



**UNIVERSIDAD
SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO**

CARRERA DE DERECHO

**TESIS DE GRADO
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA
“FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN PENAL EN CONCORDANCIA CON
LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES”**

**AUTORES
JESÚS RAFAEL ÁLAVA CALDERÓN
FERNANDO OSVIN RAMÓN ZAMBRANO FLORES DE VALGAZ**

**DIRECTOR DE TESIS
ABG. ENRIQUE CANO VÁSQUEZ**

PORTOVIEJO - MANABÍ - ECUADOR

2013

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS

En mi calidad de director de la tesis de grado: “Fundamentos de la sanción penal en concordancia con los principios constitucionales”; de los egresados Jesús Rafael Álava Calderón y Fernando Osvin Zambrano Flores De Valgaz, sometida al tribunal de sustentación para su respectiva aprobación, cumple con los objetivos generales y específicos planteados, cubre los aspectos básicos necesarios que deberían considerarse en las fases de la metodología establecida y culmina con la presencia de una propuesta, por consiguiente, considero reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación del jurado examinador que el H. Consejo Directivo designe para el efecto.

ABG. ENRIQUE CANO VÁSQUEZ

Director de tesis

CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR

TESIS DE GRADO

Tema: “Fundamentos de la sanción penal en concordancia con los principios constitucionales”; de los egresados Jesús Rafael Álava Calderón y Fernando Osvin Zambrano Flores De Valgaz, sometida al tribunal de sustentación para su respectiva aprobación.

TRIBUNAL

Abg. Jorge Luís Villacreses Palomeque
COORDINADOR DE LA CARRERA

Abg. Enrique Cano Vásquez
DIRECTOR DE TESIS

Abg. Mallury Alcívar Toala
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Abg. Yina Vélez Triviño
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

El desarrollo del presente trabajo investigativo es producto del esfuerzo y dedicación de sus autores, por lo que asumen la responsabilidad que la ley señala para el efecto. Además cedemos los derechos de autor de la presente tesis a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Jesús Rafael Álava Calderón

Fernando Osvin Zambrano Flores De Valgaz

AGRADECIMIENTO

A la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por brindarnos las facilidades para culminar exitosamente nuestra carrera

Al director de tesis, hombre de gran valía personal y profesional, por su esfuerzo y dedicación, sus conocimientos e interés en las sesiones en que compartíamos opiniones, su persistencia, paciencia y motivación, se convirtieron en pilar fundamental para nuestra formación como investigadores.

A los docentes, que con sus conocimientos, ayuda oportuna y desinteresada, contribuyeron a este éxito.

Los autores

DEDICATORIA

A Dios por sus bendiciones

A mi familia por su apoyo ilimitado

Jesús Rafael Álava Calderón

DEDICATORIA

Dedico esta tesis con todo cariño a Dios y a mi madre, pilares fundamentales de mi vida.

Fernando Osvin Zambrano Flores De Valgaz

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar los fundamentos de la sanción penal en el Ecuador para determinar las concordancias con los principios constitucionales, estudiar los fundamentos jurídicos que justifican la aplicación de la sanción penal y la constitucionalización de la justicia al sometimiento de los principios y reglas constitucionales y la materialización de sus mandatos.

La tesis está conformada por cinco capítulos:

En el capítulo I de la investigación se expone el marco referencial, donde se detalla y delimita la investigación a realizarse, se desarrollaron objetivos, se fundamentan los argumentos que justifican la importancia del tema seleccionado.

En el capítulo II se procede a realizar el marco teórico conceptual mediante el que se analizaron los fundamentos jurídicos de la temática estudiada, para esto se utilizó bibliografía de carácter jurídico que fue debidamente citada y parafraseada.

En el capítulo III se describe el diseño metodológico de la investigación, se detalla la metodología que permitió recopilar la información necesaria.

En el capítulo IV se exponen los resultados de las encuestas aplicadas a abogados en libre ejercicio y la entrevista realizada a un Juez de lo Penal

En el capítulo V se exponen las conclusiones y recomendaciones planteadas en la investigación

ABSTRACT

This research aims to analyze the fundamentals of criminal punishment in Ecuador to determine the concordance with constitutional principles, study the legal basis justifying the application of criminal sanctions and the constitutionalization of justice by subjecting the principles and rules constitutional and the realization of its mandate.

The thesis consists of five chapters:

Chapter I of the investigation exposed a frame of reference, detailing and delimits the research performed, developed objectives, the rationale underlying the importance of the selected topic.

In Chapter II we proceed to perform the conceptual framework through which analyzed the legal basis of the subject studied, this was used for legal literature was duly quoted and paraphrased.

Chapter III describes the methodology of the research design, details the methodology that allowed to collect the necessary information.

Chapter IV presents the results of surveys of lawyers in free exercise and an interview with a Judge of the Criminal.

Chapter V presents the conclusions and recommendations arising from the research

ÍNDICE

PORTADA	
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS	ii
CERTIFICACIÓN DEL TRIBUNAL EXAMINADOR.....	iii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	iv
AGRADECIMIENTO	v
DEDICATORIA	vi
DEDICATORIA	vii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
ÍNDICE	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
1. MARCO TEÓRICO	4
1.1 ANTECEDENTES DE LA PENA.....	4
1.1. FUNDAMENTOS DE LA PENA.....	7
1.2 DEFINICIÓN DE LA PENA	11
1.2.1 CARACTERÍSTICAS.....	14
1.2.2 SANCIÓN PENAL	14
JUSTICIA RESTAURATIVA	15
JUSTICIA PUNITIVA.....	16
JUSTICIA MIXTA.....	18
1.2.3 FINES DE LA PENA	18
TEORÍAS RELATIVAS	19
PREVENCIÓN ESPECIAL	19
PREVENCIÓN GENERAL	20

	PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.....	21
	TEORÍAS UNITARIAS.....	21
1.2.4	RELACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA.....	21
1.2.5	PRINCIPIOS RECTORES DE LA PENA.....	23
1.2.6	ABOLICIONISMO DE LA SANCIÓN PENAL.....	25
1.2.7	DIVISIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....	26
	PRINCIPIO DE LIMITACIÓN.....	26
	PRINCIPIO DE FUNCIONALIDAD.....	27
	PRINCIPIO DE SUPREMACÍA.....	27
	PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	28
	PRINCIPIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	28
	PRINCIPIO DE ESTABILIDAD.....	29
	PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.....	30
1.2.8	PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	30
1.2.9	MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.....	31
1.2.10	ANÁLISIS DE CASOS.....	33
1.2.11	APORTE CIENTÍFICO.....	37
1.3	VARIABLES.....	40
1.3.1	VARIABLE INDEPENDIENTE.....	40
1.3.2	VARIABLE DEPENDIENTE.....	40
1.4	OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.....	41
	CAPÍTULO II.....	42
2.	MARCO METODOLÓGICO.....	42
2.1	MODALIDAD DE ESTUDIO.....	42
2.2	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	42
2.3	MÉTODOS.....	43
2.4	TÉCNICAS.....	43

2.5	INSTRUMENTOS	44
2.6	POBLACIÓN Y MUESTRA	44
2.6.1	POBLACIÓN	44
2.6.2	MUESTRA	44
2.7	RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN	45
2.8	PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	46
CAPÍTULO III.....		47
3.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	47
3.1	TABULACIÓN DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS.....	47
3.2	ENTREVISTA AL JUEZ DEL TRIBUNAL PENAL.....	52
CAPÍTULO IV.....		53
4.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	53
4.1	CONCLUSIONES.....	53
4.2	RECOMENDACIONES	55
BIBLIOGRAFÍA		57
ANEXO		

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la Constitución en el Ecuador existe un Estado constitucional de derechos, para el adecuado ejercicio de ellos se establece un conjunto de garantías constitucionales, así como el irrestricto respeto de los derechos humanos en aquellos que sean más favorables que la Constitución, estableciendo su inmediata aplicación. En consecuencia, se establece un cúmulo de garantías, y principios que junto a los tratados internacionales y de derechos humanos hace que se respeten en todas sus dimensiones y sobre todo accionar la dignidad humana.

En concordancia con la Constitución del Ecuador el sistema penal corresponde al conjunto de instituciones, normas disciplinarias y mecanismos relacionados con el delito y la pena. Al respecto González, (2008) manifiesta:

El sistema penal es el instrumento de control social, configurado mediante procesos de creación de un ordenamiento jurídico, conformado por leyes penales y procesales e instancias de aplicación para concretarlas en situaciones, comportamientos y actores, cuando se comete un delito y se busca su control. (p. 87)¹.

El Derecho Penal se lo considera violento ya que el sistema punitivo resulta ser la herramienta jurídica que más gravemente afecta los derechos de las personas, con el fin de dar protección a aquellos bienes que se consideran son los más importantes para el desarrollo de todas las personas en sociedad.

¹ González, R. (2008). Derecho Penal Contemporáneo. Primera Edición. Editorial Ubijus. México p. 87

En el ordenamiento penal ecuatoriano por regla general, la valoración sobre la necesidad de la pena ha sido analizada previamente por el legislador, quien contempla los casos donde el juez tiene la posibilidad de reflexionar sobre este principio respecto de casos concretos, para concluir si la pena podrá cumplir o no sus fines y así conceder la consecuencia jurídica que la misma norma, asumiendo que la pena es necesaria siempre que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

En el marco jurídico del Ecuador, la sanción penal se concibe como mecanismo de prevención general o especial impuesta quienes comenten un acto sancionado penalmente, teniendo en cuenta el carácter aflictivo de la pena y su aptitud para la afectación de derechos fundamentales, por lo tanto es indispensable la argumentación del juez, desde un punto de vista constitucional.

