tratamiento de conceptos novedosos, puesto que es un tema que ha sido ventilado en la doctrina jurídica de una forma bastante amplia. Se puede tomar en cuenta lo que Tomas de Aquino, en época de la cristiandad, planteó, el cual defendía que la teoría del poder era producto de Dios, y este poder llegaba a la comunidad a través del monarca, quien ostentaba las facultades de preservar la fe, mantener las cuestiones de paz y desarrollar una gobernabilidad justa y equitativa, por lo que las fuerzas desprendidas de las leyes constituían una herramienta fundamental, pero debía primar una correspondencia equilibrada entre estas y los fines donde iba a ser empleada. (Fernández, 2008)

Se puede considerar, que la etapa de la ilustración, Siglos XVII-XVIII, fue un periodo de grandes avances y cambios en la historia de la humanidad, y si se analiza el origen del principio de proporcionalidad, deben tomarse en cuenta las teorías expuestas por los autores clásicos, en las cuales se ponen de manifiesto ideas que pretenden y buscan limitar el desmedido poder que tenía el monarca. Puede ser mencionado Tomas Hobbes, el cual se llevó el mérito de negar por vez primera que el poder poseía un fundamento divino, por lo que se desecha la tesis del periodo escolástico medieval. En los criterios expuestos por este filósofo y político inglés, el Estado debe su surgimiento al pacto derivado de un consenso de voluntades entre los ciudadanos. Es por esta vía que el Estado se hace como el único ente

capaz de ofrecer una seguridad al ciudadano. Puede exponerse el criterio planteado por Hobbes, citado por Artola, al respecto señaló:

“La condición del hombre, es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón. Y, por consiguiente, mientras persiste ese derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas no puede haber seguridad para nadie. El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las ofensas ajenas es conferir todo su poder a un hombre. Porque en virtud de esa autoridad que se le confiere por cada hombre particular el Estado posee y utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz en su propio país y para la mutua ayuda contra sus enemigos en el extranjero.” (Textos fundamentales para la historia, 1968, pág. 164)

Es en el Siglo XVIII donde los derechos naturales del hombre alcanzan un fuerte protagonismo. Uno de los exponentes fue John Locke, el cual planteó una de las tesis más relevantes respecto al Estado democrático moderno, cuyo fundamento es que “la soberanía emana del pueblo”. Este filósofo y médico inglés discrepa de la tesis defendida por Hobbes, puesto que considera que los ciudadanos poseen derechos que le son inalienables frente al poder absoluto que posee el Estado. En esta línea de pensamiento Locke reconoció la necesidad de resguardar y amparar los derechos individuales, al respecto planteó lo siguiente:

“Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté, y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tiene la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobado por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo. Porque sin esta aprobación, la ley no podría tener la condición absolutamente indispensable para que lo sea, a saber, el consenso de la sociedad. El poder legislativo no debe ni puede transferir la facultad de hacer leyes a ninguna otra persona; porque tiene que dejarla allí donde el pueblo la situó.” (Artola, 1968, pág. 169)

Para Montesquieu, era vergonzosa la conducta realizada por el Estado y la Iglesia católica, relacionado a las prácticas de abuso del poder. Este filósofo y político francés esbozó una forma de gobierno democrático y parlamentario, con la presencia de una tripartición de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), además estableció mecanismos que permitían efectuar un control entre los mismos. De esta manera se desecha la teoría de Hobbes en la cual se defendía la concentración de poderes en una sola persona. Al respecto se puede tomar en cuenta lo siguiente: “Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el

monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo.” (Artola, 1968, pág. 234)

Rousseau por su parte, reconoció y comprobó los parámetros de desigualdad social que existían en su tiempo, por lo que defendió la idea de una sociedad que se erigiera sobre una igualdad absoluta, por lo que su doctrina contribuyó positivamente en la conformación de la definición de los derechos humanos. Todos estos planteamientos expuestos por diferentes personalidades del mundo de la filosofía y la política, van dirigidos contra la arbitrariedad de las actuaciones del Estado monárquico y eclesiástico, por lo que sus planteamientos tuvieron una fuerte influencia en la Revolución francesa del 1789.

Posteriormente a esa revolución, surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo documento otorgaba a las personas determinados derechos tales como la libertad de opinión, la presunción de inocencia, el derecho a la propiedad, entre otros. Es mediante este documento que hace acto de presencia el principio de proporcionalidad puesto que en la declaración se establece que la ley no debe regular otras penas que no sean estrictas o necesarias.

En el continente americano los primeros documentos que surgieron referidos a los derechos humanos, abogaban por la no restricción de los mismos, y su garantía a través de procesos justos, y con un jurado imparcial. Otros escritores y filósofos como es el caso de Beccaria, reflejaron en su obra la proporcionalidad en el orden punitivo, referido específicamente a la pena.

De lo planteado hasta aquí, se puede afirmar que el Estado en sus primeros momentos se erigió como un ente dotado de amplia supremacía, o sea, la concentración del poder en un solo individuo. Posteriormente surgen ideas entorno a limitar dicho poder, donde entrar a jugar un papel protagónico los derechos naturales del hombre. Por lo que se hizo necesario mencionar algunas características que surgieron a partir de la doctrina clásica, donde nacen ideas de mitigar ese poder desmedido del rey, teniendo como objetivo materializar y hacer respetar los derechos del hombre, de lo se infieren los preceptos actuales que existen sobre el principio de proporcionalidad.

Este principio de proporcionalidad deviene de los principios de necesidad y ponderación estatal, por lo que es a partir del derecho alemán en que se manifiesta el principio de proporcionalidad en el ámbito moderno. (Fernández, 2008). Dentro de la doctrina alemana es de señalar la obra de Otto Mayer, fundador del Derecho Administrativo en Alemania, el cual planteó que el principio de proporcionalidad surge como una “medida natural”, y adquirió así su importancia como verdadero límite jurídico, por lo que se planteó que:

“El fundamento del poder de policía en el derecho natural exige que la defensa esté en proporción con la perturbación, de este modo se fija la medida de la potestad de la policía. No cabe presumir que la ley, mediante las autorizaciones generales en virtud de las cuales procede la autoridad policial, haya querido permitir una defensa que exceda a esta medida natural. Así pues, esta medida natural adquiere la importancia de un límite jurídico serio”. (Fernández, 2008, pág. 5)

Es así que el principio de proporcionalidad como punto de partida dentro del derecho moderno defiende la no intervención excesiva del Estado por lo que su actuación debe ser disminuida a los aspectos que son estrictamente necesarios. Es en Alemania en donde por vez primera se regula normativamente el principio de proporcionalidad esto fue a partir de la aprobación de la Ley Fundamental del Bonn, en el año 1949, al respecto se reconoció que: “En ningún caso el derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949, pág. Art. 19.2)

#### **1.7.2. Fundamentación del principio de proporcionalidad dentro de la constitución ecuatoriana.**

En la legislación ecuatoriana la fundamentación del principio de proporcionalidad viene establecido en la normativa constitucional, específicamente en el Art. 76.6, de la siguiente manera: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. (Constitución, 2008)

Este artículo es una muestra de la regulación de la proporcionalidad como un principio constitucional, por lo que sus efectos van dirigidos a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, donde tiene una significación especial en el cuerpo normativo penal y administrativo. No obstante, la proporcionalidad no es catalogada como un derecho fundamental, por lo que la vulneración de este principio traería la aplicación de una acción por incumplimiento, la cual es considerada, según el Art. 93 de la norma constitucional, como:

“La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional” (Constitución, 2008)

Como bien se expresa en el artículo citado esta acción llega a brindar determinada garantía en la aplicación de las normas, una vez que el órgano judicial competente emita una decisión respecto a la proporcionalidad en la aplicación de la ley, por lo que se manifiesta una proporcionalidad en un sentido concreto. En la jurisprudencia ecuatoriana, en el ámbito

constitucional, se han dado varios pronunciamientos respecto al principio de proporcionalidad, que aún no se adecuan lo suficiente al reconocimiento que tiene este principio en la esfera constitucional.

En una de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional ecuatoriano se manifiesta respecto al principio de proporcionalidad que:

“La Constitución Política de la República en el artículo 24 que habla del debido proceso en el numeral 3 prevé el principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones; principio que ha sido evidentemente violado, pues el Tribunal de Disciplina (...) impone a Washington Gabriel Cervantes Abad la pena de destitución o baja de las filas policiales al haber adecuado su conducta en los numerales 5, 9, 15 y 29 del artículo 64 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional y considerando varias circunstancias agravantes en su contra que modificaron sustancialmente la sanción impuesta; sin embargo no se observó el verdadero hecho que se le imputa que es el abandono del puesto de servicio de la prevención del Regimiento Guayas No. 2, que es, en esencia de lo que se le acusa. El Tribunal de Disciplina hace mención a una serie de infracciones supuestamente cometidas por el accionante, sin que éstas hayan sido debidamente comprobadas como tales, en este caso, fue probada la existencia de la enfermedad del hijo del accionante que requirió la atención médica inmediata por parte de un profesional de salud, asunto que fue efectivamente verificado en el informe mencionado en la consideración anterior que es producto de la investigación de la oficina de asuntos internos, no se evidencia que el actor haya sacado al inferior del reparto policial para actos ajenos al servicio y que estén en contra del orden y la moral, como lo manifiesta el Tribunal de Disciplina, sino por una calamidad doméstica, lo que de ninguna manera justifica el abandono del puesto de trabajo, pero si debió haber sido tomado en cuenta al momento de imponerle una sanción” (Acción de amparo: principio de proporcionalidad, 2007)

El fin de este proceso, resultó en la concesión del amparo solicitado por el demandante, y se suspendió el acto que emitió el tribunal disciplinario de la Policía Nacional. A esto se puede decir que en el derecho comparado no es costumbre la configuración del principio de proporcionalidad como parte de la norma constitucional, es así que en España es catalogado como un principio general del Derecho, aspecto que será profundizado en el posterior acápite.

El objetivo implícito en el principio de proporcionalidad es “sujetar el poder del Estado”, por lo que se persigue la erradicación de las acciones arbitrarias, por lo que el constituyente ecuatoriano realizó una tarea exhaustiva en la limitación del *ius puniendi* del Estado, el Derecho penal y el Derecho administrativo. Para ello señala que la ley es la que establecerá

la adecuada proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones en la esfera penal, administrativa y de otra índole. Toda esta concepción sustenta su lógica en la protección y garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Algunos autores en la doctrina jurídica han determinado como fin del principio de proporcionalidad, que:

“La consagración de Estado de Derecho, a través de la realización plena del valor “justicia” material, valor superior de nuestro Ordenamiento, y ello en la medida que desarrolla su plena virtualidad como instrumento de ponderación de bienes e intereses en el caso concreto, lo que significa trascender la legalidad formal y optar por la justicia material que es la meta más noble de un Estado de Derecho, en sentido material y no meramente formal” (Fernández, 2008, pág. 23)

El texto constitucional de Ecuador, regula y reconoce un Estado garantista que se centra en la obtención de la primacía del interés público, ejemplo de ello es el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales, así como la regulación del poder ciudadano, y los ámbitos amplios de participación ciudadana, además de que en la esfera del Derecho penal las medidas adoptadas guarden relación con el fin que se pretende aplicar. Al respecto se puede decir que: “el principio de proporcionalidad exige que, en las intervenciones del Estado en la esfera privada, defendida por los derechos fundamentales, los medios soberanos utilizados se mantengan en proporción adecuada a los fines perseguidos” (Fernández, 2008, pág. 23)

### **1.7.3. Derecho comparado.**

La gravedad de la pena tiene una relación directa con el principio de proporcionalidad, ello se evidencia en la correspondencia que debe mediar entre la gravedad del hecho delictivo que se ejecuta y la peligrosidad que representa el individuo autor del delito. La proporcionalidad en la aplicabilidad de las penas, no solo resulta imprescindible para aplicar determinadas medidas, sino que es reconocido en la graduación de las penas y tiene influencia en el principio de culpabilidad. Respecto a este último es necesario señalar el lazo importante que los une, aunque nunca desde una perspectiva de sustitución, debido a que la proporcionalidad no debe reemplazar al principio de culpabilidad, el cual es un elemento al que siempre se acude para que se materialicen las actuaciones delictivas.

En cuanto a la formulación del principio de proporcionalidad, tal como se ha dilucidado en acápites anteriores, surge en el Derecho penal, y su relevancia fue adquirida cuando se vinculó directamente la aplicabilidad de las penas. El jurista español Mir Puig, es partidario de que el principio de proporcionalidad respecto a las penas, requiere en primer lugar que la pena sea proporcional al hecho delictivo y en una segunda posición que la exigencia de la medida

de la proporcionalidad sea establecida tomando como base la importancia social que encierra el hecho delictivo, donde la trascendencia a la esfera social del mismo debe estar protegido mediante la norma legal correspondiente. (Mir Puig, 2008)

Esto deriva en el análisis de dicho principio en las legislaciones de algunos países. En primer lugar, se puede mencionar España, cuya legislación es referente para muchos países latinoamericanos. En este país el Tribunal Constitucional aplicó el principio de proporcionalidad, reconocido en el Art. 1.1 de la norma constitucional, de una forma general y con una marcada indeterminación, no obstante, en varias ocasiones se ha proclamado que dicho principio es una parte inherente al Estado de Derecho y posee un alto valor para la justicia. (Constitución de España, 1978)

El tema de la generalización está presente a partir de la aprobación en el año 1978, de una nueva normativa constitucional, puesto que el principio de proporcionalidad no es recogido de forma expresa en dicho texto, en los Arts. 17.2 y 16.1, pero a pesar de ello la noción que defiende este principio en la doctrina jurídica, si se manifiesta en la jurisprudencia emitida por el órgano de justicia constitucional y en varios preceptos del propio texto constitucional. Muestra de ello es la limitación que existe en cuanto a la duración de la detención preventiva o lo que se refiere a las manifestaciones en cuanto a una serie de libertades religiosas e ideológicas. (Constitución de España, 1978)

El principio de proporcionalidad es empleado de una manera obligatoria en la Constitución ibérica, puesto que existen bienes jurídicos, valores y derechos, que todos son susceptibles de sufrir determinadas restricciones por parte de los poderes públicos que ostenta el Estado. El impulso que cobró el principio de proporcionalidad en España fue muy importante, una vez que se materializó la adhesión del país al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Públicas, por lo que se da cumplimiento a los preceptos que defiende la norma constitucional española, tal como lo refleja el Art. 10.2. (Constitución de España, 1978)

No son pocas las esferas en las que el Tribunal Constitucional español ha podido aplicar este principio. Algunos casos de esto son los relativos a la organización territorial del Estado, en el Derecho penal que es una esfera clásica de actuación de dicho principio, su presencia ha sido más fuerte en cuanto a la determinación de las penas. El órgano de justicia constitucional español ha aplicado el principio de proporcionalidad con una mayor fuerza en aquellos conflictos que tienen que ver con los principios constitucionales. En el texto constitucional se corrobora, en uno de sus tantos preceptos, específicamente en los Arts. 9.3 y 10.1, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, por lo que es una forma de afianzar la dignidad de las personas, tomando como base además la paz social y el máximo respeto a la

ley, todo ello derivado de la aplicación del principio de proporcionalidad. (Constitución de España, 1978)

Posteriormente a una de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional español, específicamente en el año 1986, se estableció que el juicio de proporcionalidad correspondía, en el marco de su aplicación al legislador, por lo que el magistrado en la ocasión de la individualización de la pena, debía tener presente la aplicación del principio de proporcionalidad, además de que podía plantear cualquier tema relacionado a cuestiones de inconstitucionalidad; tal es el caso de que la propia norma legal regulase penas abusivas. Otro de los planteamientos enunciados en la sentencia es que la normativa penal española reconocía el principio de proporcionalidad de manera expresa en el Art. 4 (Código penal del Reino de España, 1995), mientras que en otros preceptos su respeto era escaso, ejemplo de ello son los Arts. 380 y 480 (Código penal del Reino de España, 1995). Esta escasez viene dada por el castigo severo que se les aplica a aquellas personas que sean capaces de quebrantar las penas y medidas cautelares, por lo que se pone de manifiesto una desproporción debido a que se castigan cuestiones diferentes y que la violación de ambas no produce consecuencias similares.