La Constitución del Ecuador consagra derechos fundamentales que permiten el correcto funcionamiento jurídico del Estado, todos los procedimientos deben estar sujetos a los principios y derechos fundamentales de la constitución y a los instrumentos internacionales.

Es necesario la relación entre el bien penalmente tutelado y los valores fundamentales en términos penales la desproporción entre el bien jurídico y medida de la pena encuentra su prohibición en los preceptos que amparan la justicia y la igualdad en principios fundamentales que a partir del momento en que una sanción penal sería una evidencia injusticia, contraria a todo principio.

La fundamentación, motivación y razonamiento de la sanción penal no debe ser caprichosa, no se la puede separar o dividir del progresismo constitucional y hacerlo se estaría enfrentado normas del derecho penal y normas principios de la constitución, de derechos humanos y tratados internacionales. Ese equilibrio y fin de la fundamentación de la sanción penal en derechos y en principios que se encuentran en su mayoría albergados de forma explícita o implícita en el texto constitucional forman así el núcleo gravitacional del derecho penal.

Como fundamento de la pena se refiere al hecho de aplicar una pena al infractor de un hecho típico y antijurídico esto es mediante la valoración de todo el proceso y el límite de la pena es el elemento de la determinación o medición por la valoración dentro de los principios constitucionales y la ley penal prohibiendo que sea impuesta más allá de la culpabilidad.

CAPÍTULO I

1. MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA PENA

El origen de la pena aparece como una forma de encierro derivado de la venganza privada o de las distintas formas de legitimidad en el poder jurídico imperante en la época. Hasta el siglo XIX, la pena correspondía a un castigo, en consecuencia la penología estudiaba el castigo del delincuente. Tieghi, (1996) sobre este proceso evolutivo aclara:

En las civilizaciones antiguas las penas variaban de acuerdo a cada cultura, los chinos aplicaban el destierro temporal y perpetuo, la muerte y la tortura. Los indios la pena de muerte, tormentos, destierro y mutilación, el Código de Hammurabí, prescribió entre otras, las penas de muerte por medio del fuego y del agua. En Israel existía el azote público, lapidación, etc. Los espartanos pusieron en práctica penas que revestían tal crueldad, que muchos decidían suicidarse antes que vivirlas, por ejemplo la infamia, paseo sin ropas, heridas, tatuajes con fuego, torturas, coronamiento (p. 573) ²

La concepción de las penas en diferentes civilizaciones varió de acuerdo a la sociedad y sus instituciones, por ejemplo los romanos tenían la pena de muerte; en las minas, el destierro y los azotes. Olmo, (2000) explica que es a través de la Ley de las Doce Tablas, que se institucionalizó los crímenes y la punición.

Imponiendo penalidades atroces, como por ejemplo el lanzamiento al agua con la cabeza envuelta y metida dentro de un cuero. En la Edad Media se practicó, la mutilación de manos, dedos, pies, orejas, lengua y ojos; lo mismo

² Tieghi, O. (1996). Tratado de Criminología. Primera Edición, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. p. 573

que la castración, la marca y los azotes. En ese sentido puede verse, que la prisión, no se halla ligada con los orígenes de las penas. La cárcel como castigo de encierro y aislamiento; no tuvo una instalación, como institución punitiva en tiempos anteriores al siglo XVII. Lo que existe son vestigios de la aplicación de la prisión en las edades Antigua, Media y Moderna. Tal es el caso de los romanos que practicaban la prisión para esclavos (ergastulum) la cual era cumplida en un lugar de la casa del amo destinada para tal fin. En la época del alto imperio, llegó a tener similitud con lo que en la actualidad se conoce como prisión, incluso, allí encuentra su origen etimológico; pues, se denominaba carcer (p. 67)³

La prisión en sus primeras formas era una institución de custodia al acusado a hasta que este fuera condenado al respecto Ulpiano señalaba: “La cárcel debe ser tenida para custodiar a los hombres, no para castigarlos” la cárcel como custodia preventiva existió durante la Edad Media, la Iglesia crea la pena de prisión, para los delitos eclesiásticos, considerando a la prisión como un lugar de penitencia, reflexión y arrepentimiento.

Propiamente como casas de trabajo aparecen en el siglo XVI, para Cuello (1975) estas aparecen para “proporcionar mano de obra barata, promulgaba la corrección a través del trabajo, los mismos que eran espacios donde se cometían todo tipo de arbitrariedades por lo que se los definió como Centros de domadura y amansamiento” (p. 213)⁴

³ Olmo, O. (2000). Origen y Evolución Histórica de la Pena de Prisión. <http://blog.uclm.es/pedrooliver/files/2013/01/historiaPrision.pdf> Recuperado el 9 de diciembre del 2012

⁴ Cuello, E. (1975) Derecho Penal. Tomo I, Parte General, Primera Edición, Editorial Casa Bosch Barcelona, España. p. 213

González, (2008) aclara que “en España surgen en los siglos XVI y XVII las galeras que eran una embarcación de vela y remo destinada al combate, movida por los sancionados bajo esta pena” (p. 87)⁵

Para Roxin (1976) en el siglo XVIII se establece la pena carcelaria con las siguientes características: “se concibe como pena, es impuesta por tribunales amparados por la ley y se promueve la humanización de la pena” (p. 39) ⁶

Esta forma de prisión como una pena privativa de libertad se origina en presidios militares y navales. Para Tieghi, (1996) entre las causas de la transformación se identifican las siguientes:

Razones de política criminal. Crecimiento de las zonas urbanas con el aumento de la delincuencia

Razones penológicas. Desprestigio de la pena de muerte.

Razones socioeconómicas. Abusos contra los penados considerados fuente de mano de obra barata.

Razones de tipo religioso. Influencia eclesiástica de la prisión con fines de penitencia, reflexión y arrepentimiento. Se conserva la denominación de penitenciería (p. 579)⁷

En consecuencia se evidencia que la concepción de prisión cambio de acuerdo al desarrollo de la sociedad y su evolución.

⁵ González, R. (2008). Derecho Penal Contemporáneo, Primera Edición, Editorial Ubijus. México, p. 87

⁶ Tieghi, O. (1996). Tratado de Criminología. Primera Edición. Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, p. 39

⁷ Tieghi, O. (1996). Tratado de Criminología. Primera Edición. Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, p. 579

1.1. FUNDAMENTOS DE LA PENA

La Constitución del Ecuador (2008) define al estado como “constitucional de Derechos y justicia, social y democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (art. 1)⁸ inaugurándose de esta forma, un sistema constitucional, caracterizado por la sumisión de los poderes públicos y privados consagrados en la Constitución del Ecuador

De acuerdo a la garantía del Estado social de derechos y justicia, todos los poderes y autoridades están sometidos a las leyes del Ecuador, y deben garantizar cumplimiento de los derechos de los ciudadanos. El Estado social reconoce la pluralidad de los derechos, la transición hacia el Estado Constitucional de Derechos y Justicia implica introducir cambios en el sistema justicia para que sea real, eficaz, eficiente y ágil.

Los principios constitucionales comprenden las normas generales del Derecho, reconocidos en el ámbito de las normas constitucionales, son el conjunto de normas que guía el funcionamiento del estado, Ortecho (2010) al respecto manifiesta:

Los caracteres se pueden inferir de su fundamentación, es decir de porque hay que incluir principios fundamentales en una Constitución, y ellos serían, los siguientes:

a) Deben establecer un conjunto de valores, que le den sentido a la Constitución. Y como quiera que la axiología, como rama de la Ética ha desbordado sus fronteras puramente morales, consideramos que se trata de valores jurídicos y políticos., por supuesto sobre la base del valor moral de la dignidad de la persona humana, que debe ser el eje de toda conducta del hombre en sociedad.

⁸ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

b) Deben operar no sólo como cláusulas interpretativas sino vinculantes, pues de esta manera no solamente resultan integrantes del sistema de fuentes del derecho sino que le dan a este mayor solidez. (p. 12)⁹

Las garantías constitucionales comprenden las garantías jurídicas básicas consagradas en la Constitución del Ecuador y reconocidas a todas las personas sin distinción de ninguna índole. Respecto al debido proceso el art. 11 numeral 9 inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador sobre el ejercicio de los derechos establece que:

El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (Constitución del Ecuador, art. 11 n 9)¹⁰.

En el marco constitucional del Ecuador se reconocen y garantizan a las personas los derechos de libertad. En la parte pertinente el numeral 22 señala:

El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley. (Constitución del Ecuador, art. 66)¹¹.

La Constitución del Ecuador señala que “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e

⁹ Ortecho, J. (2010). Principios Constitucionales Fundamentales del Derecho. <http://es.scribd.com/doc/125541179/Principios-Constitucionales-Fundamentales-Derec-Const-Peruano> Recuperado el 9 de diciembre del 2012

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”. (Constitución del Ecuador, art. 75)¹².

La Constitución del Ecuador reconoce siete garantías básicas en que deben ser observadas durante el proceso penal. Dichas garantías son:

- Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
- Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
- Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
- Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
- En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. (Constitución del Ecuador, art. 77)¹³.

La eficacia jurídica del proceso está regida por principios constitucionales como son:

- El principio de inocencia: El procesado es inocente y debe dársele este trato durante el proceso penal, la Fiscalía debe probar su culpabilidad

¹² Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

¹³ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

- Principio In dubio pro reo: En caso de duda se aplicará el principio más favorable al reo
- El respeto de la dignidad de la persona humana; se debe respetar los derechos fundamentales de la persona durante todo el proceso penal.
- Derecho de la Defensa, control y contradicción de las actuaciones probatorias de la defensa del procesado
- El principio de legalidad; la prueba debe obtenerse con procedimiento previstos en la ley.
- El principio de libertad probatoria: El delito puede ser demostrado (verdad de los hechos) valiéndose de todo medio de prueba que existe o que en el futuro sea descubierto en razón del avance de la ciencia o la técnica. Su límite lo constituye la dignidad de la persona humana

El Art. 77 de la Constitución del Ecuador numeral 2 en la parte pertinente señala:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante” (Constitución del Ecuador, art. 77 n 2)¹⁴.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449, Quito, República del Ecuador.

Finalmente es necesario destacar que el Art. 169 de la Constitución del Ecuador señala que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Constitución del Ecuador, art. 169)¹⁵.

Finalmente se debe señalar que la noción de Debido Proceso, es común a todo tipo de causa, que debe ser respetada sin condiciones, pero que en materia procesal penal es una exigencia inviolable para el ejercicio de los derechos humanos.

1.2 DEFINICIÓN DE LA PENA

La pena desde el punto de vista de su etimología deriva del vocablo “pondus”, equivalente a peso, “punya” pureza o virtud, o “ponos” que es trabajo y fatiga, sin embargo la acepción más aceptada es la palabra latina “poena” que significa castigo o suplicio. (Freudenthal, 2003, p. 109).¹⁶

La pena es la sanción impuesta por el estado a quien ha cometido un acto que atenta contra el ordenamiento jurídico, contra los derechos de las personas. Las penas en el Ecuador se encuentran consagradas por el sistema penal que define “leyes penales son todas las que contienen algún precepto sancionado con la amenaza de una pena” (Código Penal del Ecuador, 2003, art. 1).¹⁷

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449, Quito, República del Ecuador.

¹⁶ Freudenthal, B. (2003). “Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal”. Primera Edición, Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina, p. 109

¹⁷ Código Penal del Ecuador. (2003). Ediciones Legales. Registro Oficial 743, Quito, República del Ecuador.

El artículo que define las leyes penales identifica la conducta típica prohibida en el que se contempla una sanción jurídica para quien incurre en esa conducta.

Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del imputado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución Política de la República y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del imputado y de las víctimas. (Código de Procedimiento Penal del Ecuador, 2009, art. 1)¹⁸

Para que la pena pueda ser impuesta esta deberá:

- Establecida por la ley;
- Debe corresponder a un delito tipificado por la ley;
- Haberse impuesto en una sentencia condenatoria; y,
- La sentencia debe derivar de un juicio legalmente desarrollado.

De acuerdo a lo analizado e puede concluir que:

- La pena busca restablecer el daño causado.
- La pena restaura el orden social.
- La pena es la retribución que el Estado le otorga a la víctima del delito

Una decisión ampliamente aceptada de la pena es la dada por Cuello, (1974) que la define como “la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal” (p. 76)¹⁹

¹⁸ Código de Procedimiento Penal del Ecuador. (2009). Ediciones Legales. Registro Oficial 555, Quito, República del Ecuador.

¹⁹ Cuello, E. (1974). La Moderna Penología. Primera Edición, Editorial Bosch, Madrid, España. p. 76

Cuello, (1974) agrega que “la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ocasión y ejecución de una sentencia impuesta, al culpable de una infracción penal” (p. 77) ²⁰

Se entiende de esta forma a la pena como imposición del estado al delincuente por la comisión de un delito, en un contexto más humanitario comprende el tratamiento para la rehabilitación del delincuente para su inserción. La pena es la consecuencia jurídica del delito, impuesta al culpable por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo.

“La justificación de la pena no puede ser distinta de la dada para el Derecho penal que considera a la pena como una amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como son los hombres” (Bergalli, 2012, p. 98)²¹. Finalmente se concluye con un análisis de la pena desde el punto de vista del “Derecho penal del enemigo” de Günther (1985) que asegura que “se pena la conducta de un sujeto peligroso en etapas previas a la lesión, con el fin de proteger a la sociedad en su conjunto, y esto quiebra la relación lógica tradicional entre pena y culpabilidad” (p. 41)²²

Sin embargo, aclara que él no hace otra cosa que describir la realidad, ya que el supuesto derecho penal ideal, para el cual todos somos iguales, contradice las medidas que los Estados adoptan con los sujetos altamente peligrosos.

²⁰ Cuello, E. (1974). *La Moderna Penología*. Primera Edición, Editorial Bosch, Madrid, España. p. 76

²¹ Bergalli, R. (2012). *Louk Hulsman: ¿Qué queda de los abolicionismos?*, Primera Edición, Editorial Anthropos, Quito, República del Ecuador, p. 98

²² Günther, J. (1985). *Derecho Penal del Enemigo*, Primera Edición, Editorial Thomson, Frankfurt, Alemania, p. 41

1.2.1 CARACTERÍSTICAS

Las características de la pena son:

- Intimidatoria. Atemoriza a quien comete la conducta ilegal, evita el delito por el temor a la sanción.
- Aflictiva. Aflige al delincuente, para evitar futuros delitos.
- Ejemplar. Su aplicación sirve de ejemplo condenado y a la sociedad en general
- Legal. Debe provenir de una norma legal, que exista previamente en la ley, es necesario que se cumpla el concepto de legalidad.
- Correctiva. La pena corregir al sujeto que comete un delito, insertándolo a la sociedad a través de adecuadas herramientas para su reinserción.
- Justa. La pena debe ser relativa a la gravedad de la conducta antisocial y la peligrosidad del individuo que la comete.

1.2.2 SANCIÓN PENAL

La sanción penal bajo el concepto moderno surge como sustituto de la venganza y nunca en continuidad de la misma. Por esa razón el Derecho penal debe asumir una doble función: como prevención general de los delitos

y como prevención general de las penas arbitrarias y desproporcionadas este es su argumento complementario utilitarista. (Ferrajoli, 1993, p. 129).²³

Siguiendo esta definición se puede señalar que los costos de las políticas orientadas hacia la prevención de delitos no han arrojado los resultados deseados, su aplicación ha generado violencia ante la aplicación de penas excesivas y despóticas, aplicación de procedimientos arbitrarios, porque el Estado ha sido desproporcionado en el ejercicio de su potestad punitiva para la imposición de las penas.

La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infringida con la pena es siempre programada, consciente, organizada, por muchos contra uno. (Ferrajoli, 1993, p. 128).²⁴

Por lo tanto el sistema penal, y la aplicación de las penas no ha tenido los resultados deseados, han sido muchos los daños causados al aplicar las penas como medio de represión, las que más que rehabilitar al estigmatizado.

JUSTICIA RESTAURATIVA

Se basa en el arrepentimiento por la falta cometida, se aplica para dar una solución al problema mediante la reparación del daño causado, el infractor debe enfrentar a la víctima y asumir las pérdidas materiales, mentales o sociales.

La justicia restaurativa se basa en tres aspectos que involucran:

²³ Ferrajoli, L. (1993). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Primera Edición, Editorial Trotta, Madrid, España. p. 129

²⁴ Ferrajoli, L. (1993). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Primera Edición, Editorial Trotta. Madrid. España. p. 128

- Responsabilidad del autor.
- Restauración de la víctima.
- Reintegración del infractor en la comunidad.

Los elementos que componen la justicia restaurativa son:

- Comunidad;
- Víctima; y,
- Ofensor.

La justicia restaurativa busca acercar a las partes del conflicto, para la reparación del daño causado, con la finalidad de que ambos puedan convivir socialmente sin problema alguno, a través de la justicia restaurativa la comunidad garantiza la transformación del agresor a través de su responsabilidad.

Sus características generales son:

- Proceso largo, y minucioso
- Busca un camino para que la víctima, victimario y sus familias puedan acercarse después de la reparación del daño

JUSTICIA PUNITIVA

Se centra en la culpabilidad del infractor, es contraria a la justicia restaurativa, atiende el castigo y no solución del problema. Sus características generales son:

- No existe ninguna reparación del daño causado.

- La víctima es compensada con el castigo que se le imponga al agresor.
- Potestad exclusiva de los jueces
- El sancionado debe cumplir pena impuesta
- No existe ni existirá jamás una convivencia pacífica dentro de la misma sociedad entre víctima
- No se fomenta el arrepentimiento ni perdón entre las partes
- No existe proceso de interacción entre las partes para buscar la solución del problema.
- La comunidad actúa como un ente negativo re victimizando al agresor y apartándolo de la sociedad.
- No garantiza la reinserción social del delincuente

Considerada como un modelo justicia objetiva, consiste en imponer la pena al delito cometido, de acuerdo a normas legales establecidas, este tipo de justicia se ocupa únicamente en la culpabilidad del agresor, no se preocupa o analiza el origen del conflicto, no interesan las condiciones sociales y psicológicas del agresor y su entorno social.

JUSTICIA MIXTA

Se la define como un modelo de justicia humanista que busca la solución del conflicto, para lo cual se analiza las raíces del conflicto y todos los componentes del mismo, busca una transformación.

Sus características son:

- Busca la reparación del daño causado,
- La respuesta al delito deben darlas los protagonistas del mismo
- Compromete al infractor a reparar el daño
- Promueve el arrepentimiento del agresor y el perdón de la víctima.

En la justicia mixta debe existir una interacción entre víctima y victimario, que exigidamente involucre a todas las partes del conflicto, y no se involucre la capacidad punitiva del Estado para sancionar un delito.

1.2.3 FINES DE LA PENA

Los fines de la pena se pueden determinar de acuerdo a las teorías absolutas y relativas

Teorías absolutas.- Se fundamentan en la filosofía de Immanuel Kant en los siguientes postulados de la pena “busca la justicia, y la retribución, mira hacia el

pasado, rechaza la búsqueda de fines fuera pena; se impone por la comisión de un delito y es su retribución” (Omar, 2001, p. 123)²⁵

En conclusión de acuerdo a la teoría absoluta la pena no tiene finalidad, surge como un medio de compensación, de justicia en favor del orden social.