Chile es un país, que posee una legislación donde el principio de proporcionalidad, no tiene una consagración en la Constitución de manera expresa, por lo que su reconocimiento viene dado a partir del ámbito jurisprudencial y es tomado en cuenta como un derecho fundamental. En este país los profesionales del derecho han abogado por el tácito reconocimiento de la proporcionalidad como un principio constitucional. A pesar de esto es reconocida la presencia de este principio como parte del ordenamiento jurídico chileno, muestra de esto son las bases de la institucionalidad de la norma constitucional, por medio de la afirmación de los principios de libertad e igualdad, y el lugar privilegiado que ocupa el ser humano, además de la servicialidad del Estado y los objetivos y finalidades del mismo, dentro de los que se encuentran la persecución del bien común, a esto se agrega la catalogación de Chile como una república Democrática, por lo que el poder posee un carácter limitado en el ejercicio de los poderes, ello reflejado en las facultades punitivas del Estado, reconocido en el Art 4 del texto constitucional. (1981)

Otro precepto chileno que toma en cuenta el principio de proporcionalidad es el Art. 5 de la norma constitucional puesto que se reconoce el deber del Estado en la defensa y respeto de los derechos fundamentales que forman parte de la naturaleza humana, por lo que las obligaciones de los órganos estatales, así como sus actividades deben estar encaminadas a brindar y garantizar los medios que provoquen afectaciones menores a las personas. Se regula el derecho a la igualdad, íntimamente vinculado al principio de proporcionalidad, desde

la perspectiva que se prohíbe la arbitrariedad, en el Art. 19.2. (Constitución Política de la República de Chile, 1981) Otra cuestión, relevante por demás, es la actuación del principio de proporcionalidad como límite ante las restricciones de los derechos fundamentales, tomando como base la aplicación del principio del Estado de Derecho, por lo que se puede afirmar que posee un rango constitucional, según lo reflejado en el Art. 19.26 de la normativa constitucional chilena, todo esto es necesario para la protección de los intereses públicos (Constitución Política de la República de Chile, 1981)

En relación al ámbito judicial, el Tribunal Constitucional de ese país, establece una relación del principio de proporcionalidad con la igualdad, y lo fundamenta y defiende a través de la prohibición del establecimiento de diferencias en cuanto a la edad, religión o sexo. Ello es muestra de que dicho principio está subsumido y a la vez integrado en el cuerpo normativo constitucional chileno.

El Derecho penal chileno, se caracteriza por un sistema legal de individualización de las penas, el cual viene dado por un carácter legal y relativo, ya que el poder legislativo de ese país estableció un grupo de directrices generales referente a la política criminal, lo cual está dirigido a determinar las consecuencias jurídicas que son tomadas para cada uno de los delitos, el criterio que materializa el magistrado en cada una de las penas y su respectiva graduación. Algunos de estos factores tienen su regulación en la normativa penal, por lo que se establecen penas para determinados delitos, así como puede verse afectada la cuantía por circunstancias agravantes o atenuantes con un carácter especial. Pueden aplicarse además reglas establecidas cuando se dan situaciones de concurrencia de más de una figura delictiva, además de las etapas de desarrollo y el grado de ejecución, todo esto puede significar la modificación de la responsabilidad penal. (Código Penal de la República de Chile, 1874, Arts. 50-69)

Dentro del sistema penal chileno, el magistrado ostenta la obligación de determinar la medida exacta respecto a la pena que debe ser impuesta al individuo que ha infringido la ley, para lo cual es necesario el análisis y valoración de aquellas circunstancias que formaron parte del hecho delictivo, y el principio de proporcionalidad forma parte inminente del actuar del juez. Esta situación es catalogada como la discrecionalidad que tiene el juez, la cual puede variar, por la existencia de una pluralidad de penas que son posibles de imponer. El ámbito en el cual el magistrado hace uso de esta discrecionalidad debe estar basado en los principios jurídicos que son aceptados en la Constitución chilena. Esto demuestra la necesidad de establecer los factores que deben desempeñar un rol protagónico, al momento del establecimiento de la pena, siempre tomando en cuenta la gravedad entorno al hecho delictivo. El punto de partida,

para lograr esto, debe ser la aplicación de un juicio de proporcionalidad, que permita la adecuación del proceso judicial al caso concreto.

De lo antes expuesto se puede afirmar que en el sistema penal chileno la aplicación del principio de legalidad, es de gran importancia, por lo que predomina un marcado legalismo frente a una limitada discrecionalidad de las decisiones de los jueces en los procesos penales, ello evidencia que el principio de proporcionalidad tiene una vigencia bastante amplia en cuanto a la aplicabilidad de la ley, por lo que este principio actúa como limitante del *ius puniendi* del Estado.

En el Ecuador este principio de proporcionalidad se manifiesta en el sistema aplicado a la determinación de la pena por lo que posee un carácter legal y relativo. Este principio se presenta en la norma constitucional de una forma expresa, aunque se ha demostrado su relación con el principio de legalidad y la proporción que debe tener la culpa durante todo el proceso penal. A esto puede agregarse que la jurisprudencia ecuatoriana divide a este principio en tres sub-principios, que son los de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en un sentido estricto.

### **1.8. Evolución de la participación ciudadana**

La definición de la participación ciudadana se ha caracterizado por tener, a lo largo de su desarrollo, diferentes conceptos, por lo que se han utilizado una serie de términos a la hora de referirse a ella. Pese a ello la participación ciudadana ha alcanzado un desarrollo positivo y se ha posicionado como una aspiración plena que se quiere lograr tanto en el ámbito social como en lo político.

Desde un punto de vista conceptual, se puede decir que la participación ciudadana está vinculada con la intencionalidad del individuo social respecto a las ansias de concebir un futuro propio. Consecuencia de ello es que la participación es comprendida en un escenario donde la comunidad o colectividad alcanzan un papel protagónico que no admite delegación alguna. Desde un punto de vista histórico la participación ciudadana, ha logrado en la época moderna un grado elevado dentro de la sociedad respecto a las cuestiones participativas y además ha sido empleada como herramienta por aquellos sectores sociales más desfavorecidos, con la cual han luchado por el cumplimiento de sus derechos y por la integración social.

Es un hecho que la participación social ha servido positivamente, frente a la inminente carencia de mecanismos de representación de determinado sistema político. Esto ha traído como resultado la formación de nuevas relaciones surgidas fundamentalmente entre la sociedad civil, el Estado, y la democracia. Por lo que la participación es catalogada como un tipo de intervención por parte de un sujeto particular, dirigida principalmente a actividades de

carácter público, todo ello con el propósito de dar solución a temas que tienen un alto componente social.

Otras de las aristas consideradas en torno a la participación es como un recurso que posee el gobierno, cuyo fin es el incentivo de acciones y actividades dentro de las comunidades. Esto es una muestra que los mecanismos de participación han contribuido a la descentralización de poderes, por lo que, dentro de las estructuras de gobernabilidad, a una mayor existencia de la participación ciudadana, los gobiernos en la esfera local tienen un mayor protagonismo. En la doctrina se ha reconocido que:

“La participación ciudadana tiene su origen en el seno de la sociedad civil y está orientada a sustituir la acción del Estado o a combatir su inacción, incompetencia o ineficiencia en la resolución de problemas que los afectan de manera directa o indirecta a las comunidades”. (Iglesias, 2011, pág. 54)

En estos planteamientos doctrinales se pueden apreciar diversos enfoques, entre los cuales vale destacar que el mecanismo de participación ciudadana está relacionado directamente con el funcionamiento de todo proceso de democratización dentro de un Estado, el cual está enfocado en las actividades políticas y las actividades vinculadas a los aspectos sociales. Uno de los fines de estos mecanismos de participación es el aumento de la influencia que deben tener las personas en aquellos procesos en los que se adoptan decisiones de interés social en los diversos niveles que posee la gestión de los poderes públicos.

De lo dicho hasta aquí cabe resaltar que la participación ciudadana puede ser definida como una serie de acciones que son puestas en práctica por las personas, enfocadas principalmente en las acciones que se desarrollan en la esfera pública, cuya participación está dirigida a hacer valer los intereses sociales. Es así que la ciudadanía en general puede tener determinada influencia en las políticas estatales, cuyas acciones deben estar respaldadas en la ley.

Si son analizados los primeros indicios surgidos respecto a la participación ciudadana, es necesario mencionar primeramente a la Grecia antigua, donde se dieron manifestaciones respecto a ideales democráticos, y existió un reconocimiento de principios de igualdad ante la ley, así como la participación de aquellos sujetos considerados libres en la conformación de las leyes, y en las tareas de funcionalidad del gobierno, unido a la toma de decisiones. Estas cuestiones derivaron en alternativas y límites para las situaciones de prácticas arbitrarias y tiránicas que existían en esa época. (Burrow, 2008)

Otro ejemplo fue el sistema de gobernabilidad que se desarrolló en Atenas, donde la historia de esta cultura demostró que fue en el Siglo IV a.c, donde la participación democrática alcanzó

su máxima expresión. Ello evidenció una gran madurez de la democracia ateniense, puesto que el centro de toda la vida política y la participación era el ciudadano. Los índices de vida del ciudadano ateniense, eran bastantes dinámicos, existía una dualidad marcada, evidenciada en la esfera pública y la privada, las cuales estaban bien relacionadas, unido a eso la moral desempeñaba un importante papel, puesto que el comportamiento de las personas en la vida pública tenía un gran valor, o sea, que lo público prevalecía sobre lo privado. (De Sousa Santos, 2005)

Esta democracia ateniense tenía características propias, lo primero era que todas las personas no podían integrarse a la sociedad ateniense, este privilegio solo correspondía a los hombres considerados libres, y en el caso de las féminas su protagonismo estaba dirigido solamente a la administración del hogar, ello se traduce en la crianza de los hijos, y las potestades que podía llegar a tener la mujer eran ejercidas sobre los esclavos y la servidumbre del hogar, por lo que la participación en la esfera política era vetada. Todo esto evidencia la importancia que tenía la vida pública en estas sociedades.

Otra de las manifestaciones respecto a la participación ciudadana en épocas anteriores, es la defendida por filósofos antiguos, donde defendían a la democracia como la máxima expresión de la participación. Esto estaba sustentado en que los ciudadanos tenían la capacidad de participar en las instituciones establecidas por la normal constitucional, en este caso en Atenas. Otro ejemplo eran los tribunales de justicia que surgieron en esa ciudad, en los cuales existía un consejo. A pesar de los diversos cargos que existieron entorno a los órganos de justicia ateniense, solo eran ocupados estos puestos por medio de sorteos que se realizaban, además de que los cargos públicos tenían una duración máxima de un año. El objetivo se cumplía y era que los ciudadanos tuviesen una amplia participación en la vida política. (De Sousa Santos, 2005).

En el caso de Roma, en el periodo antiguo, la participación ciudadana en la esfera política se caracterizó por ser bastante amplia y avanzada. La máxima expresión de la misma fue en la época de la República romana, donde los ciudadanos contaban con la facultad de elegir a los magistrados de la plebe y podían apoyar la tarea de conformación de las leyes, y participación en el plebiscito. El desarrollo de la participación fue tal, que la norma legal exigía a todos los ciudadanos a cumplir con los mandamientos expuestos en la misma. (Suárez Iñiguez, 2003)

No obstante, a este desarrollo que surgido en la época antigua en el Medioevo se muestra una disminución de la participación ciudadana. Aunque es necesario señalar, que se manifestaron determinadas libertades y derechos políticos, en las pequeñas ciudades se materializaron expresiones de auto-gobernabilidad, ejemplo de ello son las elecciones que

llevaron a cabo para elegir a los acaldes, concejales y demás autoridades, además de la aprobación de leyes internas, que reflejaban ciertas libertades respecto a los habitantes. La Edad Media refleja un desarrollo incipiente de la democracia, que posteriormente se convertirá en base del auge de la Ilustración, o también conocido como la época del Renacimiento. (De la Iglesia Duarte, 1998)

En años posteriores se evidencia una marcada distinción de las clases sociales, y la participación ciudadana, en cuanto a su definición sufre considerables restricciones. La primacía en lo social y económico partía de una clase aristocrática cuya representación era mínima, y en el otro extremo estaba la gente común, que por supuesto era mayoría social, y eran discriminados y estereotipados de ignorantes. En esta etapa surgió una teoría referida a una forma de gobierno moderada, y se dan determinados elementos en el ámbito normativo que posibilitaron el desarrollo y auge de una cultura política.

Al monarca poco a poco le fueron cercando determinados límites, surgidos de la ley, por lo que este no quedaba exento de la misma. En relación a los derechos políticos estos eran limitados, su ejercicio estaba enfocado solo en consejos al soberano o la materialización de peticiones determinadas, por lo que estos supuestos derechos no tenían efecto vinculante alguno.