TEORÍAS RELATIVAS

Se basa en la filosofía de Montesquieu mediante la formulación de las teorías relativas se busca lograr fines que estén fuera de la propia pena. Se pretende imponer la pena para evitar la comisión de delitos tanto a nivel individual como colectivo. (Omar, 2001, p. 124)²⁶

En las teorías relativas se identifican:

- Prevención especial;
- Prevención general
- Prevención general negativa o intimidatoria
- Prevención general positiva:

PREVENCIÓN ESPECIAL

Presenta las siguientes características generales:

- Se encarga de las actuaciones directas por el delincuente para que se reinerte socialmente.
- La finalidad de la pena se relaciona con el individuo y que supone que el sujeto, sobre todo el delincuente ocasiona, debe poder reinsertarse.
- Relacionada con el pensamiento socializador
- El fin es individualizar al sujeto y procurar su reinserción social.

²⁵ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos. Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España. p. 123

²⁶ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos. Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España. p. 124

- Se debe actuar a través del tratamiento penitenciario. (Omar, 2001, p. 135)²⁷

En la prevención especial la pena se dirige al individuo y esto lo puede hacer de dos formas:

- Negativa: mira al individuo para aislarlo y que no moleste a la sociedad.
- Positiva: es la consagrada en la Constitución del Ecuador a través de los programas de prevención y de reinserción.

PREVENCIÓN GENERAL

Para Omar (2001) la prevención general “mira a la comunidad para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir” (p. 135)²⁸

Prevención general negativa o intimidatoria, se basa en los siguientes postulados:

- La pena es sinónimo de amenaza.
- Promueve la coacción psicológica del sujeto
- Es intimidatoria
- Limita la intimidación ejercida.
- La pena es proporcional a la gravedad del delito cometido.

²⁷ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos, Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España, p. 135

²⁸ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos, Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España, p. 135

PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

De reciente creación, se basa en la limitación para la aplicación del derecho penal, la pena debe proteger el orden jurídico, en consecuencia debe servir para el asentamiento social de las normas, busca dar un mayor grado de conciencia al ciudadano.

La finalidad de la pena es permitir que la norma se cumpla. Lamentablemente no se garantiza que la aplicación de la pena ayude a devolver la confianza en el ordenamiento jurídico in que rebase el principio de proporcionalidad.

TEORÍAS UNITARIAS

Son aquellas que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención. Los defensores de esta postura dicen que la esencia de la pena está constituida por la retribución y que, sobre la base de ésta, la pena pretende la consecución de fines preventivos. (Omar, 2001, p. 129)²⁹

Las teorías unitarias defienden la retribución, mediante ellas la pena halla su fin como un medio de prevención delictiva.

1.2.4 RELACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA

La prevención tiene como finalidad evitar la delincuencia y asegurar la vida en sociedad

²⁹ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos. Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España, p. 129

Roxin, (1976) afirma que “sobre los fines de la pena se contempla la existencia de tres momentos distintos: amenaza, concreción y cumplimiento; además cada uno de ellos presenta distintas exigencias derivadas de los fines de la pena” (p. 83)³⁰.

Amenaza o conminación penal: Tipificación del delito por parte del legislador quien incorpora una conducta en el Código Penal. Se observa a través de esta fase la prevención general negativa, a intimidación, reafirmando el carácter imperativo de la norma penal, su finalidad es la amenaza y los límites marcados por la proporcionalidad y la relación entre el hecho cometido y el bien jurídico afectado.

En el momento de la amenaza prevalece:

- La prevención general positiva, amenaza que hace el legislador en la tipificación al Código Penal haciendo una conducta punible.
- La prevención general positiva la pena amenazada debe permitir la reinserción social del amenazado.

Imposición judicial de la pena: Inicia en el proceso penal y concluye con la sentencia. El fin de la pena e la prevención especial positiva, el juez al aplicar la pena, compensa el daño causado. Para la retribución el juez debe utilizar criterios para determinar qué pena tiene que aplicar, de acuerdo a preventivos especiales, atendiendo la prevención general positiva.

³⁰ Roxin, C. (1976). Sentido y Límites de la Pena Estatal. Problemas Básicos del Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, España, p. 83

La ejecución: “La prevención especial es la finalidad fundamental a desarrollar por la pena en la última fase del derecho penal. El paso de un grado a otro se establece en función de que evidentemente si fuera prevención especial tiene que tener un correctivo, por lo tanto, también funciona con efectos preventivos generales para medir la seriedad de la amenaza. Así, pues, el paso de un grado a otro en nuestro sistema penitenciario se establece en función de exigencias preventivo-especiales. (Omar, 2001, p. 127).³¹

La ejecución tiene que atender la reinserción, de no cumplirse las penas previstas por el legislador, desaparecería su potencial efecto intimidante.

1.2.5 PRINCIPIOS RECTORES DE LA PENA

Los principios rectores de la pena son los siguientes:

- Principio de necesidad: se debe privar o restringir de bienes a título de pena, en caso que sea indispensable.
- Principio de culpabilidad: Responsabilidad probada en la comisión del delito.
- Principio de personalidad: solamente al culpable de la infracción puede sancionare
- Principio de individualización: no puede sancionare a todos de la misma forma, aunque dos sentencias sean iguales en la sentencia deben considerarse las peculiaridades individuales del sentenciado.
- Principio de particularidad: se sanciona a un sujeto particular o determinado.

³¹ Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos. Primera Edición, Editorial Lex. Valdivia, España, p. 127

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Establece la atribución exclusiva al legislador de tipificar delitos y disponer la aplicación de penas a la comisión de ellos, es la piedra fundamental del Derecho penal moderno. De acuerdo al principio de legalidad la pena es la consecuencia jurídica del delito.

El principio de legalidad está considerado en el Código de Procedimiento Penal del Ecuador (2009) que señala:

Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores (Código de Procedimiento Penal del Ecuador, 2009, art. 2)³².

El Principio de Legalidad es una valoración de lo justo por una sociedad en virtud de la que no se puede aplicar una sanción si no está contemplada por la ley,

³² Código de Procedimiento Penal del Ecuador. (2009). Ediciones Legales. Registro Oficial 555, Quito, República del Ecuador. art. 2

sus tipos son “principio de legalidad sustancial y principios de legalidad formal” (Cafferata, 2007, p. 11).³³

El Principio de Legalidad Penal Substancial.- Se sanciona con una pena o se somete a una medida de seguridad cualquier acción u omisión o estado peligroso de una persona que vaya contra la sociedad

El Principio de Legalidad penal Formal.- Un hecho será considerado cuando exista la ley anterior lo haya previsto como tal. La descripción del delito debe existir antes del acto delictivo o del comportamiento peligroso.

PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Es una garantía individual que establece que una persona solo es responsable por los actos que puede y debe evitar. Establece las condiciones necesarias tanto para la atribución penal, como para imposición de la pena.

1.2.6 ABOLICIONISMO DE LA SANCIÓN PENAL

Propugna la abolición de las penas y del sistema penal en general, plantea que este no ha logrado soluciones a los conflictos sociales, por lo tanto se hace necesario hallar una alternativa al mismo. Se fundamenta en los siguientes conceptos:

³³ Cafferata, J. (2007). La Prueba en el Proceso Penal. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00095-la-prueba-en-el-proceso-penal-jose-i-cafferata-nores.html> Recuperado el 9 de diciembre del 2012

- El sistema penal interviene en asuntos que las partes involucradas no consideran un delito
- Impone la acción a la ley penal e impide llegar a una solución que no sea punitiva.
- El sistema penal deja de lado la víctima y legitima la total intervención estatal.
- Se opone a la apropiación del conflicto por parte del Estado.
- En el sistema penal se puede admitir cualquier método, siempre y cuando el mismo sea eficaz

Los abolicionistas plantean que la cárcel es reproductora de criminalidad; no existe progresos en la políticas sancionadoras, ya que no logra los objetivos. Señala que en muchos casos las víctimas no buscan el proceso penal contra el autor, por lo tanto no cooperan con el desarrollo de las diligencias que se llevan en el mismo proceso.

1.2.7 DIVISIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

Es la relación recíproca de restricción –por razones de bienestar público entre los órganos del poder público y los derechos de los particulares.

PRINCIPIO DE FUNCIONALIDAD

Para Oyarte (2010) el principio de funcionalidad “equilibra el poder de los órganos establecidos, mediante la regla de división de poderes y distribuyendo de manera equitativa el ejercicio del poder” (p. 6)³⁴

Constitución como agente distribuidor de competencias que son:

- De gobierno. Encargado de la creación del derecho con plena validez.
- De administración, debe velar por la aplicación y conservación del Derecho, está vinculado con su eficiencia.
- De jurisdicción. Aplica el Derecho a conflicto de intereses debe ser eficaz.

PRINCIPIO DE SUPREMACÍA.

Para Oyarte (2010) el principio de supremacía reconoce “a la Constitución como la máxima jerarquía establece una garantía de relación de supra y subordinación de todo el ordenamiento jurídico” (p. 5)³⁵

El principio de supremacía tiene los siguientes efectos:

- Unidad de todo el ordenamiento jurídico.

³⁴ Oyarte, R. (2010). Folleto Informativo de Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal. Primera Edición Editorial, Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado, Quito. República del Ecuador, p. 6

³⁵ Oyarte, R. (2010). Folleto Informativo de Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal. Primera Edición, Editorial Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado, Quito. República del Ecuador, p. 5

- Gradación. Las normas jurídicas positivas tienen una relación armónica de supra y subordinación de las normas inferiores o a su inmediatamente superior
 - Rigidez. La constitución solo puede reformarse mediante un procedimiento especial.
 - Control. La supremacía hace que haya un control entre los poderes
- De acuerdo al principio de supremacía debe existir coherencia en los actos legislativos, las normas legales guardan una jerarquía establecida que debe ser respetada sin condiciones.