En el Siglo XIX surgieron críticas sobre las imperfecciones que tenían los gobiernos representativos, por lo que poco a poco estos problemas fueron resueltos, Al respecto Stuart Mill, economista inglés, realiza fuertes críticas al sistema electoral que limitaba la participación ciudadana respecto a las clases sociales surgidas a raíz del proceso de industrialización, conocida como proletariado. De ello surgieron propuestas de la materialización de un sistema electoral, cuya base sería el voto universal, medio que ampliaría la participación ciudadana. (Stuart Mill, 2001)

Es el Siglo XX en donde la democracia representativa y la popular sufren contraposiciones, y varios conflictos. Con respecto a la democracia popular se dieron innumerables movilizaciones sociales, disputas clasistas y una férrea tarea del partido comunista en aras de representar y hacer valer los derechos de la clase trabajadora. La democracia directa tiene su máxima expresión a través de las figuras del plebiscito y el referéndum. Algunos criterios en la doctrina social y jurídica exponían que las democracias en etapa contemporánea se caracterizan por ser poliarquías, pues es al predominio de una pluralidad de grupos que se disputan el poder y competían entre sí. (Alan Dahl, 2009)

Ya enmarcado el Siglo XXI, la participación política ha devenido en una crisis, puesto que uno de los principales objetivos que se persiguen en la actualidad es alcanzar una mayor transparencia en el manejo y aprobación de las políticas públicas, con el propósito de que las personas puedan participar en el control político de las esferas de poder. Unido a esto se persigue la materialización de las demandas sociales, y la aprobación de mecanismos alternativos que llegue a impulsar positivamente la participación ciudadana en los procesos electorales.

No obstante, a lo pretendido en la actualidad, la realidad se impone y es la presencia de fuertes conductas individualistas en cuanto a la participación ciudadana. Se ha evidenciado un distanciamiento hacia la política por lo que se han afianzado los intereses particulares, que están enfocados en actividades educativas que garanticen una mejor preparación, la defensa de los derechos de conservación medioambiental, acciones religiosas, defensa de causas humanitarias, entre otros. Esto demuestra que la participación ciudadana está enmarcada en la institucionalidad de la sociedad y no directamente a la esfera política, aunque es obvio que estas acciones van a tener sus repercusiones en lo político.

#### **1.8.1. Los derechos de participación ciudadana en el Ecuador.**

En el mundo, en la actualidad, se dan una serie de divergencias respecto a la eficiencia de la participación ciudadana dentro de un sistema democrático. Ello ha provocado que diversos países han planteado esfuerzos para fortalecer y mejorar la participación ciudadana dentro de un sistema democrático. En el Ecuador la democracia, ha derivado en una nueva manera de participación ciudadana dentro de la estructura estatal, ello se refleja en el surgimiento del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), el cual es contemplado en el texto constitucional vigente en el país. Esta además decir que dicho órgano ha contribuido satisfactoriamente en el fortalecimiento de la participación ciudadana en el país. (Constitución, 2008, Art. 207)

Con el propósito de lograr un entendimiento en las presunciones reconocidas en el texto constitucional ecuatoriano sobre la participación ciudadana, es imprescindible entender la relación que se ha dado entre la democracia y la participación de la sociedad civil. Una parte de la doctrina jurídica y social, estima y reconoce la actuación de los ciudadanos en un espacio donde el mercado y el poder estatal no tienen cabida, pero que se pretende influenciar en la opinión pública y estimular la aprobación de diversas políticas por medio de los debates. Esta es una forma en la que las personas pueden librar un papel posicionado dentro de la democracia, principalmente en lo que se vincula al control de las actuaciones del Estado. (Ahedo Gurrutxaga & Ibarra Guill, 2007) Estos criterios son un reflejo de que la participación

ciudadana se relaciona directamente con la democracia participativa, y porque las personas tienen un papel muy importante dentro de la democracia, apartando la figura del Estado, por lo que se demuestra un predominio de la sociedad civil.

En el país respecto a la antes mencionada posición doctrinaria, se instaura una alternativa de connotada novedad en la concepción de la participación ciudadana dentro del Estado. Estos logros fueron alcanzados producto de un largo camino recorrido en el país desde el aspecto histórico y también regional. Es así que se puede afirmar que la democracia se ha comportado en el país de forma inestable, luego de los años setenta, se evidencia un regreso de la misma, y su presencia ha sido vislumbrada hasta los inicios del Siglo XX, a esto debe agregarse que la sociedad civil ecuatoriana ha contribuido al debilitamiento del sistema institucional. Ello es producto de que la participación ciudadana estuvo enmarcada en la acción social, esto por medio de manifestaciones y movilizaciones populares, lo cual provocó un desgaste institucional en el Ecuador, a pesar de que las exigencias eran respecto a intereses legítimos de contenido social.

Estas consecuencias hicieron necesario de que dicha participación ciudadana fuese institucionalizada, por medio de organismos relacionados al engranaje estatal, cuyo fin es contener y tratar de evitar posibles acciones que contribuyan o afecten el funcionamiento del sistema de gobernabilidad. Es por este motivo que la Constitución de Montecristi y aquellas entidades creadas a partir de su aprobación, son el resultado de toda una trayectoria de lucha llevada a cabo por los movimientos sociales.

Se puede hacer alusión al texto constitucional del año 1998 donde la comunidad indígena del país planteó que en el Ecuador debía existir una garantía constitucional que resguardase la participación de los movimientos sociales, relacionado a la planificación y ejecución de los proyectos sociales que deben formar parte de las esferas del gobierno nacional. Es por esta estructura que la Constitución vigente toma referencia y reconoce a la participación ciudadana y el papel de las comunidades ancestrales dentro de la sociedad civil.

A partir de la conformación de los CPCCS, se da una nueva forma de control, puesto en práctica por la ciudadanía referente a las cuestiones del Estado, además de que son un novedoso modelo de participación ciudadana como parte del Estado. De esto se desprende las principales funciones de dicha entidad, enfocadas en el cuidado de las actuaciones del Estado, para que estas no afecten los intereses de las personas. Ello va complementado por las personas que forman parte de esta entidad, y que a la vez deben tener una relación directa con la ciudadanía y por tanto representar fielmente los intereses que recogen las peticiones sociales, tomando como base la realidad de los problemas que persisten. Es por medio de

este poder ciudadano que se pretende incentivar la participación de las personas en las cuestiones de carácter público.

De lo antes planteado también se pueden reconocer otros elementos que influyen directamente en la participación ciudadana en el país, para que esta se eficaz, y dichos elementos están relacionados con la realidad que puede llegar a prevalecer, tanto en la esfera, económica, política, como social, además de la legal, que todas contribuyen para que la sociedad civil y los mecanismos de participación sean productores ante las instituciones públicas.

### **1.8.2. Principios que rigen la participación ciudadana en el ámbito social y jurídico.**

Como parte inherente de la participación ciudadana se han reconocido una serie de principios, que a la vez la identifican, los cuales son (Luna, 2011):

1. La participación ciudadana ha sido calificada como un derecho humano, por lo que es obligación del Estado su respeto y la garantía de la misma. Esto no está limitado a la simple cuestión de que se colabora con la reivindicación de derechos y la exigencia de responsabilidades sociales que tiene que cumplir el Estado, en uso de las facultades que le están conferidas, sino que debe existir un mecanismo que permita otorgar ciertas garantías para que los derechos fundamentales sean respetados frente a todos los actores sociales en igualdad de condiciones.
2. Una de las características que debe prevalecer respecto a la participación ciudadana es su transparencia, por lo que la facilitación de información debe ser de forma continua, debe mediar una rendición acorde a los resultados obtenidos, todo ello sobre las actuaciones de los funcionarios, por lo que este mecanismo contribuye a que se dé una participación de los ciudadanos en la organización de las políticas públicas.
3. En la participación ciudadana debe primar la independencia, por lo que su catalogación como un derecho humano llega a facilitar el ejercicio o puesta en práctica de otros derechos, algunos de los cuales son el derecho de petición, de expresión, de consciencia, de asociación, entre otros.
4. La voluntariedad forma parte de la participación ciudadana, por lo que la misma no debe ser obligatoria ni impuesta por otras personas. Por lo que el estado debe

desarrollar una actividad alentadora en torno a la fomentación de la participación ciudadana, no caben aquí las exigencias ni las condicionantes. Al ser calificada como un derecho está sujeta a un libre ejercicio, por lo que no se admite su confusión respecto a enmarcarla como un deber.

5. La participación ciudadana es correspondida con la solidaridad social, ya que la segunda constituye el motivo que impulsa las iniciativas de participación y por tanto repercute en los deberes del Estado. Es por este motivo que los órganos estatales deben tener la capacidad de lograr cierto equilibrio respecto a los intereses que existen entre los diversos sectores sociales, por lo que hay que trabajar para que las políticas públicas respalden y respondan a esos intereses.
6. La educación es defendida como parte de la participación ciudadana, debido a que la democracia constituye un fenómeno que se escuda en los diferentes mecanismos de participación, como la práctica de valores y los procedimientos democráticos, así también determinadas habilidades.
7. La participación ciudadana encuentra un complemento en lo que se refiere a las funciones que presenta toda representatividad política. Por lo que está enfocada a aplicar las herramientas que facilita una democracia directa, ejemplo de ello son las asambleas, por lo que esta relación de complementariedad tiene como objetivo que se mezclen la actuación directa de las personas con las acciones representativas.
8. Se ha afirmado que la pluralidad tiene vínculos con la participación ciudadana, ya que los intereses sociales deben ser observados desde una perspectiva diversa, o sea deben existir opciones que faciliten la ejecución de estos intereses, así se estaría fomentando políticas sociales y la solución de los problemas.
9. La no discriminación debe jugar un papel protagónico en la participación ciudadana, por lo que deben ser creados espacios adecuados para ejercitar la participación, de aquellos grupos calificados como diversos, producto de la raza, la religión, cultura o género deben contar y aplicar el derecho a la manifestación libre, así como deben contar con una representación en la elaboración e implementación correcta de las políticas públicas, sobre todo aquellas que tengan que ver directamente con sus intereses.

10. La corresponsabilidad forma parte de la participación ciudadana, ello se pone de manifiesto en que tanto la sociedad civil como el Estado, intervienen en las responsabilidades que implica la gestión pública, pero existen responsabilidades que son exclusivas del Estado.
11. La deliberación pública cobra protagonismo por medio de la participación ciudadana. Esto se traduce en que las decisiones no deben ser tomadas a espaldas de los ciudadanos, y estas decisiones deben ser el resultado de una serie de conciliaciones e interacciones suscitadas entre los funcionarios estatales y la ciudadanía. Este espacio debe estar creado para que se puedan ventilar toda una serie de asuntos, incluso los más polémicos. El fin es que se alcance el bienestar social, además de que las cuestiones reflejadas en la agenda política, deberían ser de conocimiento público.
12. En el control de la gestión pública la participación ciudadana es fundamental, puesto que las estrategias que se erigen deben ser capaces de evaluar las políticas públicas y su posterior materialización. Estos son parámetros que marcan la prevalencia de una verdadera democracia.
13. Es a través de la participación ciudadana que se logra el reconocimiento de los diversos actores que integran a la sociedad. Por lo que la participación puede ser llevada a cabo de manera individual o colectiva. Lo cual constituye un elemento muy importante para que se alcance una sociedad organizada.
14. Cada uno de los actores tiene el derecho de desempeñar su papel ante el Estado, por lo que existe cierta autonomía respecto a la participación ciudadana. Este derecho asiste en el cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado, además este no puede inmiscuirse en todos los espacios que conforman la vida social, por lo que la autonomía debe prevalecer ante el poder estatal en determinadas ocasiones.
15. La participación ciudadana se adhiere al derecho de información, por lo que este derecho debe ser permanente y actualizado. Este se puede evidenciar en el conocimiento de las políticas públicas, las fuentes de financiamiento, y todos los procesos de ejecución. Dicho derecho a la información debe estar amparado en la ley, y además la accesibilidad de los propios ciudadanos a la información siempre que lo consideren necesario.

16. Los límites de la participación ciudadana están presentes en los derechos humanos, ya que el ejercicio de dicha participación no debe contribuir al resquebrajamiento de estos derechos.
17. El tiempo entorno a la participación ciudadana debe ser razonable, con el fin de que esta logre su efectividad. Corre por cuenta del Estado que la ciudadanía tenga un tiempo propicio para poder expresar sus ideas.
18. En la toma de decisiones son condicionados determinados razonamientos, que nacen de la participación ciudadana, por lo que todo lo que forma parte de la gestión pública, conllevan respectivas explicaciones de los diversos organismos que integran el poder público.
19. La participación ciudadana debe contar necesariamente con un respaldo de recursos. Como es calificada como un derecho humano el Estado tiene la obligación de proveer ciertos recursos para que este derecho pueda ser ejercido.
20. La institucionalización está vinculada a la participación ciudadana, por lo que el Estado tiene el deber de crear los mecanismos necesarios que contribuyan a su eficacia. Por lo que es a través de esta vía que se llegan a materializar los espacios legítimos que posibiliten el intercambio entre los ciudadanos.

### **1.8.3. Fundamentación legal**

Según la normativa legal que regula la participación ciudadana en el Ecuador, se puede apreciar que, con la aprobación de la Constitución de Montecristi, este tipo de participación alcanza un reconocimiento efectivo, además existe un reconocimiento expreso de una serie de derechos que poseen los ciudadanos ecuatorianos, y es precisamente la participación ciudadana un principio fundamental como parte de ellos, al respecto el texto constitucional señala, en su Art. 1, 2do párrafo que:

“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución” (2008).

La participación ciudadana es consolidada a través del ejercicio de los derechos que ostentan los ciudadanos, cuyo sistema de vida está integrado a las comunidades, y donde los pueblos indígenas ocupan un lugar importante. Estos derechos pueden ser ejercidos abiertamente sin restricciones que lleguen a afectar su materialización, y es obligación de las autoridades

competentes atender a los reclamos suscitados, para ello existen las vías correspondientes, según lo establecido en la normativa constitucional. (Constitución, 2008, Arts. 10 y 11)

La ley otorga una serie de posibilidades a las personas, facilidades que les permite la participación en debates públicos, en los que se tratan asuntos de interés social. Además, se pueden presentar una serie de proyectos e iniciativas relacionados con temas populares que atañen a la colectividad. También fueron reconocidas a los ciudadanos facultades de fiscalización ante los actos que llegue a ejecutar el poder público (Constitución, 2008, Art. 61). Es así, que en el texto constitucional vigente se regula respecto a la democracia su puesta en práctica a través de la participación ciudadana.

La materialización de la misma está dada por la existencia de varios mecanismos que forman parte de la democracia, ellos son la representatividad, la cual se evidencia por medio del ejercicio del voto, y las personas electas deben ser fieles representantes de la voluntad popular; otro elemento es la democracia directa la cual es materializada por la potestad normativa para crear, derogar o modificar normas legales ante cualquier entidad que posea facultades legítimas para ello. Algunas de las herramientas empleadas por la ciudadanía en el ejercicio de la democracia directa son la consulta popular y la revocación de los mandatos. Por último, se puede mencionar como mecanismo a la democracia comunitaria que se refleja en las formas de organización que llega a tener la sociedad civil para ejercitar, defender y hacer valer sus derechos. En el Ecuador el más claro ejemplo son las instancias locales de participación ciudadana, tal es el caso de las veedurías, las audiencias públicas, y demás organismos. (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, LOPC, 2010, Art. 4)

Se hace evidente la presencia de la participación ciudadana en las diferentes instancias de gobernabilidad que tiene el Ecuador, y ello queda plasmado en la normativa constitucional (Constitución, 2008, Art. 100). Esta forma participativa tiene como objetivo el desarrollo de proyectos y planes, así como la instauración de políticas locales y nacionales. En el país los gobiernos catalogados como descentralizados tienen autonomía y direccionan su propia estructura y funcionamiento, solo para ello están dados determinados principios que rigen como base, y uno de ellos es la participación ciudadana. (Constitución, 2008, Art. 238). Como parte de la gestión pública se encuentran determinadas actividades como la planificación, el control y la ejecución de los planes aprobados, en los cuales la participación ciudadana debe tener un ejercicio pleno. (Constitución, 2008, Arts. 275, 276 y 278)

En el país fue aprobada la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (LOPC), cuyo objetivo está encaminado a fomentar y garantizar los derechos en el ejercicio de la participación ciudadana (2010, Art. 1). La ley ha contribuido positivamente en la mejoría y fortaleza del ejercicio de poder de la ciudadanía en las diferentes formas de expresión que tiene. Otra de

las normas legales vigentes en el país que reconoce el derecho de participación ciudadana es el Código Orgánico de Organización Territorial y Descentralización (COOTD), en el cual se regula expresamente la titularidad y el ejercicio de la participación por parte de la ciudadanía, el cual debe ser respetado y promovido por todos los órganos (Constitución, 2008, Art. 3, inciso g).

La participación ciudadana es además reconocida dentro de las funciones que ejercitan los gobiernos descentralizados como parte de su funcionamiento. Es así que los ciudadanos ecuatorianos se ven inmersos en la aprobación de presupuestos y en las diferentes acciones que pueden ejecutar estos gobiernos. (Ley Orgánica de Participación Ciudadana, LOPC, 2010, Arts. 29, 241-245, 295 y 302-305)

En la actualidad en el Ecuador se han creado un escenario propicio que ha unificado criterios respecto a la participación ciudadana y edificándose como un nuevo poder dentro del Estado. Una de sus principales manifestaciones es el antes mencionado CPCCS, puesto que sus principales funciones son la transparencia del ejercicio de participación ciudadana y la propia funcionabilidad. Por lo que la estructura de este es descentralizada con el propósito de que las funciones para las que fue creado sean puestas en práctica.

#### **1.8.4. La pérdida de los derechos de participación ciudadana y su regulación en la normativa penal ecuatoriana.**

En el Ecuador la pérdida de los derechos de participación ciudadana, está estipulado en la normativa penal vigente, ello queda evidenciado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Es necesario aclarar que una vez que una persona haya cometido algún tipo de conducta delictiva recogida en el COIP, le es impuesta la sanción correspondiente, y si esa pena consiste en la privación de la libertad, ello provoca además que le sean eliminados sus derechos de participación ciudadana. La facultad potestativa de aplicar este tipo de sanciones queda en manos del magistrado, puesto que la ley le confiere este tipo de funciones. El juez puede retirar los derechos de participación, tomando como referencia el tiempo de duración de la sanción que se ha impuesto.

Al respecto la norma penal reconoce lo siguiente.

“Art. 60-. Son penas no privativas de libertad:

13. Pérdida de los derechos de participación.

Art. 68.- La persona sentenciada con la pérdida de los derechos de participación, no podrá ejercerlos por el tiempo determinado en cada tipo penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad” (Código Orgánico Integral Penal, COIP, 2014).

En la normativa penal resulta apreciable que las penas están divididas en penas privativas de libertad y no privativas de libertad, y las segundas son catalogadas en algunos casos como sanciones accesorias de las primeras. Se puede afirmar que esta manera de aplicabilidad de ambas sanciones conlleva a la neutralización de la persona juzgada. El COIP reconoce que el fin de la pena no puede devenir en la neutralización del individuo, además de que la pena debe estar encaminada a la prevención de los delitos y el desarrollo de los derechos del sujeto condenado, además por supuesto de la reparación del daño que se ha infringido producto del actuar del individuo, pero es bien expresa respecto a que su fin no va dirigido a un total aislamiento de las personas, consideradas individuos sociales. (Código Orgánico Integral Penal, COIP, 2014, Art. 52)

Esta situación presente en la normativa penal respecto a los derechos de participación ciudadana, lleva a considerar que predominan importantes contradicciones en este cuerpo normativo. Por un parte defiende que la persona sancionada no debe ser aislada como ser social puesto que ese no es el fin de la pena, y por el otro lado el magistrado tiene facultades que le permiten aplicar como sanción accesoria la pérdida de los derechos de participación, reconocidas además en el propio código. Evidentemente en la doctrina dichas contradicciones son catalogadas como antinomia jurídica.

Estas incompatibilidades tienen historia dentro del Derecho, por lo que ha sido considerado un problema de alta connotación que debe ser resuelto. La doctrina jurídica y la teoría del derecho han defendido que la norma legal debe poseer determinada uniformidad, por lo que debe ser tomado como referencia el orden jurídico que se persigue, por lo que las contradicciones no pueden ser parte de este. (Grau, 2007)

A pesar de estas afirmaciones y los estudios realizados en relación a este tema los conflictos persisten y ellos se ponen de manifiesto cuando una norma acepta una conducta como debida y la otra es capaz de estipular otra cosa que evidentemente está en desacuerdo con lo regulado en un principio. Corresponde y es responsabilidad de los legisladores, en cuanto a su función legislativa de aplicar el principio de no contradicción, por lo que debe prevalecer un cuerpo normativo sustentado en preceptos legales lógicos que tengan claridad respecto a las prohibiciones y los mandatos.

En la doctrina jurídica la antinomia es considerada como aquella situación en la que se ven inmersas dos normativas, en la que una obliga y la otra prohíbe, o en el supuesto de que una

llegue a permitir y la otra prohíba, todo ello sobre un mismo asunto o comportamiento. (Bobbio, 2007)

Esta situación está presente en la normativa ecuatoriana, ya antes expuesto. En lo que es apreciable el choque de dos preceptos, ambos incompatibles entre sí, por lo que se puede llegar a poner en duda la veracidad de ambos en relación a un mismo cuerpo normativo. Por lo que ambos preceptos legales colisionan entre sí, ello provoca que no pueden ni deben ser aplicados al mismo tiempo, por lo que se hace imprescindible la eliminación de uno de ellos.

En cuanto a la fase de eliminación de estas contradicciones normativas, en la doctrina se han reconocido varios supuestos. El primero está referido al criterio cronológico, el cual tiene lugar cuando entre dos normas incompatibles la posterior deroga a la anterior. El segundo está referido a la jerarquía, por lo que es aplicado el principio de que la ley superior deroga a la inferior. Por último está el criterio de la especialidad, que defiende en los supuestos contradictorios entre las normas una debe ser general y la otra especial, y en estos casos prevalece la norma especial, su fundamento viene dado porque se considera dentro de la doctrina legal una exigencia fundamental en cuanto a los términos que demuestran una verdadera justicia. Además de que el no desarrollo de una ley especial en contraposición de una ley general va en contra del propio desarrollo del Derecho. (Carretero Sánchez, 2010)

No obstante, a los criterios antes expuestos, en la legislación ecuatoriana lo que debe ser aplicado es la eliminación de aquellos preceptos que contribuyen al aislamiento y neutralización de la persona privada de la libertad como ser social, al ser erradicados sus derechos de participación ciudadana. Como bien se expresó con anterioridad este derecho es regulado en el texto constitucional del país, y reconocido como un derecho fundamental, además es necesario recalcar que la privación de la libertad no tiene por qué conllevar también la pérdida de estos derechos de participación.

Esta situación da muestras de que el principio de proporcionalidad no se cumple en la normativa penal ecuatoriana, puesto que al sujeto se le priva de su libertad y además de sus derechos de participación ciudadana. Es aquí donde se afecta el ideal de justicia que acompaña al principio de proporcionalidad, y que a la vez forma parte indispensable en cualquier Estado de Derecho. La aplicación de dicho principio en el Derecho penal se pone de manifiesto tanto en el momento de creación de la norma legal por los legisladores como en la aplicación de la misma por los jueces, además de la etapa de ejecución de la sanción.

Es así que estas contradicciones contribuyen negativamente en el *ius puniendi* del Estado, puesto que la proporcionalidad como límite de esa facultad estatal, defiende que las medidas que son restrictivas de los derechos deben estar reguladas en la norma legal, y además estar

acordes al fin de la pena, para que la sociedad logre alcanzar una verdadera democracia. Es necesario recalcar que la proporcionalidad en materia penal no solo está dirigida a la protección de los bienes jurídicos frente a los daños que estos lleguen a sufrir, sino además está relacionada a la implementación de la pena y la relación que esta guarda con el delito cometido, por lo que el fin de la misma no solo es punitivo sino además que implica la rehabilitación del individuo como ser social.

Una vez que la sanción es concretada por el legislador, debe existir una proporcionalidad en relación a la importancia social del hecho. Esto no se cumple en el COIP, dándose así una situación abusiva y excesiva con la persona juzgada, y careciendo de todo tipo de proporcionalidad en la aplicación de las penas, donde el derecho de participación ciudadana, como derecho fundamental es restringido, y por tanto se ve afectado.

**CAPÍTULO II**  
**MARCO METODOLÓGICO**

## 2.1. Enfoque de la investigación

Para la realización de esta investigación fue tomado en cuenta en el campo metodológico, un enfoque crítico y propositivo. En la investigación se desarrolló un análisis de la correlación que existe entre el procedimiento penal en el Ecuador y los excesos del *ius puniendi* del Estado, así como los principios constitucionales que rigen en el ordenamiento jurídico del país y que llegan a afectarse debido al uso abusivo de la facultad punitiva estatal, amparada en una regulación legal marcada por las contradicciones, principalmente en la esfera de los derechos de participación ciudadana, cuando la persona es privada de la libertad producto de la comisión de un hecho delictivo.

Al respecto se planteó una propuesta jurídica, tomando como base los resultados obtenidos de la investigación de campo efectuada. De forma adicional se hará énfasis en el desarrollo de material doctrinario válido para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el propósito de incorporar las modificaciones necesarias que lleguen a contribuir a una aplicación más efectiva de los derechos fundamentales en el país, principalmente los derechos de participación ciudadana.

En el proceso investigativo se implementó un estudio de campo, el cual proporcionó la información necesaria para establecer una forma adecuada en cuanto a la viabilidad legal que debe caracterizar el ejercicio y protección de los derechos humanos a las personas sancionadas con la pena privativa de la libertad. Para alcanzar dicho objetivo se confeccionó un formulario de preguntas respecto a la materialización de estos derechos humanos, reconocidos en su mayoría por la norma constitucional, y así vislumbrar el estado de opinión que los profesionales del derecho poseen al respecto. Se realizó una entrevista a varios abogados especialistas en la rama del Derecho penal, lo cual permitió obtener la confiabilidad necesaria en dependencia de la estadística que los datos obtenidos arrojaron.

La información obtenida es beneficiosa, puesto que servirá de base para desarrollar un análisis y estudio respecto a los problemas en torno a los derechos de participación ciudadana de los sujetos sancionados con la pena privativa de la libertad, donde la normativa penal vigente en el país sufre de contradicciones en sus preceptos, y se manifiesta un *ius puniendi* excesivo por parte del Estado.

Sumado a esto se ha realizado un estudio bibliográfico y documental, tomando como base investigaciones actualizadas, contempladas en los libros, revistas, documentos electrónicos, y demás proyectos elaborados por autores nacionales y extranjeros, en los cuales se consultaron las bases principales de los conocimientos en cuanto al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, y la protección, garantía y cumplimiento de los derechos fundamentales.

Esto tiene como principal propósito el esclarecimiento de la regulación en cuanto a la pérdida de los derechos de participación ciudadana, y la crítica al uso desmedido de la facultad punitiva del Estado.

En la investigación son acogidos principios del paradigma crítico-propositivo, específicamente con un carácter cuantitativo y cualitativo. El primero se pone de manifiesto mediante la aplicación de instrumentos pertinentes. Estos instrumentos son sometidos a la corrección y conducción que puede facilitar la obtención de determinada información numérica o estadística. En el caso de aspecto cualitativo en dependencia de los resultados obtenidos, estos podrán ser sometidos a un análisis crítico, tomando como base además el marco teórico que sustenta el trabajo investigativo.

## **2.2. Modalidades de la investigación**

### **2.2.1. Bibliográfica- documental.**

En el desarrollo de la investigación se consultaron una serie de materiales bibliográficos, los cuales se emplearon para fundamentar toda la información en materia doctrinal, y por supuesto en la fundamentación del marco teórico. Esto permitió acceder a un conocimiento claro y bien fundamentado, sustentado además en los métodos deductivos, el inductivo, y se tuvo presente en análisis jurídico de normas legales.

### **2.2.2. De campo.**

Se empleó esta modalidad en la investigación puesto que se tuvo contacto directo con profesionales del derecho, a fin de que se aplicaron las técnicas e instrumentos adecuados para lograr recolectar la información requerida.

### **2.2.3. De intervención social o proyecto factible.**

En la elaboración de esta investigación, se estructurará una propuesta de solución al problema planteado; que en este caso será la elaboración de una propuesta o sugerencias para que se cumplan con los derechos de participación ciudadana, y que se limite correctamente el *ius puniendi* del Estado, para que se logre la eliminación de cualquier arbitrariedad que persista en torno al mismo.

## **2.3. Tipos de investigación**

### **2.3.1. Histórico- jurídico.**

Este tipo de investigación permitió conocer la génesis y evolución de la institución del *ius puniendi* en el campo general del derecho.

### **2.3.2. Exploratorio.**

Esta investigación responde a una metodología más flexible con la que se puede alcanzar mayor amplitud. Este conjunto de características conduce a desarrollar nuevos métodos, a responder a las preguntas investigativas, a reconocer variables de interés investigativo tendientes al reconocimiento de un tema que ha sido ampliamente investigado, muy conocido, y de gran interés en el contexto social. Además, permitió identificar el objeto de la investigación a nivel de ley o legislación.

### **2.3.2. Descriptivo.**

La investigación comparó varios fenómenos, situaciones o estructuras institucionales, y clasificó, en base a criterios establecidos, elementos y estructuras respecto a los derechos fundamentales de los individuos como seres sociales, y el ejercicio del *ius puniendi*, como potestad exclusiva del Estado.

### **2.3.3. Comparativo.**

Permitió comparar las normativas penales de diferentes países y su aplicación en el Ecuador.

## **2.4. Población y Muestra.**

El presente estudio ha sido aplicado el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los profesionales del derecho en libre ejercicio registrados en el Colegio de Abogados de Pichincha al 2010, que son 14.500 individuos. Se tomó una muestra aleatoria en base a la aplicación de la siguiente fórmula:

$$n = \frac{N}{(E^2)(N-1)+1}$$

De donde se desprende que:

n = tamaño de la muestra.

N = tamaño de la población.

E = error máximo admisible en cálculo muestral.