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Todos los actos ejecutados por los poderes públicos deben seguir el debido proceso bajo pena de ser declarados inconstitucionales.

La creación de una ley sujeta al ordenamiento jurídico, deberá ser razonable en su objetivo, en los medios, y los fines para los que se la crea.

PRINCIPIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Para Oyarte (2010) señala que “la Constitución prevalece en su aplicación sobre las leyes o normas inferiores del ordenamiento jurídico” (p. 3)³⁶

³⁶ Oyarte, R. (2010). Folleto Informativo de Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal. Primera Edición, Editorial Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado. Quito, República del Ecuador. p. 3

Es el principio mediante el cual se acepta:

- La aplicabilidad de la Constitución.
- Restablecer todo aquello que no esté conforme a la Constitución.

Los tipos de control son

- Control preventivo. Antes de que se consuma la violación a la Constitución.
- Control efectivo. En el momento mismo que se trate de violar la Constitución.
- Control retroactivo. Caso en el que se repara un acto de violación a la Constitución.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD

Para Oyarte (2010) el principio de estabilidad asegura la “vigencia y respeto a la Constitución, a fin de evitar su violación en el caso de que un gobierno la cambie” (p. 3)³⁷

Las formas de imponer estabilidad son:

³⁷ Oyarte, R. (2010). Folleto Informativo de Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal. Primera Edición, Editorial Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado. Quito. República del Ecuador, p. 3

- Imponiendo limitaciones en el texto; la Constitución indica las partes que se pueden modificar o no.
- Imponiendo procedimientos de largo plazo; las modificaciones se realizan en dos periodos constitucionales.
- Prohibición de la reforma en circunstancias especiales. Gobiernos de facto, guerras, etc.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD

De acuerdo al principio de efectividad los órganos estatales deben asegurar el cumplimiento de las garantías establecidas por la Constitución, imponiendo sanciones en caso de su vulneración.

1.2.8 PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La aplicación de los principios de interpretación constitucional se justifican y resumen para Santaolalla (2004) de la siguiente manera:

- a) La Constitución es un cuerpo normativo, mientras que las leyes son una categoría normativa. Si se mira, la Constitución es una sola, mientras que las leyes son tan variadas, según la materia a la que se orientan sus regulaciones.
- b) La Constitución no está construida para regular conductas, sino que se dedica a la organización del poder del Estado, estableciendo además los derechos y garantías de los habitantes del ente estatal. Situación que no se encuentra en las leyes.
- c) La redacción de una constitución es diferente a las leyes, últimas que se elaboran a través de un presupuesto y una consecuencia jurídica.

d) Finalmente, es importante tener en cuenta que, mientras las leyes tienen el carácter de homogeneidad acerca de sus regulaciones; la Constitución es por esencia heterogénea, pues describe a las varias instituciones del Estado y sus regulaciones abarcan a las diferentes ramas o áreas del Derecho. (p. 22)³⁸.

1.2.9 MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

Sobre el respecto a los derechos humanos en el derecho internacional la Constitución del Ecuador establece:

Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 417).³⁹

En los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se consagra los requisitos que debe reunir el Debido Proceso, es así que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que:

Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 10)⁴⁰

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) dentro Derecho al Proceso Regular contempla que “toda persona acusada de delito

³⁸ Santaolalla, F. (2004). El Problema de la Renovación de los Órganos Constitucionales. Primera Edición. Editorial Revista de Derecho Político, Alcalá, España, p. 22

³⁹ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449. Ediciones Legales. Quito. Ecuador, art. 417

⁴⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Ginebra, Suiza, art. 10

tiene el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por Tribunales anteriores establecidos de acuerdo con leyes preexistentes” (art. 26)⁴¹

El Pacto de San José Costa Rica, (1969) también consagra el Debido Proceso, cuando establece en su art. 8, apartado 1:

Que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus Derechos y obligación de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Pacto de San José Costa Rica, 1969, art. 8)⁴²

El art. 14 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen:

Toda persona tendrá derecho hacer oída públicamente con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o por la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 14)⁴³

El debido proceso es entonces un requerimiento básico que debe ser respetado de forma irrestricta para esto el estado debe garantizar a través de sus organismos la aplicación de un proceso legal y justo que de al procesado la oportunidad de defenderse. Los requisitos esenciales del debido proceso se agrupan en cinco categorías:

⁴¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948), Bogotá, Colombia, art. 26

⁴² Pacto de San José Costa Rica (1969) San José, Costa Rica, art. 8

⁴³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Ginebra. Suiza, , art. 14

- Juez Natural,
- Derecho a ser oído,
- Duración razonable del proceso,
- Publicidad del proceso y
- Prohibición del doble Juzgamiento

1.2.10 ANÁLISIS DE CASOS

Caso 1

“SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CUARTO DE GARANTÍAS PENALES DE MANABÍ”

Antonio Alfredo Herrera Herrera declarado culpable del delito de homicidio tipificado en el Art. 449 del Código de Procedimiento Penal, sentenciado a la pena de SEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ODINARIA, y se lo condena al pago de daños y perjuicios no se determinó el monto a pagar.

En el desarrollo del proceso penal y posterior emisión de la sentencia el defensor público señala que no se realizó el protocolo de la autopsia que constituye la diligencia más importante y relevante cuando existe una persona fallecida, lo que no puede ser catalogado como la omisión de una solemnidad, sino que es un acto fundamental para demostrar de forma directa, clara y contundente la existencia de un delito, es decir la materialidad de la infracción o la existencia de la persona fallecida, en consecuencia la Fiscalía no puede probar la existencia del cuerpo del delito, ni las

causas y consecuencias por las que se produjo la muerte del sr. Fernando Fabián Figueroa Rodríguez, en consecuencia no se reúnen los presupuestos establecidos en el art. 85 del Código de Procedimiento Penal que dispone que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado, en este caso específicamente se cuestiona la existencia de la infracción, existió además una clara violación a las disposiciones del art. 87 del Código de Procedimiento Penal que dispone que las presunciones que el juez o tribunal obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes, y el art. 88 del mismo cuerpo legal que contempla que para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario:

1.- Que la existencia de la infracción se encuentre comprobada conforme a derecho;

2.- Que la presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones; y,

3.- Que los indicios que sirvan de premisa a la presunción sean:

a) Varios;

b) Relacionados, tanto con el asunto materia del proceso como con los otros indicios, esto es, que sean concordantes entre sí;

c) Unívocos, es decir que, todos conduzcan necesariamente a una sola conclusión;

d) Directos, de modo que conduzcan a establecerla lógica y naturalmente.

Existe además una vulneración a lo contemplado en el art. 250 del Código de Procedimiento Penal que establece que en la etapa del juicio se practicarán los actos

procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo.

Se vulneraron durante el desarrollo del proceso las garantías básicas del debido proceso contempladas en el art. 76 de la Constitución del Ecuador, afectándose la aplicación de los principios dispositivo, de concentración y contradicción.

Finalmente es necesario destacar que el desarrollo del proceso y posterior dictamen de la sentencia es atentatorio contra lo contemplado en Declaración Universal de Derechos Humanos art. 10 que señala que toda persona tiene Derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus Derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia Penal

Caso 2

“SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CUARTO DE GARANTÍAS PENALES DE MANABÍ”

En contra de los procesados Ricardo Javier Mendoza Pazmiño y Patricio Heráclito Cedeño Zambrano, proceso en el que se sentenció a Ricardo Javier Mendoza Pazmiño culpable en calidad de autor del delito de asesinato contra el ciudadano Orley Geovanny Quiroz Alcivar imponiéndole la pena de VEINTICINCO

AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ESPECIAL y al pago de daños y perjuicios no se determinó el monto.

En el desarrollo de la sentencia se detalla lo realizado en la audiencia pública de juzgamiento con presencia del acusado, abogados defensores y partes procesales, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 167 de la Constitución del Ecuador, art. 17 numeral 5, 18 numeral 1, 21 numeral 1, 28 numeral 1 y 306 del Código de Procedimiento Penal y el art. 221 del Código Orgánico de la Función Judicial

En el desarrollo del proceso penal se pudo determinar la existencia de un delito mediante la autopsia dando cumplimiento a lo establecido en el art. 85 del Código de Procedimiento Penal probándose la existencia de la infracción, durante la sustanciación del proceso no se observó omisión de solemnidades que pudieran acarrear su nulidad, siendo totalmente válido el proceso de acuerdo a los expresado 75, 76 y 77, 168 numeral 6 de la Constitución del Ecuador

La sentencia fue emitida una vez probada la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad de uno de los acusados conforme a los art. 76, 168 y 169 de la Constitución del Ecuador

A través del análisis de los casos 1 y 2 nos encontramos en la realidad de que nuestro sistema penal se base en la gran mayoría de sus fallos ante una justicia punitiva en la que el castigo o el retribucionismo por medio de la pena impuesta y al pago de daños y perjuicios es la única forma de retribuir al estado por los bienes jurídicos lesionados.

1.2.11 APORTE CIENTÍFICO

Nuestro aporte pragmático sobre los Fundamentos de la Sanción Penal en concordancia con principios constitucionales; en término general, resaltamos que nuestro Sistema Penal, en la práctica es de Justicia Punitiva Retribucionista, cuyo origen evolutivo se remonta en las ley draconianas y está a su vez en los postulados bíblicos de Moisés en el Éxodo 21-24-25, Levitico 24-19-20 y Deuteronomio 19-21, que aún permanece en nuestro Código Penal vigente con el llamado principio de proporcionalidad.