Para el presente caso los datos son los siguientes:

N = 14500

E = 0.10

Reemplazando datos:

$$n = \frac{14500}{(0.10^2)(14500-1)+1}$$

**n = 90**

La muestra será de 90 personas a encuestar

## **2.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

### **2.5.1. Entrevista.**

Está dirigida y respaldada en abogados de amplia trayectoria y experiencia en materia penal; el instrumento será una guía de preguntas claras y precisas que constó en el desarrollo de la investigación.

### **2.5.2. Recolección de la información.**

Se procedió en base a una guía cuestionario de preguntas relativas a la aplicación del exceso del poder punitivo del Estado y la inconstitucionalidad en la aplicación de las penas en sentencia firme, dirigida a ciudadanos y profesionales del derecho en libre ejercicio.

### **2.6. Procesamiento de la información.**

Una vez desarrollada la encuesta se transcribió textualmente, tanto la guía cuestionario de preguntas como sus respectivas respuestas que se utilizaron como soporte informativo para al desarrollo de la investigación.

Se realizó un análisis de cada una de las respuestas del cuestionario de la encuesta con el fin de comprender las tendencias fundamentales del criterio emitido en correspondencia con los objetivos de la investigación.

## **2.7. Análisis e interpretación de los resultados**

### **2.7.1. Encuesta dirigida a los profesionales del derecho.**

- Formulario de preguntas (Anexo No. 1)
- Análisis e interpretación de los datos obtenidos en la Encuesta

**Pregunta No. 1:** De los siguientes derechos señale con una (X) cuáles usted considera como derechos fundamentales:

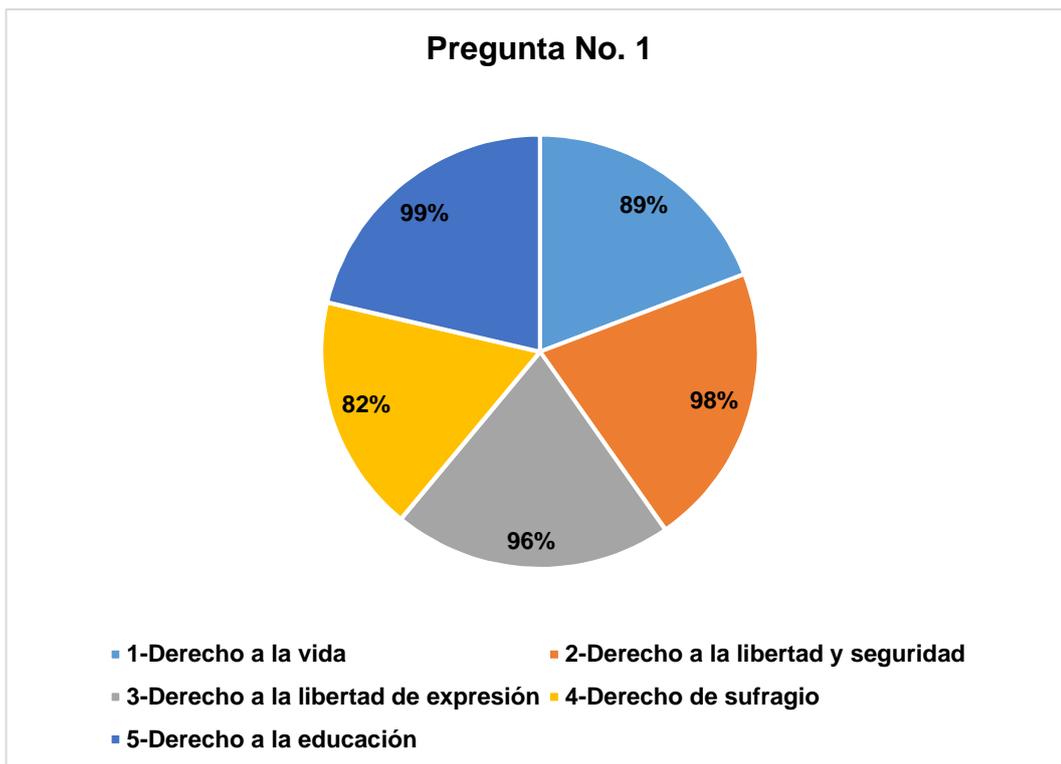
1. \_\_\_ Derecho a la vida
2. \_\_\_ Derecho a la libertad y seguridad
3. \_\_\_ Derecho a la libertad de expresión
4. \_\_\_ Derecho al sufragio
5. \_\_\_ Derecho a la educación

**Tabla 1. Pregunta No. 1**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	80	89
2	88	98
3	86	96
4	74	82
5	89	99
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 1. Pregunta No. 1**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

Como se puede apreciar la generalidad de las personas encuestadas poseen conocimiento respecto a los derechos catalogados como fundamentales. Esto demuestra el dominio que se posee de los derechos, además de esto brinda amplias posibilidades en cuanto a la defensa adecuada de los mismos por parte de los profesionales del derecho, y la correcta regulación de los mismos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Aproximadamente las encuestas arrojaron más del 80% de aceptación como fundamentales sobre cada uno de los derechos planteados.

**Pregunta No. 2:** De los siguientes derechos señale con una (X) cuáles están reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales:

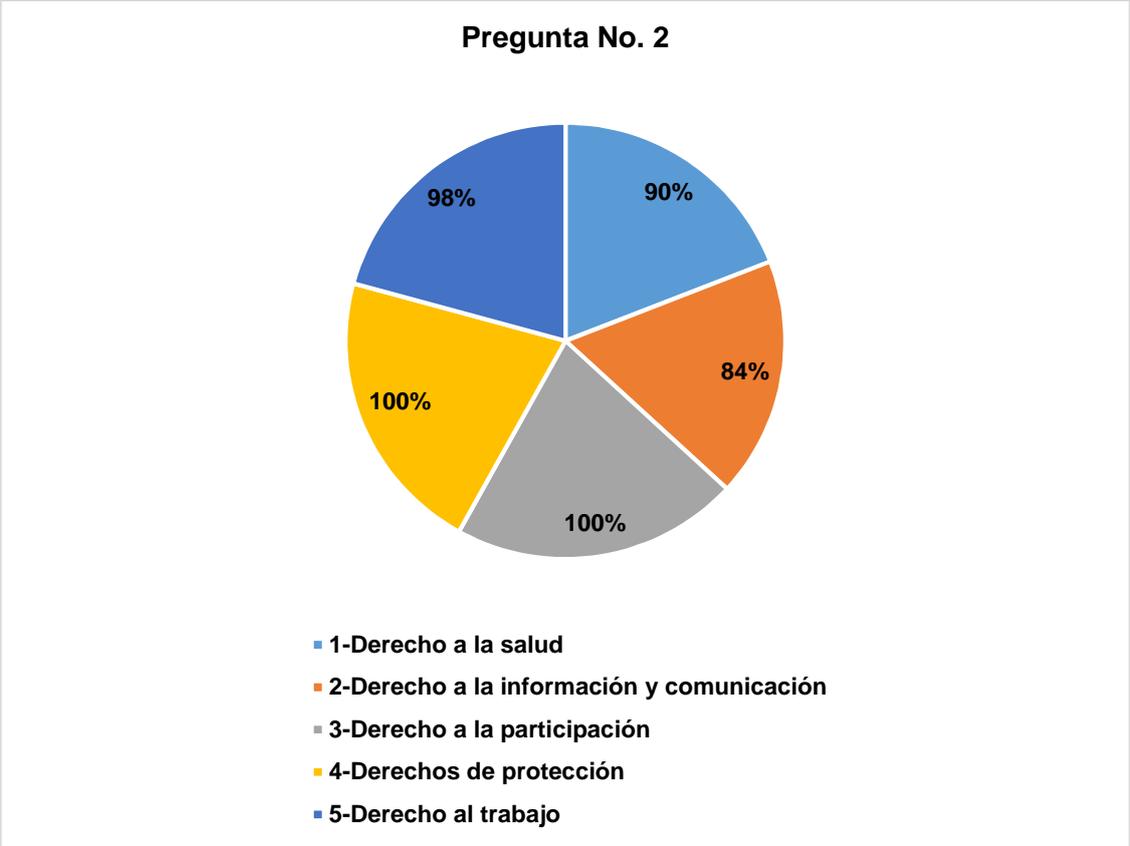
1. \_\_\_ Derecho a la salud
2. \_\_\_ Derecho a la información y comunicación
3. \_\_\_ Derechos de participación
4. \_\_\_ Derechos de protección
5. \_\_\_ Derecho al trabajo

**Tabla 2. Pregunta No. 2**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	81	90
2	76	84
3	90	100
4	90	100
5	88	98
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 2. Pregunta No. 2**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

La encuesta realizada arroja cifras que demuestran un dominio de los preceptos constitucionales en materia de derechos fundamentales por parte de los profesionales del derecho en el Ecuador. Principalmente en lo que se refiere a los derechos de participación ciudadana. La información obtenida pone de manifiesto un criterio positivo respecto a la regulación de los derechos de participación ciudadana en la normativa constitucional del país.

**Pregunta No. 3:** De los siguientes preceptos legales señale con una (X) aquellos que considera que limitan los derechos de participación ciudadana:

1. \_\_\_ En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. (Art. 85 Constitución)

2. \_\_\_ La persona sentenciada con la pérdida de los derechos de participación, no podrá ejercerlos por el tiempo determinado en cada tipo penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad. (Art. 68 COIP)

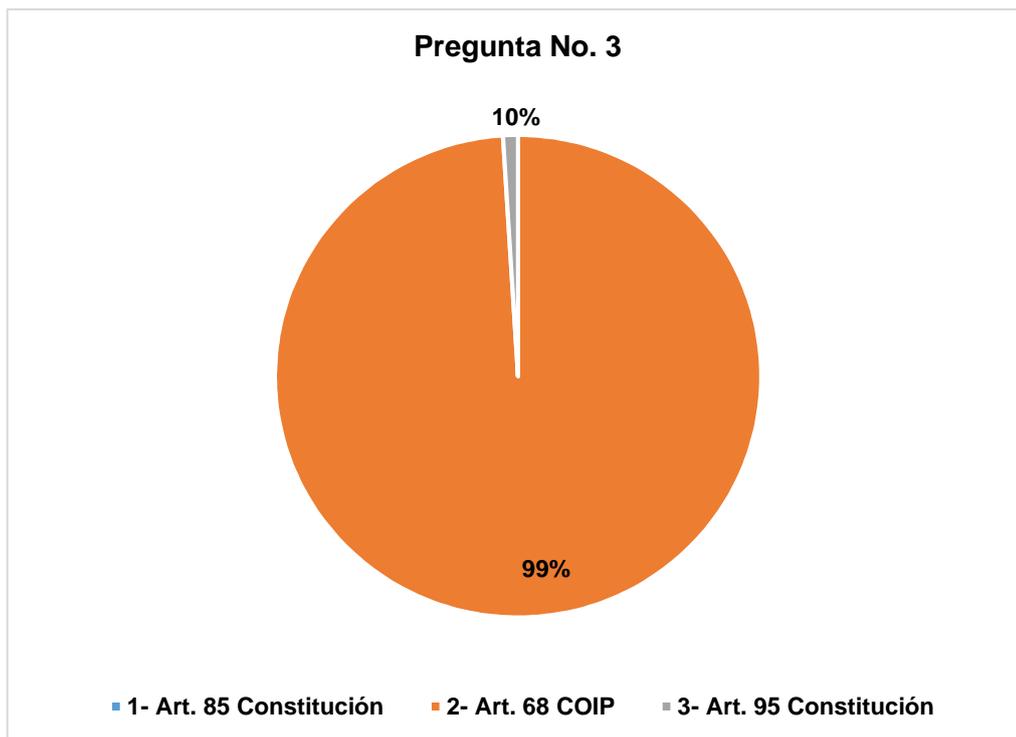
3. \_\_\_ La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. (Art. 95 Constitución)

**Tabla 3. Pregunta No. 3**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	0	0
2	89	99
3	1	1
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 3. Pregunta No. 3**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

De las personas encuestadas la mayoría considera que la norma constitucional garantiza los derechos de participación ciudadana y la normativa penal vigente los limita. Esto evidencia fuertes contradicciones entre la Carta Magna y la ley penal sustantiva respecto a este derecho de participación ciudadana.

**Pregunta No. 4:** De los siguientes preceptos constitucionales marque con una (X) el que considera más acertado sobre el derecho a la participación ciudadana:

1. \_\_\_ La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. (Art. 1 Constitución)

2. \_\_\_ Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. (Art. 170 Constitución)

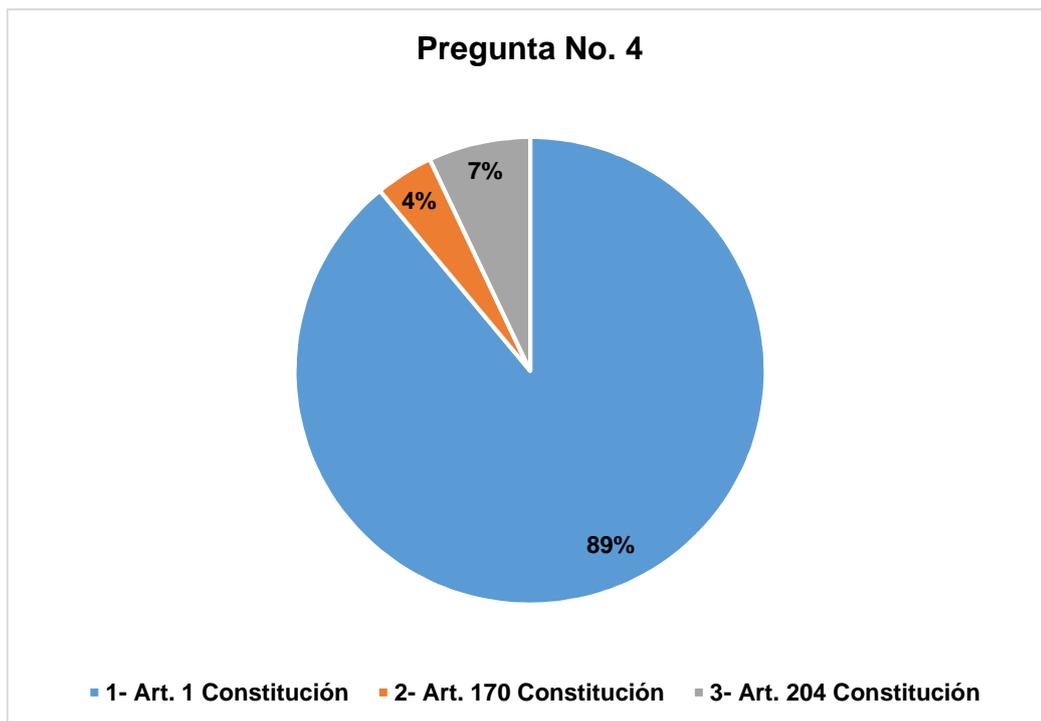
3. \_\_\_ El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. (Art. 204 Constitución)

**Tabla 4. Pregunta No. 4**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	80	89
2	4	4
3	6	7
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 4. Pregunta No. 4**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

El 89% de las personas encuestadas afirmó que la norma constitucional abarca correctamente el derecho de participación ciudadana. En las encuestas realizadas los juristas demostraron en su mayoría conformidad con lo establecido en la Constitución, y la abalaron de ser bastante completa y avanzada para su tiempo en cuestiones de derechos y entre ellos los de participación ciudadana.

**Pregunta No. 5:** De los siguientes órganos estatales señale con una cruz cuáles usted cree que ostentan mayor potestad respecto al ejercicio de los derechos de participación ciudadana:

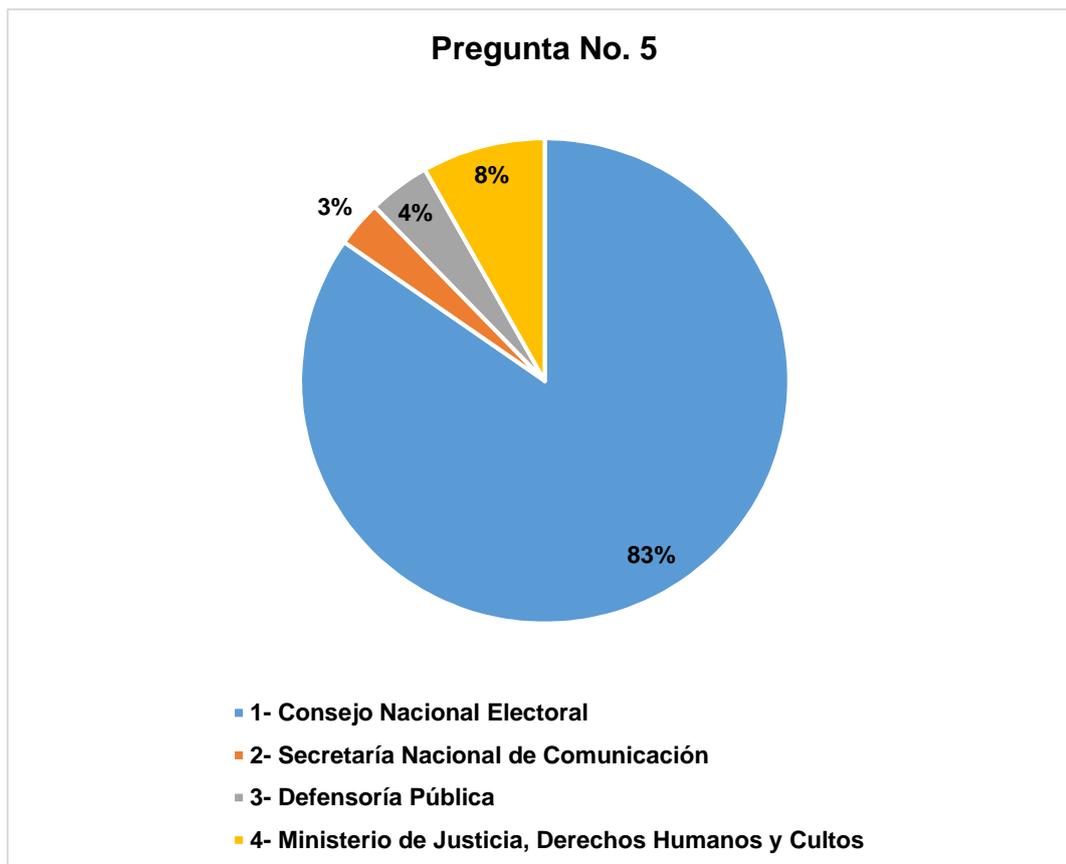
1. \_\_\_ Consejo Nacional Electoral
2. \_\_\_ Secretaria Nacional de Comunicación
3. \_\_\_ Defensoría Pública
4. \_\_\_ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

**Tabla 5. Pregunta No. 5**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	75	83
2	3	3
3	4	4
4	8	8
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 5. Pregunta No. 5**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

De las personas encuestadas el 83%, o sea, prácticamente la mayoría de los encuestados consideran que el Consejo nacional Electoral es el ente estatal con mayor potestad y relación respecto al derecho de participación ciudadana. Esto es producto del ejercicio del derecho al sufragio por parte de la ciudadanía y la importancia que este tiene como una de las principales manifestaciones del derecho de participación.

**Pregunta No. 6:** Respecto al *ius puniendi* marque con una (X) el criterio que considere más acertado en cuanto a su definición:

1. \_\_\_ El derecho o facultad del Estado para castigar, sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena.

2. \_\_\_ El *ius puniendi* sería un derecho subjetivo porque el Estado ocuparía una posición tal que el Derecho Penal se pondría a su disposición para que ejerza el castigo ante el sujeto pasivo.

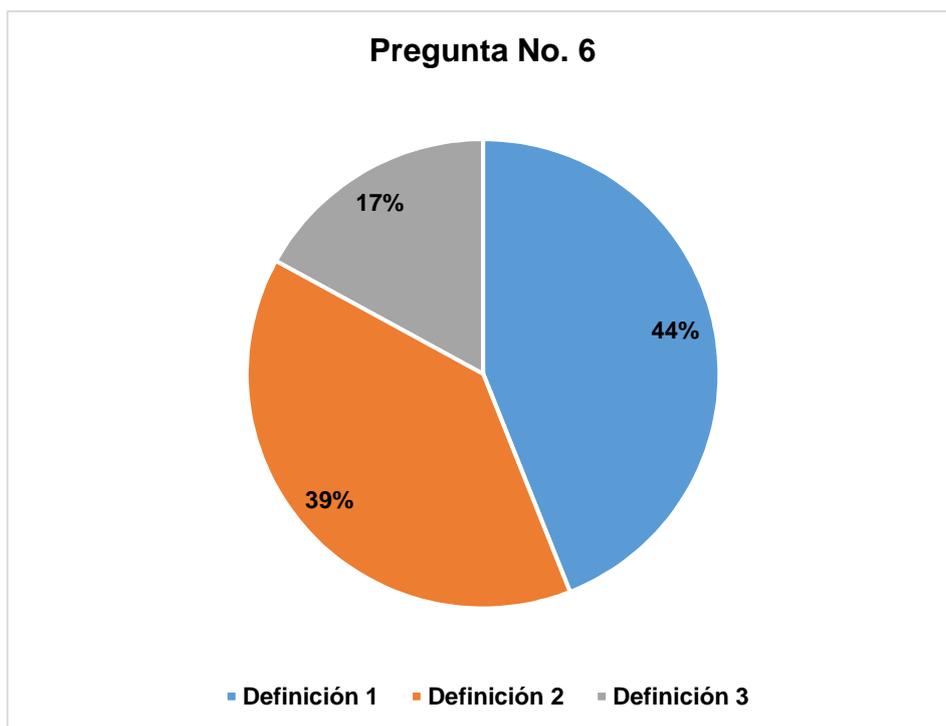
3. \_\_\_ El *ius puniendi* sería una potestad del Estado.

**Tabla 6. Pregunta No. 6**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	40	44
2	35	39
3	15	17
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 6. Pregunta No. 6**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

La generalidad de las personas encuestadas afirmó que el *ius puniendi* constituye un derecho subjetivo que le corresponde su ejercicio al Estado. Esto demuestra el conocimiento y la aceptación de la facultad de castigar que es canalizada por medio del derecho penal, además de que permite también la imposición de límites, y uno de ellos es la ejecución, protección y garantía de los derechos fundamentales.

**Pregunta No. 7:** Considera usted que el ejercicio del *ius puniendi* es una facultad de:

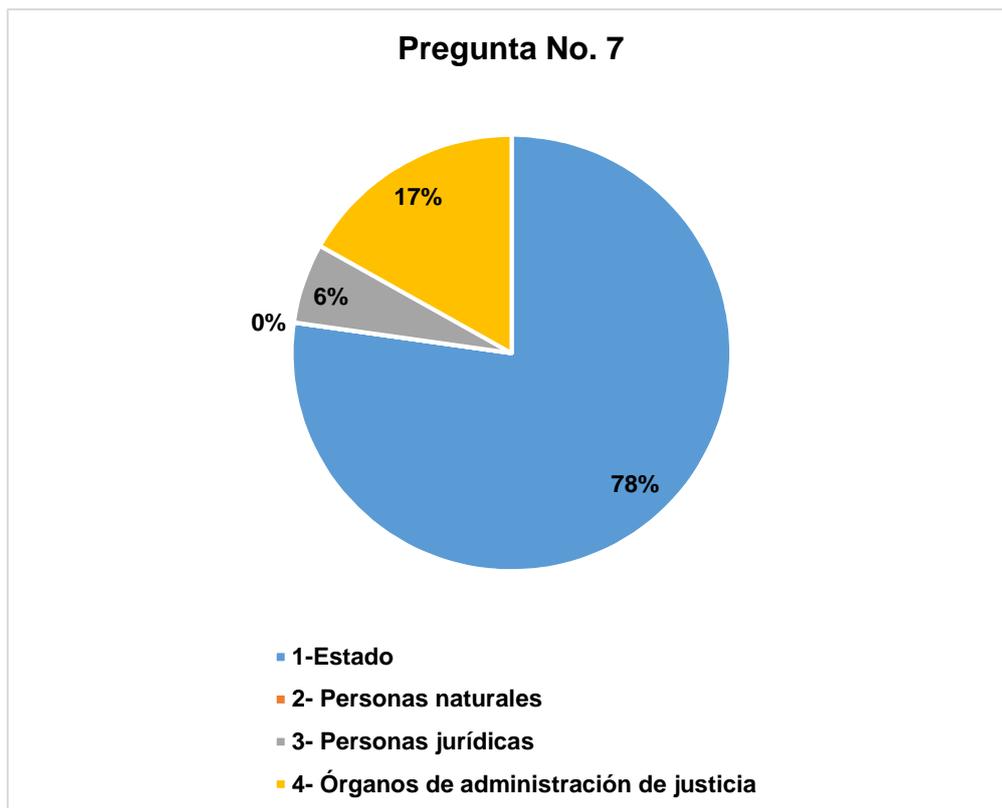
1. \_\_\_ Estado
2. \_\_\_ Personas naturales
3. \_\_\_ Personas jurídicas
4. \_\_\_ Órganos de administración de justicia

**Tabla 7. Pregunta No. 7**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	70	78
2	0	0
3	5	6
4	15	17
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 7. Pregunta No. 7**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

El 78% de los encuestados considera que el ius puniendi es un derecho ejercido por el Estado, lo que evidencia una cierta claridad respecto al mismo. Dicha facultad exclusiva del Estado tiene su lógica puesto que la misma implica poderes punitivos que deben recaer en un solo ente y además estar respaldados en la norma legal correspondiente, en la cual el derecho penal juega un papel fundamental.

**Pregunta No. 8:** Señale con una (X) cómo calificaría usted el ejercicio de la facultad punitiva del Estado ecuatoriano:

1. \_\_\_ Aceptable

2. \_\_\_ Abusiva

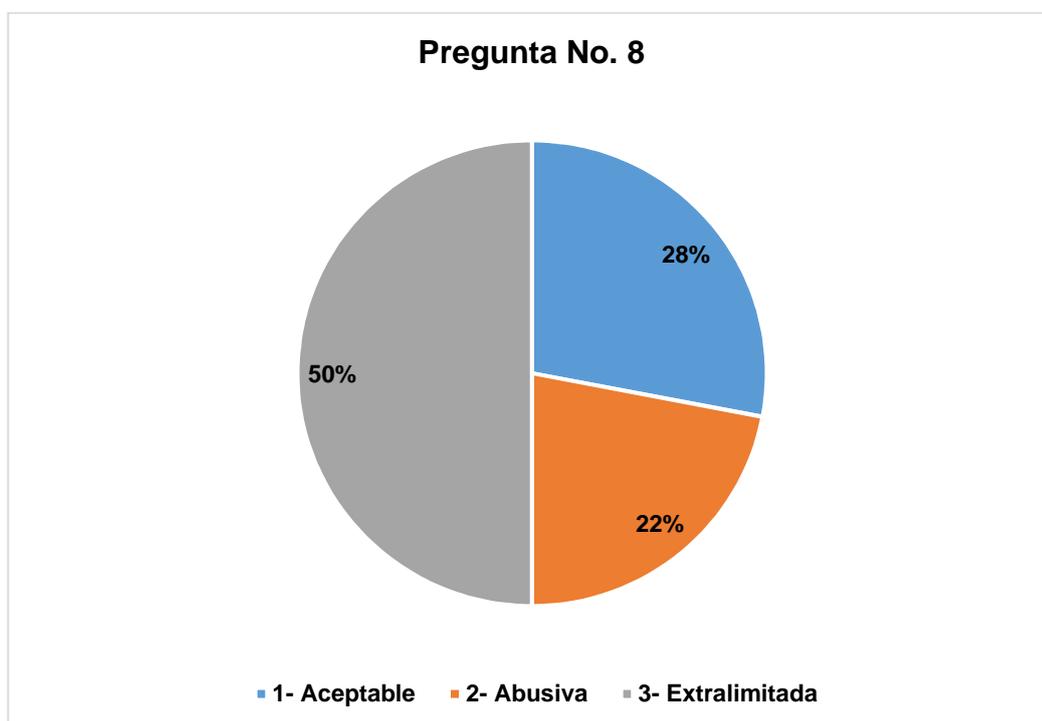
3. \_\_\_ Extralimitada

**Tabla 8. Pregunta No. 8**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	25	28
2	20	22
3	45	50
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 8. Pregunta No. 8**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

El 50% de las personas encuestadas consideran que el Estado ecuatoriano se extralimita en el ejercicio de su facultad punitiva. Estos resultados evidencian que el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, debe mejorar y realizar una labor más efectiva que elimine las posibles arbitrariedades y extralimitaciones que pueden perdurar en la actualidad. Así se eliminarán aquellas afectaciones a los derechos fundamentales, siendo estos un límite a la facultad punitiva del Estado.