El Código Penal Ecuatoriano, que a más de obsoleto y caduco, no está en concordancia al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que según el Art.1 de la Constitución de la Republica, es el Ecuador, y el Derecho Penal se encuentra limitado por los principios de oportunidad o de necesidad y el principio de ULTIMA RATIO, es decir la mínima intervención penal, conforme lo señala el Art.195 de la Constitución, por tal razón hay que despenalizar aquellos actos humanos que no los ameritan en el Derecho Penal Ecuatoriano, encontramos en breve rasgo a la justicia restaurativa , como lo establecen los artículos art.71 CP que refiere al culpado cuando a su costa publica la sentencia que lo condena como un medio de reparar el daño no pecuniario ocasionado por el delito, en el Art. 113 CP donde estable que el perdón del ofendido cesa la pena, como en los casos de injurias calumniosas y la no calumniosa grave, por lo que refieren a los delitos de acciones privadas.

En el Código de Procedimiento Penal en su art. 36, indica los delitos de acción privada, en art. 37 del mismo cuerpo legal, estipulan la conversión de los delitos de

acción públicas, que seguido de este art. Continúan tres artículos enumerados, en el art, 37,1 en su título de acuerdo de reparación y el art, 37.2 suspensión condicional del procedimiento, ya que son delitos de prisión de acción pública pero condicionada a lo que estipula 37 del CPP sobre la conversión.

Los artículos 33 y 62 del CPP que se refieren al ejercicio de la acción pública que le corresponde exclusivamente al fiscal, y el de sustentación y apoyados por el art, 94 del CP. Ecuatoriano vigente que indica que la acción pública no se extingue por el perdón del ofendido.

Todos los argumentos de los articulados expuestos anteriormente no están en armonía o chocan con los principios normas constitucionales, conforme indican los artículos de la Constitución 167 la potestad de administrar justicia, el art.169 el sistema procesal, art. 195, art. 424 supremacía de la constitución, art. 425 orden jerárquico y el art.427 de la interpretación de nuestra Constitución ecuatoriana.

En nuestra legislación se puede apreciar que la reparación del daño, o justicia restaurativa, no es procedente, salvo en los delitos de acción privada, por lo tanto opinamos, que la mediación de los danos causados por los delitos de acción pública sancionado con pena de prisión, que tenga lugar ante el juez competente entre la victima e infractor, debe suponer la finalización de la controversia penal, en la etapa de instrucción fiscal o antes del juicio oral; somos del criterio que a partir de las garantías constitucionales y procesales se pueda dar un usos efectivo de la justicia restaurativa del daño, encausando la acción penal , desde el punto de vista autónomo.

Para luego concluir con la participación de la víctima en Procedimiento penal. Creemos que la reparación del daño debe ser apreciada como una reorientación y no tanto como fines de la pena, sino como una alternativa o vía para solucionar problemas penales

Dentro del análisis de la y relación de la ley penal y la constitución, la interrogante que nos hacemos es que hasta dónde se puede sustituir la pena, llegamos a la conclusión es que algo que demanda una profunda discusión dentro de la comunidad científica del derecho penal.

Si no actualiza o se dé una profunda reforma a nuestro código penal en concordancia y armonía a los principios, derechos y justicia constitucionales, el fin de la sanción penal seguirá con justicia punitiva o retributiva, que lesiona derechos y principios individuales , y lo que se pretende con el proyecto de Código Penal Integral, se prevé despenalizar acciones humanas que no están acorde con la constitución y la realidad social y económica, para alcanzar el buen vivir en un sistema incluyente.

En consideración a la justicia restaurativa o de reparación del daño a las víctimas como solución de conflictos del derecho penal, resulta hoy evidente que partiendo de las garantías constitucionales y procesales, que a través de los cuales se puede hacer una efectiva reparación del daño con la participación de la víctima.

Las garantías constitucionales consagradas en derechos y principios es el conjunto de seguridades procesales, penales, que definen esferas de libertad, para

amparar al ser humano de los excesos de la autoridad; en cambio las garantías procesales que van entrelazadas con las garantías constitucionales, son mecanismos para reconocer derechos subjetivos y para oponerse a pretensiones no justificadas del adversario.

El punto gravitacional de los derechos gira en torno a los principios consagrados en nuestra constitución en todo su articulado y a la que se debe de adecuar todo el obsoleto derecho penal ecuatoriano

1.3 VARIABLES

1.3.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

Fundamentos de la sanción penal.

1.3.2 VARIABLE DEPENDIENTE

Principios constitucionales

1.4 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Variable independiente: Fundamentos de la sanción penal.

Conceptualización	Categorías	Indicadores	Ítems	Técnicas e instrumentos
Privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal	Principios Características	Principio de necesidad Principio de personalidad Principio de individualización Principio de particularidad Intimidatoria Aflictiva. Ejemplar Legal Correctiva. Justa	¿El sistema penal garantiza los derechos humanos?	Entrevista al juez Encuesta a abogados

Variable dependiente: Principios Constitucionales

Conceptualización	Categorías	Indicadores	Ítems	Técnicas e instrumentos
Conjunto de garantías constitucionales a los que tiene acceso todo ciudadano en el pleno goce de sus derechos.	Garantías del proceso Garantías Básicas	- Cumplimiento de las normas - Inocencia - Tipificación - Pruebas - Proporcionalidad - Derecho a la defensa - Privación excepcional de libertad - Delito flagrante (24 horas) - Información sobre la detención - Comunicación - Medidas alternativas	¿La aplicación de la sanción penal está sujeta a los principios Constitucionales del Ecuador?	Entrevista al juez Encuesta a abogados

CAPÍTULO II

2. MARCO METODOLÓGICO

2.1 MODALIDAD DE ESTUDIO

En el desarrollo de la investigación se utilizaron las siguientes modalidades:

Exploratoria, permitió tener un conocimiento general o aproximativo de la realidad, estuvo dirigida a la formulación más precisa del problema de investigación, la exploración permitió obtener nuevos datos y elementos que pueden conducir a formular con mayor precisión las preguntas de investigación. La función de la investigación exploratoria consistió en descubrir las bases y recabar información que permitirá como resultado del estudio, la formulación de una hipótesis.

De campo, se acudió al lugar directo donde se producen los hechos relacionados, esto es a los juzgados de garantías penales.

2.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN

Se desarrolló una investigación jurídico descriptiva que permitió aplicar “de manera pura” el método analítico al análisis de los fundamentos de la sanción penal

en concordancia con los principios constitucionales, es decir, consiste en descomponerlo en tantas partes como sea posible.

Este tipo de investigación permitió analizar el problema de investigación descomponiéndolo en sus partes, se recurrió además a la investigación documental para la recopilación del material bibliográfico.

2.3 MÉTODOS

Los métodos utilizados en el desarrollo de la investigación fueron:

- Método inductivo: Permitió partir de lo conocido para estudiar lo general, a partir del análisis de la pena, se analizó los fundamentos que la avalan
- Método analítico; permitió dividir las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos.
- Método estadístico; fue utilizado para procesar los datos obtenidos en las encuestas y entrevistas.

2.4 TÉCNICAS

Las técnicas sirvieron para organizar la investigación científica. Las técnicas utilizadas fueron:

- Observación.

- Encuesta.
- Entrevista.

2.5 INSTRUMENTOS

Se utilizó el cuestionario, mediante el que se procedió a elaborar preguntas abiertas y cerradas de opción múltiple sobre las dos variables de estudio.

2.6 POBLACIÓN Y MUESTRA

2.6.1 POBLACIÓN

Como población de la investigación se tomó en cuenta a abogados y a un juez de garantías penales.

CATEGORÍA	MUESTRA
Abogados	20
Juez penal	1
TOTAL	21

Elaborado por: Rafael Álava Calderón y Fernando Zambrano

2.6.2 MUESTRA

Es la parte de la población que se selecciona y de la cual realmente se obtiene la información para el desarrollo del estudio y sobre la cual se efectuará la medición y la observación de las variables objeto de estudio.

No se seleccionó muestra, se trabajó con toda la población

2.7 RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Las fuentes de la investigación jurídicas son aquellos elementos que permiten al investigador obtener o hallar lo buscado: el conocimiento jurídico. Para el investigador jurídico las fuentes principales son:

- **Ley:** representa la fuente jurídica formal por excelencia, y suele ser tomada como fuente única y exclusiva de la investigación jurídica.
- **Jurisprudencia:** es una fuente importante pues representa o muestra el criterio constante de los órganos jurisdiccionales
- **Doctrina:** es una fuente de consulta inevitable, debido a que comprende la opinión de personas calificadas que siempre, de una manera u otra, influyen sobre el estado actual o futuro del Derecho.
- **Realidad social:** es la fuente más importante, no obstante ser la más compleja, ya que su análisis implica un alto grado de abstracción presente, o sea, requiere que el investigador tenga una alta capacidad para separar y unir hechos, ya que lo que se analiza es el presente y los hechos que pueden dar lugar a futuros sistemas jurídicos o instituciones jurídicas.

2.8 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Para el procesamiento de la información los investigadores siguieron los siguientes pasos:

Tabulación: Consistió en reducir a tablas estadísticas los resultados obtenidos en las entrevistas y las encuestas.

Análisis de datos: Se procedió a analizar cada uno de los resultados obtenidos en las encuestas y entrevistas.

Presentación de datos: Se realizó una representación estadística de los datos a través del programa Excel.

Interpretación de los resultados: Luego de ser presentado los datos estadísticamente se procedió a interpretar cada uno de los resultados para realizar las respectivas conclusiones y recomendaciones de la investigación.

CAPÍTULO III

3. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1 TABULACIÓN DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A ABOGADOS

Pregunta 1: ¿El sistema penal garantiza los derechos humanos?