**Pregunta No. 9:** Respecto al cumplimiento de los derechos de las personas privadas de la libertad marque con una (X) cómo usted los calificaría:

1. \_\_\_ Aceptable

2. \_\_\_ No aceptable

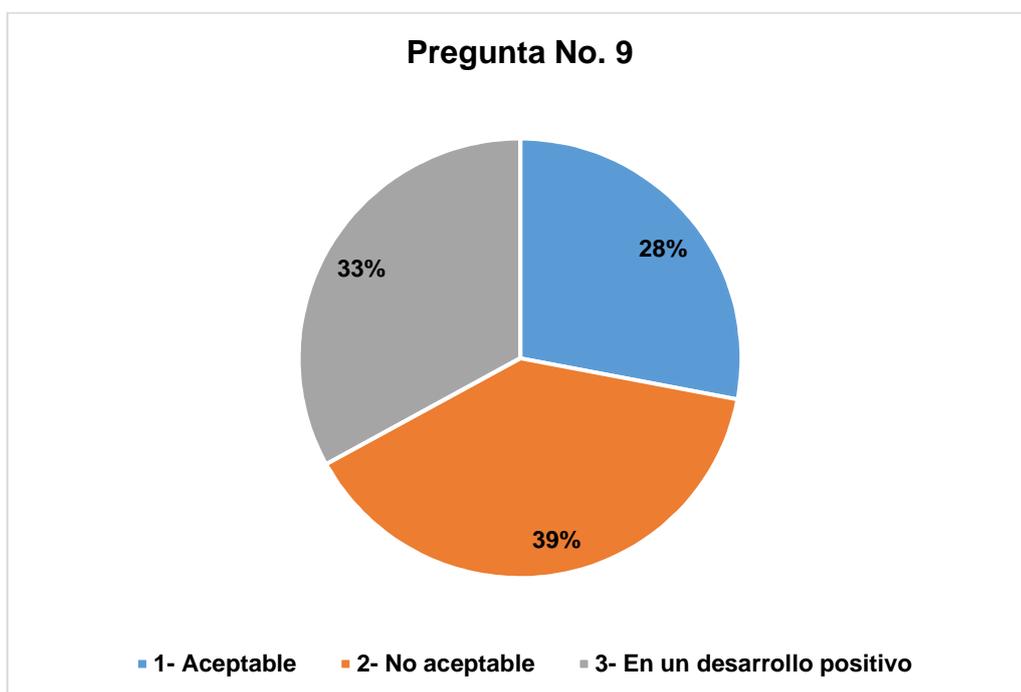
3. \_\_\_ En un desarrollo positivo

**Tabla 9. Pregunta No. 9**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	25	28
2	35	39
3	30	33
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 9. Pregunta No. 9**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

El 61% de los profesionales del derecho consideran que los derechos de las personas privadas de la libertad son cumplidos de manera aceptable y que se encuentran además enfocados en su mejoramiento, aunque los profesionales del derecho emitieron criterios respecto a la existencia de ciertas arbitrariedades en las sanciones impuestas en materia penal, arbitrariedad que en ocasiones se manifiesta en la exclusión social de la persona sancionada al ser eliminados los derechos de participación ciudadana.

**Pregunta No. 10:** Marque con una (X) cómo usted considera la pena accesoria de limitación de los derechos de participación ciudadana impuesto a una persona privada de la libertad:

1. \_\_\_ Discriminatoria

2. \_\_\_ Aceptable

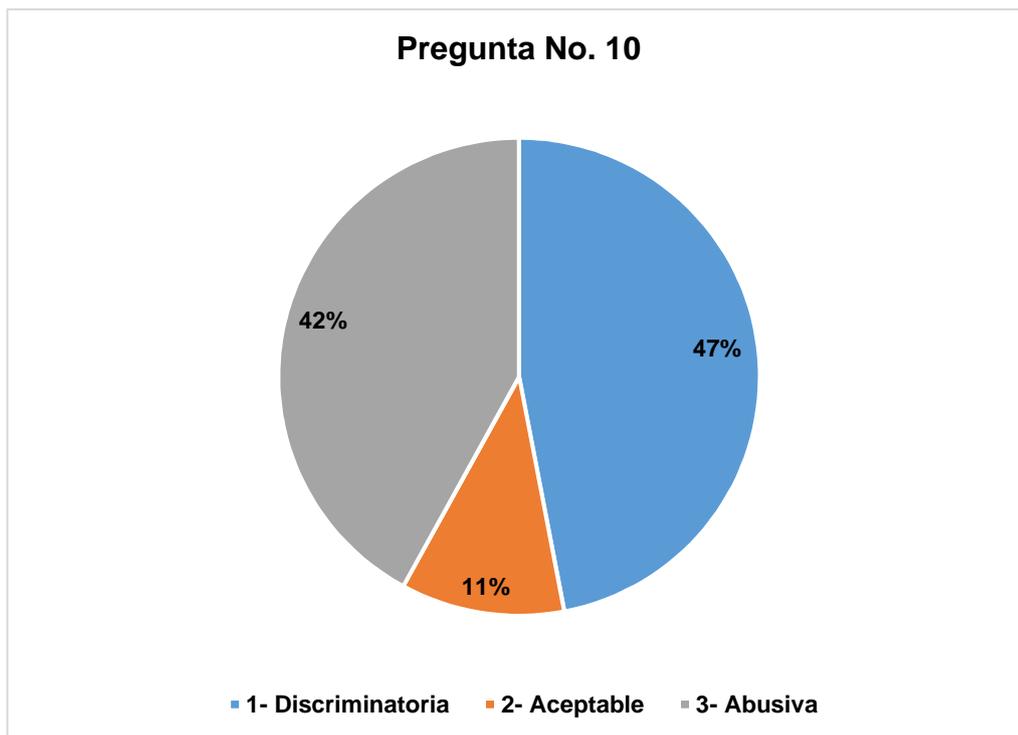
3. \_\_\_ Abusiva

**Tabla 10. Pregunta No. 10**

<b>ALTERNATIVAS</b>	<b>PROFESIONALES DEL DERECHO</b>	<b>PORCENTAJE %</b>
1	42	47
2	10	11
3	38	42
<b>Total de encuestados</b>	<b>90</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz



**Gráfico 10. Pregunta No. 10**

**Fuente:** Encuesta

**Elaborado por:** Lenin Cruz

El 89% de las personas encuestadas opinan que no es correcto que, a las personas privadas de la libertad, también le sean limitados sus derechos de participación ciudadana, los cual han considerado como discriminatorio y abusivo. Los resultados en la encuesta demuestran un estado de opinión favorable respecto al ejercicio de la participación ciudadana por parte de las personas privadas de la libertad.

### 2.7.2. Entrevista.

- Desarrollo de la Entrevista a profesionales del derecho, especialistas en Derecho penal.
- **Entrevistado 1:** Washington Trujillo Realpe. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República/ Derecho penal, Derecho procesal penal y tránsito.
- **Entrevistado 2:** Dr. Mauricio J. Aguirre L. Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República/ Profesor de la Universidad de San Francisco de Quito, Especialista superior en Derecho penal y Asuntos indígenas.
- **Entrevistado 3:** Dr. Msc. Alejandro Bermeo Jiménez. Ex-juez/ Especialista en Derecho Penal
- Las respuestas que aparecen en las entrevistas no son palabras textuales.

PREGUNTAS	ENTREVISTADO 1	ENTREVISTADO 2	ENTREVISTADO 3
¿Considera que el ordenamiento jurídico ecuatoriano es uniforme en cuanto a la protección y garantía de los derechos de participación ciudadana?	La legislación ecuatoriana en la actualidad ha sufrido importantes cambios que han marcado un desarrollo positivo en cuanto a los deberes y derechos de los ciudadanos, así como el esclarecimiento de las facultades y obligaciones del Estado. Así también persisten problemas entorno a la ejecución y garantía de	La norma constitucional ecuatoriana, rectora en el funcionamiento de todo ordenamiento jurídico, regula los derechos de participación ciudadana de una forma eficiente y bastante avanzada para estos tiempos. La misma aplica un modelo de participación ciudadana catalogado como novedoso, puesto que incorpora el ejercicio de este derecho dentro del	En el país el ordenamiento jurídico ha sufrido importantes transformaciones que han suscitado cambios positivos. Referente a los derechos fundamentales estos cambios han sido bastante beneficiosos, y si analizamos específicamente el derecho de participación ciudadana este ha cobrado un protagonismo

	<p>los derechos fundamentales.</p> <p>Respecto a la participación ciudadana en el país se ha implementado un sistema novedoso, en el cual este derecho forma parte del engranaje estatal como un mecanismo de control social en la ejecución de las potestades que ostenta el Estado, o sea referente a los poderes públicos.</p>	<p>engranaje estatal, promovido por medio del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.</p> <p>La legislación sustantiva que rige para este derecho es bastante consecuente con lo defendido en la Carta Magna.</p>	<p>sin precedentes en la sociedad ecuatoriana.</p> <p>No obstante respecto a la ejecución del mismo existen ciertas contradicciones en la normal penal que deben ser subsanadas.</p>
<p><b>¿Cree usted qué el Art. 68 del COIP respalde el actuar arbitrario del Estado en relación al ejercicio del <i>ius puniendi</i>?</b></p>	<p>La facultad punitiva del Estado, es evidenciada por medio de la normativa penal. La pena o sanción es la principal herramienta por medio de la cual se sanciona a la persona que haya cometido algún actuar delictivo.</p> <p>Por lo que la pena debe perseguir como principal fin la reparación de los daños ocasionados y principalmente la rehabilitación del individuo con ser social.</p> <p>Este Art. 68 evidencia un actuar arbitrario puesto que va en detrimento del aspecto social que</p>	<p>La facultad punitiva del Estado, se ha caracterizado en los últimos años en el país por estar acorde a los derechos de las personas.</p> <p>En el caso del Art. 68 del COIP si existe un actuar arbitrario pues que se aplican dos sanciones a la persona que comete un delito, primero la pena privativa de libertad, lo que acarrea la eliminación de los derechos de participación ciudadana.</p> <p>Esto puede ser modificado según el actuar delictivo que ha sido ejecutado, donde la eliminación de los derechos de participación</p>	<p>Si el actuar arbitrario del Estado es perceptible. Junto a la pena privativa de libertad, se aplica la eliminación de los derechos de participación ciudadana, lo que atenta contra el principio de proporcionalidad de la pena, que a la vez actúa como límite al <i>ius puniendi</i>.</p>

	<p>caracteriza al individuo, si ya es impuesta una pena de privación de libertad por qué esta debe implicar el aislamiento total de la persona a través de la eliminación de los derechos de participación ciudadana, si considero que existe una aplicación desmedida del <i>ius puniendi</i>.</p>	<p>no debe estar directamente vinculada a la privación de la libertad.</p>	
<p><b>¿Existe una antinomia jurídica entre los artículos 52 y 68 del COIP?</b></p>	<p>Si la antinomia jurídica se evidencia en ambos artículos de la norma legal. El problema de la incompatibilidad de las normas no es solo exclusivo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, sino que es una dificultad que ha existido a través de los años, a la cual ha sido complicado darle una solución definitiva. Esta se pone de manifiesto cuando una norma determina una conducta como debida y la otra norma obliga o dispone una conducta que resulta incompatible con la primera. Esto es lo</p>	<p>La antinomia jurídica se pone de manifiesto a través de las contradicciones que pueden darse dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Estos artículos del COIP son un ejemplo de contradicciones puesto que por una parte el Art. 52 reconoce la finalidad de la pena para las personas y defiende que la pena en sí, no debe puede ser utilizada como un medio de neutralización social de la persona condenada, mientras que el Art. 68 aplica como sanción accesoria a la pena privativa de libertad la eliminación de los derechos de participación</p>	<p>Ambos artículos se contraponen. El primero defiende que el objetivo de la pena no es la exclusión social de la persona sancionada en un proceso penal, mientras que el segundo impone una pena excesiva al reconocer la eliminación de los derechos de participación ciudadana, además de la privación de la libertad. Esto demuestra una extralimitación del <i>ius puniendi</i> del Estado, y la antinomia jurídica está presente. La eliminación de la misma siempre ha dependido de la labor interpretativa de los</p>

	que sucede con ambos artículos del COIP.	ciudadana, por lo que esta medida aísla totalmente a la persona enjuiciada. Esto es una clara contradicción que debe ser rectificada por el legislador.	juristas, de lo que se desprenden determinadas reglas técnicas para apreciar e identificar cualquier contradicción entre las normas.
<b>¿Cree usted que las personas privadas de la libertad deben mantener sus derechos fundamentales de participación ciudadana?</b>	Si, y no puede apreciarse como una simple posibilidad, debe materializarse como un derecho más de las personas sancionadas con la pena privativa de libertad, de lo contrario existiría una arbitrariedad en cuanto al cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales.	Si, los derechos de participación deben ser respetados a las personas privadas de la libertad, lo deben tomarse en cuenta los posibles hechos que pueden darse en el proceso judicial, donde de existir un juicio de interdicción, el derecho de participación se vería afectado, por obvias razones referentes a la capacidad de hecho y de derecho de la persona.	Las personas privadas de la libertad sí podrían materializar sus derechos de participación ciudadana, si en otros países se ha puesto en práctica este derecho desde los centros penitenciarios, Ecuador no debe ser la excepción.

## **CAPÍTULO III**

### **PROPUESTA**

Una vez que se ha cometido el delito e impuesta la sanción, las personas privadas de la libertad les asisten aun derechos fundamentales, la privación de la libertad no debe implicar la eliminación de otros derechos. Dichos derechos son imprescindibles en el alcance de la reinserción social de estas personas. Por lo que deben ser implementados mecanismos eficaces para su correcto desarrollo y la garantía de los mismos. Esta propuesta está desarrollada para que dichos derechos sean respetados, y por lo tanto garantizados.

### **3.1. Fundamentación científico-técnica**

La normativa penal ecuatoriana, en la época actual ha tratado de alcanzar los preceptos defendidos por las tendencias modernas, en las cuales se defienden los pilares de un derecho humanista, lo cual es respaldado en la normativa penal vigente. No obstante, persisten algunas contradicciones en la norma legal, las cuales requieren ser eliminadas. Si es analizada la evolución de la normativa penal ecuatoriana, se puede apreciar que se ha caracterizado por permanecer estática, aun cuando han predominado exigencias sociales cuya demanda ha estado dirigida a un mayor dinamismo y efectividad de las leyes.

La ley no debe estar recluida en el mero papel, por lo que estas deben llevarse a la práctica de la forma más efectiva posible. Es obligación del Estado el satisfacer las necesidades y prioridades sociales tales como: educación, trabajo, seguridad social, justicia, referente a todos los ciudadanos, incluidas aquellas personas que han transgredido la ley. Esto significa que aun cuando se le priva de la libertad a una persona, la misma sigue estando sujeta a derechos constitucionales, tales como el de integridad física y los derechos de participación ciudadana.

Ambos derechos llevan implícitos primero que la persona privada de la libertad no puede recibir un tratamiento que implique penas crueles, torturas y procedimientos inhumanos, o degradante cuyo protagonista sea la violencia física, sexual o psicológica, y en segundo lugar la sanción no debe tener por objetivo el aislamiento o la neutralización de la persona como ser social. La pena privativa de la libertad ha sido cuestionada fuertemente a través de los años, y aún persiste en la actualidad temas relacionados a la crisis en los centros penitenciarios, que son los lugares a los que van a parar aquellas personas que cometan delitos graves, y donde aún se carecen de los medios y mecanismos efectivos que puedan satisfacer las aspiraciones de una rehabilitación positiva.

La dignidad humana como derecho no ha sido concebida como parte de las prisiones, así como tampoco determinados derechos civiles tales como los derechos de participación ciudadana. Por lo que es un hecho que la persona privada de la libertad se encuentra en una situación de vulnerabilidad, puesto que está expuesta a violaciones constantes de sus

derechos. De ello se deriva que las prisiones no hayan constituidos sitios ideales para lograr la respectiva rehabilitación del sancionado.

A lo antes expuesto se puede agregar la práctica desmedida por parte del Estado de su facultad punitiva, exclusiva de este, la cual ha sido catalogada como arbitraria y desmedida, cuyo principal exponente ha sido el Derecho penal.

### **3.2. Modelo operativo de ejecución de la propuesta**

De acuerdo a los resultados que se obtuvieron con la aplicación de las técnicas investigativas implementadas, se determinaron aspectos críticos y posibles soluciones relacionadas con la aplicación del COIP respecto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad, específicamente sus derechos de participación ciudadana. La propuesta contempla elementos positivos para las personas privadas de libertad quienes tendrán una aplicabilidad más efectiva de sus derechos de participación ciudadana sin llegar a neutralizarlos como seres sociales. Mediante esta propuesta de reforma.

### **3.3. Marco propositivo**

Con lo antes expuesto se puede afirmar que resulta necesario derogar aquellos artículos que resultan contradictorios en el COIP, específicamente los que limitan los derechos de participación ciudadana. Mediante esta reforma se pretende reivindicar este derecho, y limitar de manera efectiva el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, por lo que la persona privada de la libertad no debe ser aislada de su condición de sujeto social, y así ejercer sus derechos de participación ciudadana, un ejemplo de ello es la posibilidad de materializar su derecho al voto.

## **PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO INTEGRAL PENAL**

### **LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

#### **EL PLENO**

##### **Considerando:**

- Que es deber fundamental del Estado según lo que dispone el Art. 3 de la Constitución de la República garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos constitucionales, dentro de los que se encuentran el derecho a la vivir en una sociedad democrática y consecuentemente a ejercer la participación ciudadana.
- Que el Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos, según lo establecido en el Art. 10, numeral 8 de la Constitución de la República, donde la participación ciudadana es un derecho fundamental.
- Que las personas privadas de la libertad tienen derecho a recibir una atención priorizada según lo establecido en el Art. 35 de la Constitución de la República.
- Que las personas privadas de la libertad poseen derechos fundamentales, los cuales el Estado debe respetar y proveer los mecanismos para su cumplimiento según lo establecido en el Art. 51 de la Constitución de la República.
- Que todas las personas tienen derecho a la integralidad personal según lo establecido en el Art. 66, numeral 3 de la Constitución de la República, para lo cual el Estado deberá establecer las garantías necesarias.
- Que todas las personas tienen derecho a que se establezcan garantías básicas que conlleven a un debido proceso según lo establecido en el Art. 76 de la Constitución de la República, y una de estas garantías es el establecimiento de la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
- Que se reconoce como un derecho a la participación ciudadana por medio de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria, según lo establecido en el Art. 95 de la Constitución de la República, este derecho debe ser ejercido por los ciudadanos en todos los asuntos de interés público.

- Que la Constitución de la República en su Art. 120.6 faculta y legitima a la Asamblea Nacional, máximo órgano legislativo, en la aprobación, reforma, derogación e interpretación de leyes, todo ello con carácter obligatorio.
- Que las personas privadas de la libertad tienen derecho a reinsertarse en la sociedad por medio de una adecuada rehabilitación social, según lo regulado en el Art. 201 de la Constitución de la República.
- Que es obligación de los centros de rehabilitación social implementar los programas de rehabilitación social efectivos que contribuyan a la reinserción social de las personas privadas de la libertad, según lo establecido en el Art. 203 de la Constitución de la República.

En uso de las facultades constitucionales y legales que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

En el Libro Primero La Infracción Penal, Título II Penas y Medidas de Seguridad, Capítulo Segundo Clasificación de las Penas, ejecútense las siguientes reformas:

Artículo 1.- En el Art. 60, numeral 13 refórmese lo siguiente:

*La pérdida de los derechos de participación ciudadana, siempre que medie un proceso de interdicción, que inhabilite las capacidades de hecho y de derecho de las personas privadas de la libertad.*

Artículo 2.- Deróguese el Art. 68 y sustitúyase por los siguientes artículos.

*Art. (...)-. La persona sentenciada con la pena privativa de libertad no será privada de sus derechos de participación, por lo que tendrá la posibilidad de ejercer el derecho al voto en los periodos electorales correspondientes, siempre y cuando las condiciones de su sanción no conlleven una prohibición expresa de este derecho.*

*Art. (...)-. Será responsabilidad de las autoridades penitenciarias procurar las condiciones de accesibilidad requeridas a los centros de votación, para las personas privadas de la libertad.*

*Art. (...)-. Las autoridades del sistema penitenciario tienen la obligación de definir las medidas de seguridad en relación al ejercicio del derecho al voto de las personas privadas de libertad, sin llegar a lesionar su secrecía.*

Disposición Final: La presente reforma entrará en vigor a partir de los tres meses de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la sala de sesiones de la Honorable Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los..... del mes de..... del año dos mil dieciséis.

---

Presidente

---

Secretario

## CONCLUSIONES

Se puede concluir que:

- El *ius puniendi* es una facultad exclusiva del Estado, el cual ejecuta dicha facultad por medio del Derecho penal, y posee sus principales límites en los derechos fundamentales de los ciudadanos, en cuanto a su efectiva protección y las garantías correspondientes para su cumplimiento.
- El texto constitucional ecuatoriano vigente reconoció el derecho de participación ciudadana, como una función más dentro del andamiaje estatal. Aspecto que constituyó una novedad, en el cual el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social es el ente fundamental, y a partir de su surgimiento se ha avanzado positivamente en el fortalecimiento de la participación ciudadana, por lo que la sociedad civil se ha visto inmersa en verdaderos patrones representativos de sus intereses, fiel exponente de una democracia participativa.
- Los derechos de participación ciudadana se han convertido en un componente esencial en cuanto a la generación de cambios positivos respecto a la gestión de las políticas públicas del Ecuador. Ello se ha visto reflejado en el papel protagónico alcanzado por la ciudadanía.
- La pérdida de los derechos de participación ciudadana, según lo establecido en la normativa penal ecuatoriana, específicamente el COIP, da muestras del actuar arbitrario del Estado por medio del uso desmedido del *ius puniendi*, puesto que se contribuye a la neutralización social de la persona sancionada con la pena privativa de la libertad, lo que contradice otros artículos previstos en esta norma penal, contradicción catalogada en la doctrina como antinomia jurídica. Lo que influye negativamente en la eficacia de la propia norma legal.
- En la actualidad se defienden preceptos humanistas dentro de la doctrina jurídica que sustenta el Derecho penal, por lo que los sujetos privados de la libertad, no deben ser limitados además con la pérdida de los derechos de participación ciudadana. Esto refleja una pena excesiva y discriminatoria como sujeto social que es el interno de un centro penitenciario, además de que la ley penal ecuatoriana reconoce que la finalidad de la pena bajo ningún concepto puede ser el aislamiento social del sancionado.

## RECOMENDACIONES

- Resulta pertinente que en el país se adopte una concepción favorable para que las personas privadas de la libertad puedan ejercitar sus derechos de participación ciudadana, específicamente el ejercicio del sufragio. Dicha concepción debe estar reflejada en la normativa legal, tanto la penal como la electoral.
- Es necesario que se eliminen todas las contradicciones que persisten en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a que ello denota cierta inseguridad jurídica, puesto que al final la norma legal es el reflejo del trabajo del legislador.
- Debe existir una legislación específica que regule el derecho al sufragio, ejemplo de ello puede ser un Reglamento para el ejercicio del sufragio dentro de los centros penitenciarios.
- El respecto, protección y garantía del derecho de participación ciudadana da cumplimiento a los preceptos establecidos en la norma constitucional, la cual rige todo el ordenamiento jurídico. Por lo que se hace imprescindible que tanto la legislación sustantiva como adjetiva deben responder y hacer cumplir los preceptos constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Cortes de España. (1978). *Constitución de España*. Madrid: Ediciones Legales.
2. Acción de amparo: principio de proporcionalidad, 0164-2006, RO 136-S (Tribunal Constitucional del Ecuador 27 de Julio de 2007).
3. Ahedo Gurrutxaga, I., & Ibarra Guill, P. (2007). *Democracia participativa y desarrollo humano*. Madrid: Dykinson.
4. Alan Dahl, R. (2009). *La poliarquía: participación y oposición*. Madrid: TECNOS.
5. Artola, M. (1968). *Textos fundadamentales para la historia*. Madrid: Alianza Editorial.
6. Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución*. Quito : Ediciones Legales.
7. Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica de Participación Ciudadana, LOPC*. Quito: Ediciones Legales.
8. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Quito: Ediciones Legales.
9. Bobbio, N. (2007). *Teoría general del Derecho*. Bogotá: TEMIS.
10. Burrow, J. (2008). *Historia de las historias: De Heródoto al Siglo XX*. Barcelona: Editorial Crítica.
11. C-160/1998 (Corte Constitucional colombiana 19 de abril de 1998).
12. C-506/2002 (Corte Constitucional colombiana 11 de febrero de 2002).
13. Cabanellas de Torres, G. (2014). *Enciclopedia jurídica*. Buenos Aires: Heliasta. Recuperado el 29 de Marzo de 2015, de Theodakis Punlishing Ltd.: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-legalidad/principio-de-legalidad.htm>
14. Carretero Sánchez, S. (2010). *Nueva Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Dykinson.
15. Congreso Nacional. (1874). *Código Penal de la República de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Legales.

16. Congreso Nacional. (1981). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago de Chile: Ediciones Legales.
17. Consejo Parlamentario. (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Bonn: Ediciones Legales.
18. Cortes Generales De España. (1995). *Código penal del Reino de España*. Madrid: Ediciones Legales.
19. De la Iglesia Duarte, J. I. (1998). *La vida cotidiana en la Edad Media*. Logroño: Instituto de Estudios Riojanos.
20. De Sousa Santos, B. (2005). *Democratizar la democracia: los caminos de la democracia participativa*. Mexico, DF: Fondo de Cultura Económica.
21. Falconí García, J. (2009). *Los principios rectores y disposiciones fundamentales que se deben observar en la Administración de Justicia en El Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Rodin Ediciones.
22. Fernández, J. (2008). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*. México D.F.: Porrúa.
23. García, A., & De Molina, P. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
24. Grau, E. (2007). *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson.
25. Iglesias, C. A. (2011). *Democratizar la justicia? Una propuesta de participación ciudadana*. Buenos Aires: Dunken.
26. López Betancourt, E. (2007). *Teoría del Delito*. México: Ediciones Porrúa.
27. Luna, J. P. (2011). *Democracia en la región andina*. Sucre: Plural Editores.
28. Luquín, E. (2011). *Repensando el ius puniendi*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
29. Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona: Editorial Reppertor.
30. Montesquieu, C. d. (1985). *Del Espíritu de las Leyes (traducción N. Estevánez)* México D.F: Porrúa.

31. Signes Cordoñas, J., & Andrés Santos, F. J. (2012). *La introducción al Derecho (Eisagoge) del patriarca Focio*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
32. Stuart Mill, J. (2001). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial .
33. Suárez Iñiguez, E. (2003). *Enfoques sobre la democracia*. Mexico, DF: UNAM.

## **ANEXOS**

## **Anexo No.1**

### Formulario de la Encuesta

- **Pregunta No.1:** De los siguientes derechos señale con una (X) cuáles usted considera como derechos fundamentales:

1. \_\_\_ Derecho a la vida
2. \_\_\_ Derecho a la libertad y seguridad
3. \_\_\_ Derecho a la libertad de expresión
4. \_\_\_ Derecho al sufragio
5. \_\_\_ Derecho a la educación

- **Pregunta No. 2:** De los siguientes derechos señale con una (X) cuáles están reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales:

1. \_\_\_ Derecho a la salud
2. \_\_\_ Derecho a la información y comunicación
3. \_\_\_ Derechos de participación
4. \_\_\_ Derechos de protección
5. \_\_\_ Derecho al trabajo

- **Pregunta No. 3:** De los siguientes preceptos legales señale con una (X) aquellos que considera que limitan los derechos de participación ciudadana:

1. \_\_\_ En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. (Art. 85 Constitución)
2. \_\_\_ La persona sentenciada con la pérdida de los derechos de participación, no podrá ejercerlos por el tiempo determinado en cada tipo penal, una vez cumplida la pena privativa de libertad. (Art. 68 COIP)

3. \_\_\_ La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria. (Art. 95 Constitución)

- **Pregunta No. 4:** De los siguientes preceptos constitucionales marque con una (X) el que considera más acertado sobre el derecho a la participación ciudadana:

1. \_\_\_ La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. (Art. 1 Constitución)

2. \_\_\_ Para el ingreso a la Función Judicial se observarán los criterios de igualdad, equidad, probidad, oposición, méritos, publicidad, impugnación y participación ciudadana. (Art. 170 Constitución)

3. \_\_\_ El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación. (Art. 204 Constitución)

- **Pregunta No. 5:** De los siguientes órganos estatales señale con una cruz cuáles usted cree que ostentan mayor potestad respecto al ejercicio de los derechos de participación ciudadana:

1. \_\_\_ Consejo Nacional Electoral

2. \_\_\_ Secretaria Nacional de Comunicación

3. \_\_\_ Defensoría Pública

4. \_\_\_ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos

- **Pregunta No. 6:** Respecto al *ius puniendi* marque con una (X) el criterio que considere más acertado en cuanto a su definición:

1. \_\_\_ El derecho o facultad del Estado para castigar, sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena.

2. \_\_\_ El *ius puniendi* sería un derecho subjetivo porque el Estado ocuparía una posición tal que el Derecho Penal se pondría a su disposición para que ejerza el castigo ante el sujeto pasivo.

3. \_\_\_ El *ius puniendi* sería una potestad del Estado.

- **Pregunta No. 7:** Considera usted que el ejercicio del *ius puniendi* es una facultad de:

1. \_\_\_ Estado
2. \_\_\_ Personas naturales
3. \_\_\_ Personas jurídicas
4. \_\_\_ Órganos de administración de justicia

- **Pregunta No. 8:** Señale con una (X) cómo calificaría usted el ejercicio de la facultad punitiva del Estado ecuatoriano:

1. \_\_\_ Aceptable
2. \_\_\_ Abusiva
3. \_\_\_ Extralimitada

- **Pregunta No. 9:** Respecto al cumplimiento de los derechos de las personas privadas de la libertad marque con una (X) cómo usted los calificaría:

1. \_\_\_ Aceptable
2. \_\_\_ No aceptable
3. \_\_\_ En un desarrollo positivo

- **Pregunta No. 10:** Marque con una (X) cómo usted considera la pena accesoria de limitación de los derechos de participación ciudadana impuesto a una persona privada de la libertad:

1. \_\_\_ Discriminatoria
2. \_\_\_ Aceptable
3. \_\_\_ Abusiva