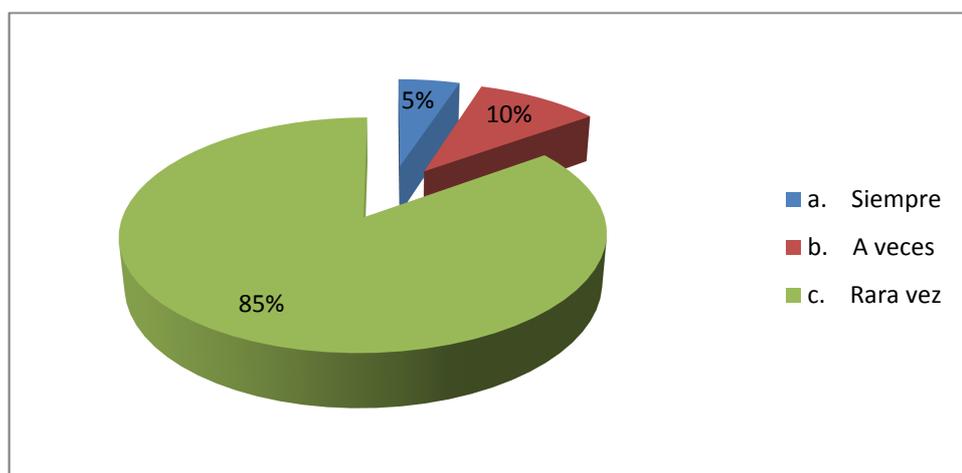
CUADRO N° 1

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a. Siempre	1	5%
b. A veces	2	10%
c. Rara vez	17	85%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO N° 1



Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 85% de los abogados encuestados manifestó que rara vez, el 10% sostuvo que a veces, y el 5% manifestó que siempre.

Pregunta 2: ¿La aplicación de la sanción penal está sujeta a los principios Constitucionales del Ecuador?

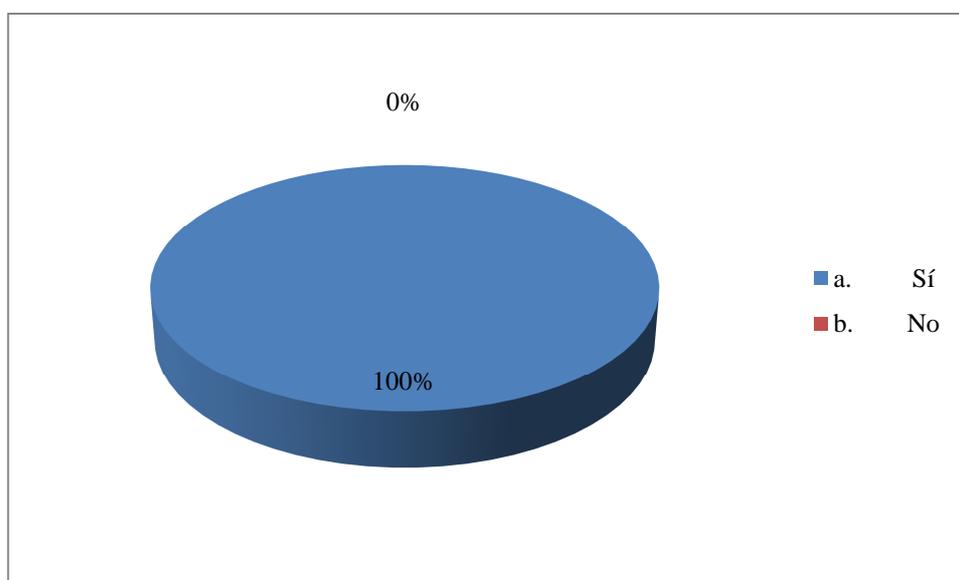
CUADRO N° 2

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a. Sí	20	100%
b. No	0	0%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO N°2



Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 100% de los abogados encuestados manifestó que la aplicación de la sanción penal sí está sujeta a los principios constitucionales del Ecuador

Pregunta 3: ¿Puede catalogarse a la Constitución del Ecuador como garantista de los Derechos Humanos?

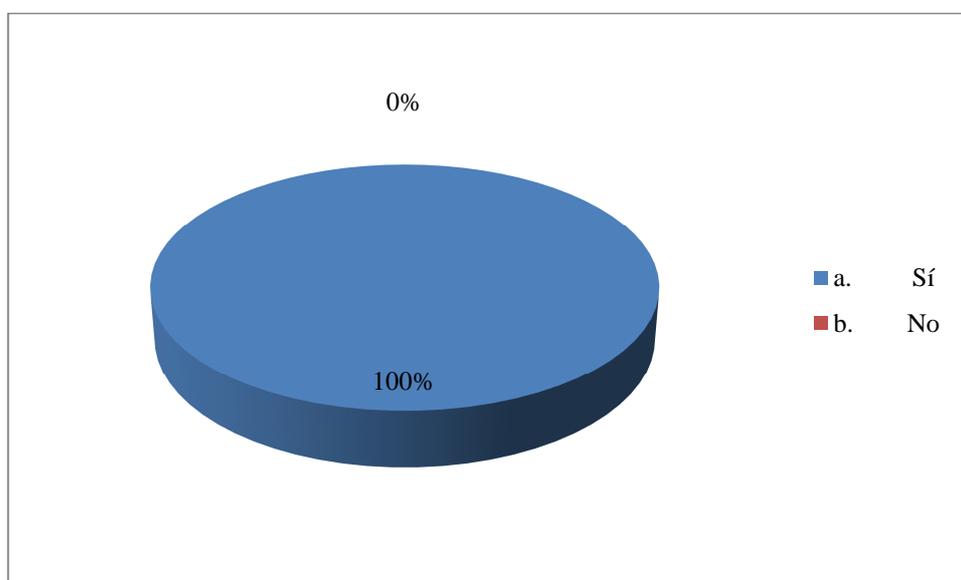
CUADRO N° 3

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a. Si	20	100%
b. No	0	0%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO N°3



Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 100% de los Abogados encuestados manifestó que sí puede catalogarse a la Constitución del Ecuador como garantista de los derechos humanos

Pregunta 4: ¿Durante el desarrollo del proceso penal se respetan las garantías constitucionales?

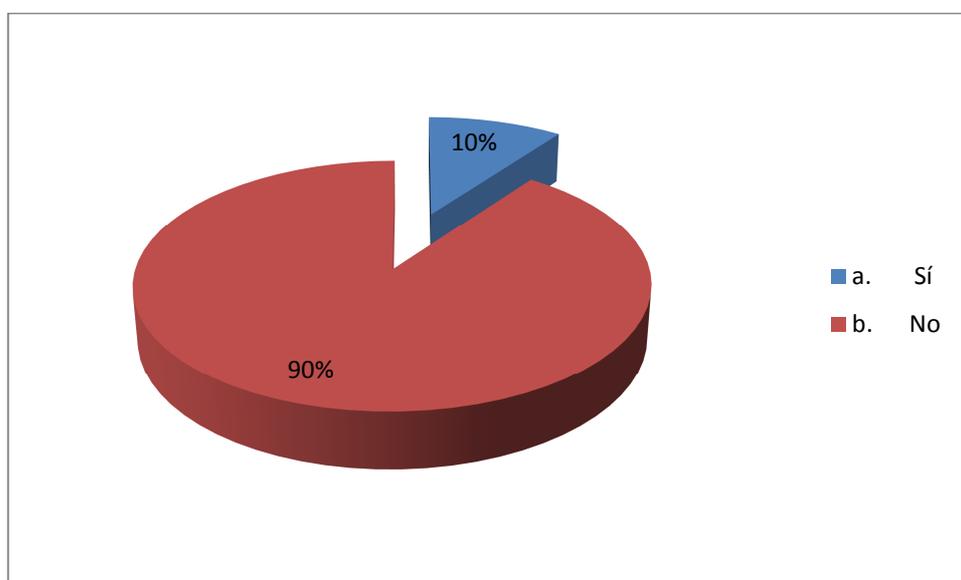
CUADRO N° 4

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a. Sí	2	10%
b. No	18	90%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO N°4



Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 90% de los abogados encuestados manifestó que no, el 10% sostuvo que sí.

Pregunta 5: ¿La sanción penal garantiza la reinserción del individuo a la sociedad?

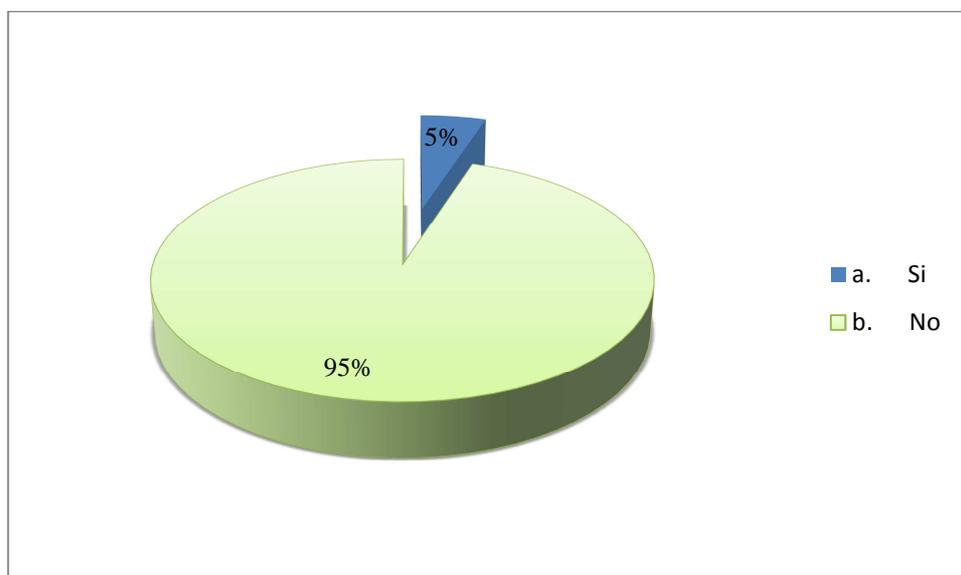
CUADRO N° 5

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
a. Sí	1	5%
b. No	19	95%
Total	20	100%

Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

GRÁFICO N°5



Fuente: Encuesta dirigida a Abogados en libre ejercicio

Elaboración: Autores de tesis

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 95% de los abogados encuestados manifestó que no, el 5% sostuvo que sí.

3.2 ENTREVISTA AL JUEZ DEL TRIBUNAL PENAL

Encuestado: Dr. Wellington Macías

1. ¿Qué es el retribucionismo?

Es una teoría de la pena que sostiene que el castigo debe ser proporcional para que sea moralmente aceptable

2. ¿Qué es el garantismo?

Es una corriente del pensamiento criminológico que procura garantizar el respeto por los derechos humanos.

3. ¿El sistema penal garantiza los Derechos Humanos?

Sí, en el derecho formal y material ese es el objetivo el de garantizar los derechos humanos.

4. ¿La aplicación de la sanción penal está sujeta a los principios constitucionales del Ecuador?

Sí, en base a estos principios se logra una sanción justa y equitativa

5. ¿Puede catalogarse a la Constitución del Ecuador como garantista de los derechos humanos?

Sí, es super hiper garantista por no decir extremadamente garantista

6. ¿Durante el desarrollo del proceso penal se respetan las garantías constitucionales?

Sí, ese es el objetivo inexcusable

7. ¿La sanción penal garantiza la reinserción del individuo a la sociedad?

No, hay otros factores o elementos para complementar este objetivo

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- La Constitución del Ecuador de 2008, en esencia garantista, crea una serie de acciones jurisdiccionales para la protección de los Derechos Humanos, como son: la Acción de Protección, la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Hábeas Data, la Acción por Incumplimiento, la Acción de Acceso a la Información Pública y la Acción Extraordinaria de Protección, el garantismo está consagrado en el Art. 1 de la Constitución del Ecuador en la que se lo define como un estado constitucional de derechos y justicia, en consecuencia la Constitución del Ecuador es garantista de los Derechos Humanos esta no se limita solo a establecer los derechos inviolables de los ciudadanos, sino que garantiza sustancialmente las normas que produce. Esto en contraposición con el sistema penal del Ecuador que es retribucionista es decir que encuentran el fundamento y fin de la pena en su propia naturaleza, en la pena el fundamenta el ideal de justicia, la pena es justa en sí misma, porque es la consecuencia necesaria y absoluta del delito, con prescindencia de cualquier utilidad que de ella pudiera derivarse. En definitiva de acuerdo al

sistema penal del Ecuador se castiga pura y simplemente porque se ha cometido un delito

- Para Jakobs Guntehr, el Derecho Penal tiene la misión de garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad, señala al delito como el quebrantamiento de la vigencia de la norma, es la desautorización de la norma o falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada, considera que el fin de la pena es la *prevención general positiva*: prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos, positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena. La prevención general positiva tiende a asegurar la confianza en la norma
- La parte más significativa del garantismo dentro del marco jurídico constitucional del Ecuador es la que incumbe al Derecho Penal, porque en esta área del Derecho se tratan las cuestiones más sensibles a los derechos y garantías constitucionales que protegen a los ciudadanos de las pulsiones del Estado sobre sus libertades. Es a través de las sanciones penales como se pueden afectar más sensiblemente los bienes jurídicos de los ciudadanos (la libertad, pero también la propiedad, el honor y hasta la vida misma). No solo ello: mediante las definiciones de ilegalidades (delitos, contravenciones, infracciones) y las restricciones procesales durante el procedimiento penal

(medidas de privación de libertad a imputados, acusados etc.) también se restringen notablemente los espacios de libertad.

- De acuerdo a los principios consagrados en el marco constitucional del Ecuador y que son la garantía para el cumplimiento de los derechos humanos, solo procede un castigo por la comisión de un delito tipificado como tal en la ley penal, en consecuencia la aplicación de la pena corresponde a la tipificada en el momento de la comisión del delito, la concurrencia a una instancia penal será el último recurso y solo procederá previa la afectación a un bien jurídico; la imposición de una sentencia deberá ser dictada por un tribunal imparcial y derivar del desarrollo de un procedimiento en el que se observen de forma obligatoria las normas del debido proceso penal.
- La medida y forma de la sanción penal ha de adaptarse, también, a fin de hacer del infractor una persona razonable en la búsqueda de los bienes básicos no sólo en beneficio de otros sino también de sí mismo, para llevar una vida buena y útil.

4.2 RECOMENDACIONES

- Se debe fortalecer el sistema procesal penal a fin de que este favorezca la aplicación de la justicia penal garantizando los derechos constitucionales reconocidos a los individuos.

- Se deben crear de espacios físicos adecuados para aplicar métodos de reinserción positiva a la comunidad de una persona que haya cometido un delito, a fin de que se cumpla.
- Se debe promover el debate jurídico desde diversos sectores de la sociedad a fin de analizar el alcance y aplicación de postulados constitucionales garantistas de derechos humanos y el procedimiento penal como retribucionista.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bergalli, R. (2012). Louk Hulsman: ¿Qué queda de los abolicionismos?, Primera Edición, Editorial Anthropos, Quito, República del Ecuador, p. 98
2. Cuello, E. (1974). La Moderna Penología. Primera Edición, Editorial Bosch, Madrid, España. p. 76
3. Cuello, E. (1975) Derecho Penal. Tomo I, Parte General, Primera Edición, Editorial Casa Bosch Barcelona, España. p. 213
4. Ferrajoli, L. (1993). Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Primera Edición, Editorial Trotta, Madrid, España. p. 129
5. Freudenthal, B. (2003). “Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal”. Primera Edición, Editorial B de F. Buenos Aires, Argentina, p. 109
6. González, R. (2008). Derecho Penal Contemporáneo, Primera Edición, Editorial Ubijus. México, p. 87
7. González, R. (2008). Derecho Penal Contemporáneo. Primera Edición. Editorial Ubijus. México p. 87
8. Günther, J. (1985). Derecho Penal del Enemigo, Primera Edición, Editorial Thomson, Frankfurt, Alemania, p. 41
9. Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos, Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España, p. 135
10. Omar, J. (2001). La Dimensión Filosófica y Moral de la Pena Cofre Lagos. Primera Edición. Editorial Lex, Valdivia, España. p. 123
11. Oyarte, R. (2010). Folleto Informativo de Conferencias acerca de la Constitucionalización del Derecho Penal. Primera Edición Editorial, Escuela

de Fiscales de la Fiscalía General del Estado, Quito. República del Ecuador, p. 6

12. Roxin, C. (1976). Sentido y Límites de la Pena Estatal. Problemas Básicos del Derecho Penal. Editorial Reus, Madrid, España, p. 83
13. Santaolalla, F. (2004). El Problema de la Renovación de los Órganos Constitucionales. Primera Edición. Editorial Revista de Derecho Político, Alcalá, España, p. 22
14. Tieghi, O. (1996). Tratado de Criminología. Primera Edición, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. p. 573

LINCOGRAFÍA

1. Cafferata, J. (2007). La Prueba en el Proceso Penal. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/00095-la-prueba-en-el-proceso-penal-jose-i-cafferata-nores.html> Recuperado el 9 de diciembre del 2012
2. Olmo, O. (2000). Origen y Evolución Histórica de la Pena de Prisión. <http://blog.uclm.es/pedrooliver/files/2013/01/historiaPrision.pdf> Recuperado el 9 de diciembre del 2012
3. Ortecho, J. (2010). Principios Constitucionales Fundamentales del Derecho. <http://es.scribd.com/doc/125541179/Principios-Constitucionales-Fundamentales-Derec-Const-Peruano> Recuperado el 9 de diciembre del 2012

TEXTOS Y CODIFICACIONES JURÍDICAS

1. Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ediciones Legales. Registro Oficial 449. Quito, República del Ecuador.

2. Código Penal del Ecuador. (2003). Ediciones Legales. Registro Oficial 743, Quito, República del Ecuador.
3. Código de Procedimiento Penal del Ecuador. (2009). Ediciones Legales. Registro Oficial 555, Quito, República del Ecuador.
4. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Ginebra, Suiza, art. 10
5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948), Bogotá, Colombia, art. 26
6. Pacto de San José Costa Rica (1969) San José, Costa Rica, art. 8
7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) Ginebra. Suiza, , art. 14

ANEXOS



UNIVERSIDAD “SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO”

CARRERA DE DERECHO

Encuesta dirigida a los abogados

TEMA:

FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN PENAL EN CONCORDANCIA CON LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Objetivo: Analizar los fundamentos de la sanción penal en el Ecuador para determinar las concordancias con los principios constitucionales

Indicaciones:

- El presente es un trabajo investigativo
- Marque con una X dentro del paréntesis de la alternativa que se apegue a su criterio
- Favor, trate de responder a todas las preguntas para que el formulario tenga validez
- De antemano le agradecemos su valiosa colaboración

PREGUNTAS

¿El sistema penal garantiza los derechos humanos?

¿La aplicación de la sanción penal está sujeta a los principios Constitucionales del Ecuador?

¿Puede catalogarse a la Constitución del Ecuador como garantista de los derechos humanos?

¿Durante el desarrollo del proceso penal se respetan las garantías constitucionales?

¿La sanción penal garantiza la reinserción del individuo a la sociedad?